

ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

BURGERLIJK BEWIJSRECHT

Bart CATTOIR

Raadsheer Hof van Beroep Antwerpen
Academisch Consulent Universiteit Gent

2013

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 januari 2013, met dien verstande dat ook de wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte (BS 3 juni 2013) wordt behandeld.



8972938-170

ISBN 978 90 4654 999 5
D 2013 2664 179
BP/APR-BI13077

Verantwoordelijke uitgever: Hans Suijkerbuijk
Ragheno Business Park
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)
www.kluwer.be

© 2013, Wolters Kluwer Belgium NV
Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

Blz.

INHOUD V

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN XV

LITERATUURLIJST XVII

Nrs.

TITEL I INLEIDING. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP 1-43

Hfdst. I HET BEGRIP “BEWIJZEN” 2-15

Afd. I DEFINITIE 2-6

Afd. II HET OVERTUIGEN VAN DE WAARACHTIGHEID VAN EEN FEIT 7

Afd. III HET OVERTUIGEN VAN DE RECHTER 8-12

Afd. IV HET OVERTUIGEN OVEREENKOMSTIG DE WET 13

Afd. V BEWIJZEN EN INTERPRETEREN 14-15

Hfdst. II HET BEWIJSRECHT 16-25

Afd. I DEFINITIE 16-17

Afd. II SOORTEN BEWIJSRECHT: FORMEEL EN MATERIEEL BEWIJSRECHT 18-21

Afd. III BELANG VAN HET BEWIJSRECHT 22-25

Hfdst. III HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT 26-33

Afd. I HET VERMOGENSRECHTELIJK BEWIJSRECHT 27-28

Afd. II GEEN BEWIJSRECHT IN STRAFZAKEN 29-31

Afd. III GEEN BEWIJSRECHT IN FISCALE, SOCIALE EN ADMINISTRATIEFRECHTELIJKE ZAKEN 32-33

Hfdst. IV HET GEMEEN BURGERLIJK BEWIJSRECHT 34-43

Afd. I DE BRONNEN 35-41

Afd. II	TALRIJKE AFWIJKENDE WETTELIJKE BEPALINGEN	42
Afd. III	DE STRUCTUUR VAN DE STUDIE	43
TITEL II	DE BASISKENMERKEN VAN HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT	44-71
Hfdst. I	EEN GERELEMENTEERD BEWIJSSTELSEL	45-53
Afd. I	EEN VRIJ OF EEN GERELEMENTEERD BEWIJSSTELSEL	45-49
Afd. II	HET GERELEMENTEERD KARAKTER VAN HET BURGERLIJK BEWIJSSTELSEL	50-51
Afd. III	DE <i>RATIO LEGIS</i> : RECHTSZEKERHEID EN CONFLICTBESLECHTING	52-53
Hfdst. II	DE VASTSTELLING VAN DE JURIDISCHE WAARHEID	54-61
Afd. I	DE OBJECTIEVE TEGENOVER DE JURIDISCHE WAARHEID	54
Afd. II	DE VOORRANG VAN DE JURIDISCHE WAARHEID	55-60
Afd. III	TEMPERINGEN	61
Hfdst. III	HET BEGINSSEL VAN DE LIJDELIJKHEID VAN DE RECHTER	62-67
Afd. I	HET UITGANGSPUNT VAN HET BURGERLIJK WETBOEK	62-64
Afd. II	EVOLUTIE NAAR EEN MEER ACTIEVE RECHTER	65-67
Hfdst. IV	NIET VAN OPENBARE ORDE, NOCH VAN DWINGEND RECHT	68-71
Afd. I	ENKEL BESCHERMING VAN LOUTER PRIVATE BELANGEN	68
Afd. II	AFSTAND EN AFWIJKENDE OVEREENKOMSTEN	69-70
Afd. III	NIET VOOR HET EERST VOOR HET HOF VAN CASSATIE	71
TITEL III	HET FORMEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. DE OBJECTIEVE BEWIJSLAST: WAT MOET WORDEN BEWEZEN?	72-116
Hfdst. I	DE FEITEN	73-83
Afd. I	ALLEEN DE FEITEN. NIET HET OBJECTIEVE RECHT	74-77
Afd. II	NIET HET VREEMD RECHT	78-79
Afd. III	NIET HET GEWOONTERECHT, WEL DE CONVENTIONELE GEBRUIKEN	80-83

INHOUD

VII

Hfdst. II	DE DOOR DE PARTIJEN AANGEVOERDE FEITEN	84-91
Afd. I	HET AANVOERINGSRECHT VAN DE PARTIJEN	85-89
Afd. II	DE AANVOERINGSPLICHT VAN DE PARTIJEN	90-91
Hfdst. III	ALLE AANGEVOERDE FEITEN, ONGEACHT DE AARD	92-110
Afd. I	SOORTEN FEITEN	93-96
Afd. II	OOK NEGATIEVE FEITEN	97-102
Afd. III	VRIJGESTELDE FEITEN	103-110
	§ 1. De niet-pertinente of ter zake dienende feiten	104-106
	§ 2. De algemeen bekende feiten en de algemene ervaringsregels	107
	§ 3. De processuele feiten	108
	§ 4. Feiten die het voorwerp uitmaken van een wettelijke vermoeden	109
	§ 5. Feiten die het voorwerp uitmaken van een gedingbeslissende eed	110
Hfdst. IV	ALLEEN DE BETWISTE FEITEN	111-116
Afd. I	HET PRINCIPE	111-113
Afd. II	BETWISTEN EN NIET-BETWISTEN	114-115
Afd. III	DE AANVOERINGSLAST EN DE OBJECTIEVE BEWIJSLAST	116
TITEL IV	HET FORMEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST: WIE MOET BEWIJZEN?	117-253
Hfdst. I	DE VERDELING VAN DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST	118-220
Afd. I	ARTIKEL 1315 BW	119-121
Afd. II	ARTIKEL 870 GER.W.	122-123
Afd. III	DE <i>RATIO LEGIS</i>	124-127
Afd. IV	HET TOEPASSINGSGEBIED	128-148
	§ 1. Wettelijke bevestigingen	129-130
	§ 2. Ook voor negatieve feiten	131-135
	§ 3. Ongeacht de wijze waarop verweer wordt gevoerd	136-138
	§ 4. Uitzonderingen	139-148
	A. Daadwerkelijk voorhanden?	139-140
	B. Afwijkende overeenkomsten	141-142
	C. Bijzondere wetsbepalingen	143-145
	D. Weerlegbare wettelijke vermoedens	146-148
Afd. V	OVERZICHT VAN ENKELE CONCRETE TOEPASSINGEN	149-220
	§ 1. Bestaan en inhoud van de ingeroepen verbintenis	150-163
	A. Verbintenis uit overeenkomst of rechtshandeling	151-155
	B. Oneigenlijke contracten	156-158

	C. Andere	159-163
§ 2.	Uitvoering van de verbintenis	164
§ 3.	Onvolledige of slechte uitvoering	165-177
	A. Contractuele, delictuele of <i>quasi</i> -delictuele aansprakelijkheid	166-168
	B. Het onderscheid tussen resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen	169-173
	C. De exceptie van niet-uitvoering van een wederkerige overeenkomst	174-175
	D. Gerechtelijke ontbinding en eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding	176-177
§ 4.	Tenietgaan van de verbintenis (anders dan door uitvoering)	178-184
§ 5.	Enkele bijzondere overeenkomsten	185-207
	A. De huurovereenkomst	185-188
	B. De pachtovereenkomst	189
	C. De aannemingsovereenkomst	190-191
	D. De koopovereenkomst	192-198
	1. Bestaan van de koopovereenkomst	193
	2. De leveringsplicht van de verkoper	194-197
	3. De stilzwijgende aanvaarding van de (aankoop)factuur	198
	E. De bewaargeving	199
	F. De verzekeringsovereenkomst	200-207
	1. Omschrijving van het verzekerd risico en gronden van uitsluiting en verval	201-205
	2. Regresvordering	206
	3. Duurtijd van de overeenkomst	207
§ 6.	Enkele bijzondere rechtsdomeinen	208-220
	A. Het zakenrecht	208-212
	B. Het huwelijksvermogensrecht en erfrecht	213
	C. Het consumentenrecht	214-215
	1. Overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming	214
	2. Consumentenkrediet	215
	D. Het bankrecht	216-217
	E. Het merkenrecht	218-219
	F. De dwangsom	220
Hfdst. II	HET BEWIJS VAN AFDOENDE WAARSCHIJNLIJKHEID	221-223
Hfdst. III	DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST EN DE BEWIJSGARING	224-247
Afd. I	PROBLEEMSTELLING	224
Afd. II	EVOLUTIE IN DE WETGEVING	225
Afd. III	DE ACTIEVE ROL VAN DE RECHTER IN DE BEWIJSGARING	226-243
§ 1.	De overlegging van bewijsmateriaal	227-230
§ 2.	Onderzoeksmatregelen	231-234
§ 3.	Mogelijke sancties	235-243
	A. Het beschikkingsbeginsel	235
	B. Feitelijk vermoeden tegen de onwillige partij	236-237
	C. Veroordeling tot een geldboete en/of tot schadevergoeding wegens misbruik van procesrecht	238
	D. Veroordeling tot de gedingkosten	239
	E. Opleggen van een dwangsom	240
	F. Toepassing van artikel 882 Ger.W.	241

INHOUD

IX

	G. Herroeping van het gewijsde	242
	H. Strafrechtelijke veroordeling	243
Afd. IV	DE VERPLICHTING VAN DE PARTIJEN TOT SAMENWERKING AAN DE BEWIJSGARING	244-247
Hfdst. IV	DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST EN HET BEWIJSRISICO	248-253
TITEL V	HET MATERIEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. HOE MAG/MOET WORDEN BEWEZEN?	254-988
Hfdst. I	HET ONDERSCHIED TUSSEN BURGERLIJKE ZAKEN EN HANDELSZAKEN	255-266
Afd. I	DE DRAAGWIJDTE VAN HET ONDERSCHIED	256-257
Afd. II	HET ONDERSCHIEDINGSCRITERIUM	258-261
Afd. III	HET GEMENGD BEWIJSSTELSEL	262-265
Afd. IV	BINDEND VOOR DE PARTIJEN EN VOOR DE RECHTER	266
Hfdst. II	HET BEWIJSSTELSEL IN BURGERLIJKE ZAKEN	267-847
Afd. I	HET TOEPASSINGSGEBIED	267-278
	§ 1. Enkel voor rechtshandelingen	268-271
	§ 2. Enkel tussen en door de partijen	272-276
	§ 3. Niet in handelszaken	277-278
Afd. II	DE TOEGELATEN BEWIJSMIDDELEN	279-282
Afd. III	DE HIËRARCHIE TUSSEN DE TOEGELATEN BEWIJSMIDDELEN	283-299
	§ 1. De hiërarchie op grond van de toelaatbaarheid	284-289
	A. Het begrip toelaatbaarheid	284-286
	B. De hiërarchie	287-289
	§ 2. De hiërarchie op grond van de bewijskracht/bewijswaarde	290-299
	A. Het begrip bewijswaarde/bewijskracht	290-294
	B. De hiërarchie	295-299
Afd. IV	DE BEWIJSMIDDELEN MET AFDOENDE BEWIJSKRACHT	300-421
	§ 1. De bekentenis	201-378
	A. Definitie	301
	B. Essentiële bestanddelen	302-334
	1. Een eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald	303-312
	2. Daad die uitgaat van de persoon tegen wie ze wordt ingeroepen	313-317
	3. Aangaande een betwist en persoonlijk feit met nadelige gevolgen	318-323
	4. Geen vormvoorwaarden	324-334
	C. Soorten	335-342
	1. De gerechtelijke bekentenis	336-339
	2. De buitengerechtelijke bekentenis	340-341

	3. Belang van het onderscheid	342
	D. Het bewijs van de bekentenis	343-349
	1. De subjectieve bewijslast	344
	2. De toegelaten bewijsmiddelen	345-349
	E. De toelaatbaarheid	350-358
	1. Het principe: altijd toegelaten	350-351
	2. Uitzonderingen	352-358
	F. De bewijskracht	359-376
	1. Volle bewijskracht	361-365
	2. Enkel tegen degene die bekend heeft	366-368
	3. Onplitsbaar ten nadele van degene die bekend heeft	369-373
	4. Onherroepelijk	374-376
	G. Controle door het Hof van Cassatie	377-378
§ 2.	De gedingbeslissende eed	379-421
	A. Definitie	379-380
	B. Essentiële bestanddelen	383-401
	1. Een gerechtelijk karakter	384-385
	2. Uitgaan van een procespartij	386-387
	3. Betrekking hebben op een betwist en persoonlijk feit dat gunstig is voor degene die de eed aflegt	388-395
	4. Gedingbeslissend	396-397
	5. Strikte vormwaarden	398-401
	C. De toelaatbaarheid	402-411
	1. In principe: altijd toegelaten	402
	2. Uitzonderingen	403-411
	D. De bewijskracht	412-421
	1. Volledige, definitieve en onherroepelijke bewijskracht	413-418
	2. Relatieve werking	419-421
Afd. V	DE BEWIJSMIDDELEN MET EEN BEPAALDE BEWIJS- KRACHT	422-662
§ 1.	De wettelijke vermoedens	423-447
	A. Definitie	423-424
	B. Essentiële bestanddelen	425-430
	1. Gevolgtrekking gebaseerd op een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit	425-428
	2. Gevolgtrekking door de wetgever	429-430
	C. Soorten	431-432
	D. Toepassingen	433-442
	1. Vermoedens van wetsontduiking	434
	2. Vermoedens van eigendomsrecht of van bevrijding van schuld	435
	3. Het gezag van gewijsde	436-437
	4. De bewijskracht van de bekentenis en van de eed	438
	5. Andere toepassingen	439-442
	E. De bewijskracht	443-447
§ 2.	De akten	448-648
	A. Definitie	448-449
	B. Essentiële bestanddelen	450-526
	1. Algemeen	450-452
	2. Het geschrift	453-459
	3. De volledigheid	460
	4. De handtekening	461-515
	5. Geen andere vormvoorwaarden aan de akte	516-526
	C. Soorten	527-600
	1. De authentieke akte	528-545
	2. De onderhandse akte	546-600

	D. De bewijskracht	601-648
	1. Algemeen	601-604
	2. De bewijskracht van de akte tussen de partijen onderling	605-621
	3. De bewijskracht van de akte tegenover derden	622-644
	4. De bewijskracht van de akte en uitlegging	645-648
§ 3.	De met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften	649-662
	A. De ondertekende onregelmatige authentieke akte	650-654
	B. De ondertekende brieven en e-mails	655-662
Afd. VI	DE BEWIJSMIDDELEN MET EEN VRIJE BEWIISWAARDE	663-847
§ 1.	Het getuigenbewijs	664-783
	A. Definitie	664-667
	B. De toelaatbaarheid	668-781
	1. Dubbele begrenzing	668-670
	2. De eerste grens: de dubbele regel van artikel 1341 BW	671-771
	3. De tweede grens: soevereine appreciatie door de rechter	772-780
	4. Beperkte controle door het Hof van Cassatie	781
	C. De bewijswaarde	782-783
	1. Geen bewijskracht	782
	2. Tegenbewijs steeds mogelijk	783
§ 2.	Het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens	784-809
	A. Definitie	784
	B. Essentiële bestanddelen	785-798
	1. Een redenering door afleiding van de rechter	786-788
	2. Uitgaan van een vaststaand feit in het geding	789-790
	3. Een plausibele gevolgtrekking	791-794
	4. Zekerheid omtrent het onbekende feit	795-797
	5. Controle door het Hof van Cassatie	798
	C. De toelaatbaarheid	799-802
	1. Enkel wanneer getuigenbewijs toegelaten is	800
	2. Steeds in geval van bedrog	801
	3. Een rechtskwestie	802
	D. De bewijswaarde	803-809
	1. Geen bewijskracht	803-805
	2. Enkel concrete werking	806
	3. Vrijstelling van bewijslast	807
	4. Tegenbewijs steeds mogelijk	808
	5. Ruime toepassing	809
§ 3.	Andere geschriften dan de (authentieke en onderhandse) akten, de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften en het begin van bewijs door geschrift	810-847
	A. Een overzicht	810-812
	B. Huishoudelijke registers en papieren (art. 1331 BW)	813-815
	1. Definitie	813
	2. Bewijsrechtelijke betekenis	814-815
	C. Aantekeningen op titels (art. 1332 BW)	816-818
	1. Definitie	816
	2. Bewijsrechtelijke betekenis	817-818
	D. Afschriften van titels (art. 1334-1336 BW)	819-838
	1. Definitie	819
	2. Essentiële bestanddelen	820-824
	3. Bewijsrechtelijke betekenis	825-828
	4. Enkele bijzondere toepassingsgevallen	829-835
	5. Niet van openbare orde	836
	6. Kritische beoordeling	837-838
	E. Akten van erkenning (art. 1337 BW)	839-847
	1. Definitie	839-840

	2. Bewijsrechtelijke betekenis	841-847
Hfdst. III	HET BEWIJSSTELSEL IN HANDELSZAKEN	848-988
Afd. I	DE VRIJHEID VAN BEWIJS IN HANDELSZAKEN	849-885
	§ 1. Het principe: artikel 25, eerste lid W.Kh.	849-851
	§ 2. Eerste regel: de principiële toepasselijkheid van de bewijsregels in burgerlijke zaken	852-876
	A. De toepasselijkheid van de bewijsregels in burgerlijke zaken	852-857
	B. Belangrijke uitzonderingen	858-876
	1. Ook andere bewijsmiddelen toegelaten	858-859
	2. Artikel 1341 BW geldt niet	860-861
	3. Uitzonderingen inzake akten	862-875
	4. Artikel 1353 BW	876
	§ 3. Tweede regel: de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter	877-879
	§ 4. Uitzonderingen op de vrijheid van bewijs in handelszaken	880-885
	A. Het geschrift vereist als bewijsmiddel	881
	B. Het geschrift vereist als geldigheidsvoorwaarde	882
	C. Verplichte vermeldingen	883
	D. Specifieke regelingen	884-885
Afd. II	DE WETTELIJK GEREGLDE BIJZONDERE BEWIJSMIDDELEN IN HANDELSZAKEN	886-986
	§ 1. De aanvaarde factuur	888-943
	A. Definitie	891
	B. Algemene (vorm)voorwaarden	892-895
	C. Bijzondere voorwaarden	896-931
	1. Primaire verbintenissen en meer bepaald een schuldverordering in geld uit een vooraf bestaande overeenkomst tot voorwerp hebben	897-900
	2. Een handelskoop-verkoop betreffen	901-902
	3. Gericht zijn aan een handelaar	903-906
	4. Aanvaard zijn door de bestemming	907-931
	D. De bewijskracht	932-943
	1. Een wettelijk vermoeden	932
	2. Bewijs van het bestaan van de verkoopovereenkomst en van zijn essentiële bestanddelen	933
	3. Bewijs van de factuurvoorwaarden	934-937
	4. Weerlegbaar of onweerlegbaar vermoeden?	938-939
	5. Andere bewijsmiddelen toegelaten	940
	6. Uitzonderingen	941
	7. Bewijs tegen de handelaar-verzender	942-943
	§ 2. De regelmatig gehouden boekhouding	944-981
	A. Definitie	945-947
	B. De voorwaarde: regelmatige boekhouding betreffende een commerciële verrichting	948-951
	C. De bewijskracht	952-968
	1. In principe geen bewijskracht, doch enkel bewijswaarde	952-953
	2. De bewijskracht van de boekhouding tegen de handelaar die ze bijhoudt	954-957
	3. De bewijskracht van de boekhouding ten gunste van de handelaar die ze bijhoudt	958-968
	D. De aanwending in rechte van de boekhouding	969-981
	1. Vrijwillig of gedwongen	969-971
	2. De "overlegging" van de boekhouding (art. 21 W.Kh.)	972-977

	3. De "openlegging" van de boekhouding (art. 22-24 W.Kh.)	978-981
	§ 3. De andere wettelijk geregelde bijzondere bewijsmiddelen	982-986
Afd. III	HET BEWIJSRECHT IN HANDELSZAKEN EN HET BEWIJSRECHT IN BURGERLIJKE ZAKEN. EEN VERGELIJKING	987-988
TITEL VI DE GRENZEN VAN HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT		989-1092
Hfdst. I	HET GEORLOOFD KARAKTER VAN DE AANGEWENDE BEWIJSMIDDELEN	990-1055
Afd. I	DE VEREISTE VAN DE GEORLOOFDHEID VAN DE AANGEWENDE BEWIJSMIDDELEN	991-995
Afd. II	DE SOORTEN ONGEORLOOFDE BEWIJSMIDDELEN	996-1022
	§ 1. De onrechtmatige bewijsmiddelen	997-1004
	A. De wettelijke bewijsverboden	1000-1001
	B. De bewijsverboden die voortvloeien uit de bescherming van grondrechten of mensenrechten	1002-1003
	C. De bewijsverboden die het gevolg zijn van algemene (procesrechtelijke) beginselen	1004
	§ 2. De onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen	1005-1021
	A. Verkrijging door een strafrechtelijk misdrijf	1007
	B. Verkrijging door schending van wetten die de fundamentele rechten van elke burger waarborgen	1008
	C. Verkrijging door schending van het recht op eerbiediging van het privéleven	1009-1014
	D. Verkrijging door miskenning van een regel van het strafprocesrecht	1015
	E. Verkrijging door miskenning van het recht van verdediging	1016
	F. Verkrijging door miskenning van het recht op menselijke waardigheid	1017
	G. Verkrijging door immorele of deloyale middelen	1018-1021
	§ 3. Belang van het onderscheid	1022
Afd. III	DE SANCTIE OP DE AANWENDING VAN ONGEORLOOFDE BEWIJSMIDDELEN	1023-1055
	§ 1. De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie	1023-1025
	§ 2. De aard van de sanctie: de uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen	1026-1027
	§ 3. Het principe van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen	1028-1032
	§ 4. De uitzonderingen op het principe van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen	1033-1053
	A. De verplichte uitsluitingen	1034
	B. De facultatieve uitsluitingen	1035-1053
	1. Enkel in drie gevallen	1035-1040
	2. Belangenafweging op grond van bijkomende criteria	1041-1052
	3. De toepassing van de Antigootest door de feitenrechters	1053
	§ 5. Kritiek in de rechtsleer	1054-1055
Hfdst. II	BEWIJSVEREENKOMSTEN EN BEWIJSCLAUSULES	1056-1092

Afd. I	DE PRINCIPIELE GEOORLOOFDHEID EN HET BINDEND KARAKTER VAN BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJS- CLAUSULES	1057-1061
Afd. II	DE SOORTEN BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJS- CLAUSULES	1062-1075
	§ 1. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules betreffende de be- wijslast	1063-1065
	§ 2. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules betreffende de toege- laten bewijsmiddelen	1066-1069
	§ 3. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de bewijs- kracht	1070-1072
	§ 4. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de geoor- loofdheid van de aangewende bewijsmiddelen	1073
	§ 5. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de bewijsga- ring	1074
	§ 6. Allesomvattende bewijsovereenkomsten	1075
Afd. III	DE BEPERKINGEN AAN DE CONTRACTVRIJHEID VAN DE PARTIJEN OP BEWIJSRECHTELIJK VLAK	1076-1092
	§ 1. De gemeenrechtelijke beperkingen	1077-1081
	A. De gevallen waarin de wet een welbepaald bewijsmiddel oplegt of verbiedt	1078-1079
	B. Artikel 1326 BW	1080
	C. De basisprincipes van het privaatrechtelijk procesrecht	1081
	§ 2. De beperkingen ingevolge bijzondere wetsbepalingen	1082-1092
	A. De weerlegbare wettelijke vermoedens	1083
	B. De wettelijke bepalingen die de gemeenrechtelijke subjec- tieve bewijslastverdeling bevestigen	1084
	C. Bijzondere wetsbepalingen in specifieke materies	1085-1092
	1. De wet marktpraktijken	1086-1088
	2. De wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen	1089-1091
	3. De wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens	1092

Blz.**ZAAKREGISTER**

589

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Er wordt afgekort en geciteerd volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen, *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Mechelen, Kluwer, 2008, vierde editie, 170 p.

Verder worden in de regel geen afkortingen gebruikt, tenzij in de tussen haakjes geplaatste tekst(gedeelten).

LITERATUURLIJST

I. BELANGRIJKSTE BOEKEN

- ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007.
- ALLEMEERSCH, B., *De naakte grijsaard – Over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009.
- BALLON, G.L., *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, hierna verkort geciteerd als G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*.
- CLOQUET, A., *Factuur in APR*, Gent, Story-Scientia, 1954.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechts-wetenschappen, 2000, hierna verkort geciteerd als L. CORNELIS, *De verbintenis*.
- DE BAETS, P., *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen in APR*, Gent, Story-Scientia, 2000.
- DE CORDT, Y., DELFORGE, C., LEONARD, T. en POULLET, Y., *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, hierna verkort geciteerd als Y. DE CORDT, C. Delforge *et al.*, *Manuel de droit commercial*.
- DEKEYSER, H. en GRAUX, H., *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009.
- DEKKERS, R., VERBEKE, A., CARETTE, N. en VANHOVE, K., *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, *Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, hierna verkort geciteerd als R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*.
- DE LEVAL, G., *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1967, hierna verkort geciteerd als H. DE PAGE, *Traité*.
- DIRIX, E. en BALLON, G.L., *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012.
- FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial*, I, Gent, Fecheyr, 1950.
- FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987.
- LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, XIX, 1876.
- Les Nouvelles, Droit commercial*, Brussel, Edmond Picard, 1931.
- MOUGENOT, D., *Droit des obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, hierna verkort geciteerd als D. MOUGENOT, *La preuve*.
- MOUGENOT, D., *La preuve en droit commercial*, Brussel, die Keure, 2012.
- MOURLON-BEERNAERT, F., *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, hierna verkort geciteerd als F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*.
- RENARD-DECLAIRFAYT, M., *La force probante des actes notaries in Rép.not.*, t. XI, 1983.
- SAMYN, B., *Privaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, hierna verkort geciteerd als B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2000, hierna verkort geciteerd als S. STIJNS *Verbintenissenrecht*.
- STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962.
- TAELMAN, P., *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, Antwerpen, Kluwer, 2001.
- THUNIS, X. en SCHAUS, M., *Aspects juridiques du paiements par carte*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988.
- VAN BOSSUYT, H. en VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *Het bewijs in het burgerlijk procesrecht*, Brussel, Larcier, 2010.
- VANDENDRIESSCHE, J., *De elektronische handtekening*, Brugge, Vanden Broele, 2006.
- VAN DONINCK, J., *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011.
- VAN EECKE, P., *De handtekening in het recht, van pennentrek naar elektronische handtekening*, Brussel, Larcier, 2004, hierna verkort geciteerd als P. VAN EECKE, *De handtekening*.
- VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969.
- VAN GERVEN, W., COUSY, H. en STUYCK, J., *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, A, Brussel, Story-Scientia, 1989.

- VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, hierna verkort geciteerd als W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, T. I, *Introduction. Sources des obligations (Première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, T. III, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2010, hierna verkort geciteerd als P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, I, 1954 en III, 1981.
- VERHAEGEN, L., *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1999.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, hierna verkort geciteerd als N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*.

II. BELANGRIJKSTE BIJDAGEN IN BOEKEN EN TIJDSCHRIFTEN

- ALLEMEERSCH, B. en SCHOLLEN, P., "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidvereiste in het burgerlijk recht", *RW* 2002-03, 41-60.
- ALLEMEERSCH, B., "Artikel 992" in X., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2004.
- ALLEMEERSCH, B., "Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs", *TPR* 2004, 29-68.
- ALLEMEERSCH, B., "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen", *DAOR* 2007, 333-339.
- ALLEMEERSCH, B., "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in X., *Gerechtigd recht*, Brugge, die Keure, 2010, 35-66.
- ALLEMEERSCH, B. en RYLANDT, S., "Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 165-174.
- AMORY, B. en POULLET, Y., "Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique", *Dr.inform.* 1985, 11-21.
- APS, F., "Het 'recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten' en de toelaatbaarheid van geluidsmateriaal in het kader van een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten", *EJ* 2000, 31-34.
- BAECK, J., "Enkele bewijsperikelen betreffende de invordering van facturen", *RABG* 2004, 714-717.
- BALLON, G.L., "Over het protesteren van de factuur", *AJT* 1994-95, 578-579.
- BALLON, G.L., "De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming", *DAOR* 2007, 260-264.
- BALLON, G.L., "The Battle of Forms", *DAOR* 2008, 111-113.
- BALLON, G.L., "Wederzijdse uitsluitingsbedingen in algemene contractvoorwaarden", *RABG* 2008, 971-974.
- BALLON, G.L., "Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 97-153.
- BALLON, G.L., "Inleiding" in X., *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 7-42.
- BALLON, G.L., "De bewijswaarde van een fotokopie", *TGR-TWVR* 2011, 86-87.
- CATTOIR, B. en COLPAERT, A., "De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken", *RW* 2009-10, 946-953.
- CLABOTS, A., "Artikel 20 W.Kh." in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 1-8.
- CLABOTS, A., "Artikel 21-24 W.Kh." in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 1-7.
- CLABOTS, A., "Artikel 25 W.Kh." in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 1-25.
- COPPENS, F., "Le recours aux 'tiers de confiance' dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique", *JT* 2012, 810-813.
- CORNELIS, L. en SIMONT, L., "Bewijsrecht en technologische evolutie: enkele overwegingen" in X., *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 135-176.

- DE BAERDEMAEKER, R., "Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...", *JLMB* 2009, 584-586.
- DE BOECK, A., "De bewijskracht van de onderhandse akte: voorzichtige versoepeling van de vormvereisten; op weg naar meer? Enkele bedenkingen bij Cass. 26 april 2001", *TBBR* 2006, 348-349.
- DE BOECK, A., "De verbintenis uit eenzijdige wilsverklaring" in X., *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 19-46.
- DE BOECK, A. en GEENS, H., "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 41-96.
- DE BONDT, W., "Het tegenbewijs van één van de delen van een samengestelde bekentenis", *TBBR* 1994, 362-366.
- DE CONINCK, B., "La facture acceptée par un non-commerçant", *JLMB* 2004, 1720-1725.
- DE CORTE, R. en LAENENS, J., "De taak van de rechter bij verstek. Het verzet", *RW* 1983-84, 2731-2757.
- DE CORTE, R., "De eerste 175 jaar van het Hof van Cassatie" in X., *Hof van Cassatie België 175^{ste} verjaardag*, Brussel, Larcier, 2008, 139-172.
- DEJEMEPPE, B. en KENNES, L., "Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – développements récents (en matière pénale)" in X., *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 63-103.
- DEKKERS, R., "De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve", *RCJB* 1959, 148-157.
- DELAEY, S., "Mondelinge beursorders – Het stilzitten van de cliënt na ontvangst van de rekeninguittreksels en/of bevestigingsborderellen bevroegd", *RW* 2008-09, 258-268.
- DE LEVAL, G., "Le nouveau statut des huissiers de justice", *JT* 1992, 707-709.
- DEMEZ, G., "La participation des parties à l'administration de la preuve" (noot onder Cass. 16 mei 1974), *RCJB* 1976, 149-163.
- DESCHOOLEMESTER, F., "De factuur in het bewijsrecht" in X., *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 43-73.
- DE WINTER, D., "De bewijskracht van fotocopiën in het burgerlijk recht", *Jura Falc.* 1967-68, 9-14.
- DE WOLF, D., "Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs. Het cassatiearrest van 14 oktober 2003", *RW* 2003-04, 1235-1239.
- DE WULF, H., "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht en handelspraktijken (1998-2002)", *TPR* 2005, 114-159.
- D'HUART, V., "La médiation au coeur du barreau", *JLMB* 1998, 693-697.
- DIEUX, X., "De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht", *TBH* 1986, 84-107.
- DIRIX, E., "Aanpassing bewijsrecht en burgerlijke zaken", *RW* 1990-91, 862.
- DIRIX, E., "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-92, 562-572.
- DIRIX, E., "De bezwarende bedingen in de N.W.H.P." in X., *De nieuwe wet handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, 289-318.
- DIRIX, E., "Koop-verkoopverrichtingen. Bestelbon en facturen" in X., *Recht voor de onderneming*, Boek IV 20, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 1-14.
- DIRIX, E., "La force probante de la facture" in X., *La facture et autres documents équivalents*, Mechelen, Kluwer, 2012, 111-183.
- DIRIX, E., "De vruchten van de giftige boom" in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 263-273.
- DUBUISSON, B., "Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel" *Ann.dr.Louvain* 1988, 177-210.
- DUMON, F., "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten", *RW* 1978-79, 257-326.
- DUMORTIER, J., "Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering", in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 217-244.
- DURSIN, E., *De factuur in de commerciële rechtspraak*, De Pinte, M & D Seminars, 2010.

- FAGNART, J.L., "Le risque de la preuve en matière d'assurance" in X., *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Dix années d'application*, Brussel, Bruylant, 2002, 117-146.
- FALLY, J., "Les lettres missives", *RCJB* 1948, 70-80.
- FETTWEIS, A., "Absens, si bonam causam habuit, vincet", *Ann.dr.Lg.* 1986, 122-127.
- FONTAINE, M., "Déchéances, exclusions, définition du risqué et charge de la preuve en droit des assurances", *RCJB* 2003, 20-73.
- FORIERS, P.-A., "Considérations sur la preuve judiciaire" in X., *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 315-330.
- FORIERS, P.-A., "Conformité et garantie dans la vente" in X., *De koop – La Vente*, Brugge, die Keure, 2002, 17-58.
- FORRIER, E., "Goede trouw in geding en bewijs. Een reactie van raadsheer E. Forrier op het rapport van Prof. Dr. M.E. Storme" in X., *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht, Vlaamse Juristenvereniging, XXXIV-ste Rechtscongres TPR* 1990, 503-506.
- GEENS, H., "De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht" in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2007, 159-192.
- GEENS, H., "Van simpele verjaardagskaart tot bewijs in rechte (Begin van bewijs door geschrift)", *Juristenkrant* 2011, 2.
- GHEYSEN, G., "Dading en gedingbeslissende eed", *RW* 1967, 865-878.
- GILSON, S. en ROSIER, K., "La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore. Commentaire de l'arrêt Lee Davis rendue par la Cour Européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009", *Soc.Kron.* 2010, 289-292.
- GOBERT, D. en MONTERO, E., "La signature dans les contrats et les paiement électroniques: l'approche fonctionnelle", *DAOR* 2000, 17-39.
- GODFROID, M., "L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé", *TBBR* 1990, 19-32.
- GODTS, L., "Overeenkomst voor elektronische gegevensuitwisseling (EDI)" in X., *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Mechelen Kluwer, 1-26.
- GOEMAERE, J., "Libres propos sur la charge de la preuve relative au devoir de conseil du notaire", in X., *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Brussel, Bruylant, 2012, 195-201.
- GOETHALS, T., "Factuurvoorwaarden" in X., *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 75-118.
- GOFFARD, O. en ROGER-FRANCE, E., "L'introduction de la carte d'identité électronique en droit belge par la loi du 25 mars 2003: aspects juridiques" in X., *Juridische aspecten van de elektronische betaling*, Deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 121-150.
- GOUX, C., "Observations sur le commencement du preuve par écrit", *RRD* 1997, 204-210.
- HEENEN, J., "Preuve de la conformité des marchandises vendues", *RCJB* 1952, 207-218.
- HENDRICKX, F., "Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?", *TSR* 2006, 659-704.
- HEURTERRE, P., "De bewijslast van de (on)deugdelijkheid van het bezit", *Not.Fisc.M.* 1999, 69-75.
- HOUBEN, R., "De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop", *RW* 2005-06, 1098-1101.
- HUMBLET, P., "Het gebruik van video-opnamen als bewijsmiddel: laat honderd bloemen bloeien", *RW* 2004-05, 1187-1189.
- JACOB, R., "Behelzen de eden van art. 1133, 4 van het Gerechtelijk Wetboek de beslissende eed van art. 1358 à 1365 van het Burgerlijk Wetboek?", *RW* 1969-70, 559-562.
- KEFER, F., "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves", *RCJB* 2009, 333-352.
- KERZMANN, L., "Le point sur l'aveu en matière civile" in X., *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis, 2008, 155-177.
- 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.
- KRINGS, E., "Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding", *RW* 1983-84, 337-364.
- KUTY, F., "La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement", *RCJB* 2004, 408-438.
- LAENENS, J., "Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen" in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brugge, die Keure, 2003, 37-60.

- LAMENSCH, M., "La règle de la primeauté de la preuve écrite: une application délicate", *TBH* 2006, 46-55.
- LEONARD, T. en ROSIER, K., "La jurisprudence 'Antigone' face à la protection des données: salvatrice ou dangeureuse?", *RTDI* 2009, 5-10.
- MAES, B., "Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *P&B* 1995, 141-149.
- MALENGREAU, X., "Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents", *Ann.dr.Louvain* 1981, 107-122.
- MASSON, J.P., "L'indivisibilité de l'aveu", *RCJB* 1969, 41-51.
- MATHEUSEN, C., "Het toepassingsgebied van artikel 1326 van het Burgerlijk Wetboek", *Arr.Cass.* 1993, 92.
- MERCIERS, Y., COLLE, P. en DAMBRE, M., "Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet-, wissel- en chequeverrichtingen (1987-1991)", *TPR* 1992, 845-1026.
- MERTENS, D., "Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken", *RW* 2005-06, 1509-1511.
- MICHELIS, O., "L'article 1315 du Code civil: contours et alentours", *Act.dr.* 1998, 363-383.
- MINJAUW, H. en VANDENDRIESSCHE, J., "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.2-1 – VI.2-7.
- MINJAUW, H. en VANDENDRIESSCHE, J., "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.1-1 – VI.1-7.
- MINJAUW, H. en VANDENDRIESSCHE, J., "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, VI.3-1 – VI.3-100.
- MONARD, E., "De bewijsregeling m.b.t. de facturen en koopmansboeken", *Limb.Rechtsl.* 2003, 76-84.
- MOUGENOT, D., "Le règlement européen sur l'attention des preuves", *JT* 2002, 17-21.
- MOUGENOT, D., "Le régime probatoire de la photocopie et du téléfax" in X., *La preuve*, Luik, Formation Permanente CUP, 2002, 229-268.
- MOUGENOT, D., "La preuve: évolution et révolution" in X., *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, 121-188.
- MOUGENOT, D., "La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?", *DAOR* 2006, 310-314.
- MOUGENOT, D., "Force probante de l'aveu extrajudiciaire", *P&B* 2007, 293.
- MOUGENOT, D., "Païement et commencement de preuve par écrit", *P&B* 2007, 288-290.
- MOUGENOT, D., "Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies", *TBBR* 2007, 470-475.
- MOUGENOT, D., "La preuve" in X., *Traité pratique de droit commercial*, T. I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 91-188.
- MOUGENOT, D., "Déflective privé et vie privée: un couple difficile à accorder", *JT* 2010, 298.
- MOUGENOT, D., "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 593-606.
- MOUGENOT, D., "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, 240-254.
- MOUGENOT, D., "La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code Civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil", *JT* 2012, 633-637.
- MOURLON-BEERNAERT, F., "Le droit de la preuve. Règles générales" in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, 2006, VI.1.1.1 – VI.1.3.30.
- MOURLON-BEERNAERT, F., "La preuve de la vente" in X., *Manuel de la Vente*, Waterloo, Kluwer, 2010, 119-163.
- POILVACHE, F., "La limite d'admissibilité de la preuve par témoins et par présomptions portée de 3.000 à 15.000 BEF", *JT* 1991, 127.
- PONET, B., "Hoe bewijst men de verzending en de ontvangst van de facturen?", *Limb.Rechtsl.* 1996, 131-133.
- RENARD-DECLAIRFAYT, M., "La reconstitution des minutes des actes notariés perdues ou détruites", *Rev.not.b.* 1983, 226-242.
- RENSON, P., "Le cautionnement et la règle du 'bon pour'", *Rev.not.b.* 2005, 191-204.

- RENSON, P., "La formalité du 'bon pour' et le cautionnement", *JLMB* 2007, 1730-1735.
- RUTTEN, S., "Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules" in X., *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 435-458.
- RUTTEN, S., "Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 19-40.
- SAMYN, B., "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1", *P&B* 2010, 3-22.
- SAMYN, B., "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2", *P&B* 2010, 50-72.
- SAMYN, B., "Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis", *P&B* 2011, 34-38.
- SAMYN, B., "Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)", *P&B* 2012, 95-97.
- SAMYN, B., "Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel", *De Juristenkrant* 2012, afl. 254, 7.
- SIMONT, L., "La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation" in X *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 23-37.
- STEENNOT, R., "Bewijs in handelszaken: koopmansboeken, de factuur en de elektronische handtekening", *Ad rem* 3/2008, 14-21 en 26-33.
- STEENNOT, R., "Art. 74.21 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, X, *Marktpraktijken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1-5.
- STEVIGNY, G., "De bewijslast in het burgerlijk proces", *RW* 1957-58, 155-166.
- STIJNS, S., "De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek", *Jura Falc.* 1984-85, 199-222.
- STIJNS, S., "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, 1003-1020.
- STORME, M.E., "De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht", *TPR* 1990, 311-484.
- STORME, M.E., "Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *TBH* 1991, 483-503.
- STORME, M.E., "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger.W.) en aanverwante vragen", *RW* 1994-95, 345-352.
- STORME, M.E., "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen", *RW* 2000-01, 1505-1525.
- STORME, M.E., "Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht" in X., *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2007, 1-42.
- STORME, M., "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht" in X., *Personen- en Familierecht. Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 3-25.
- SWAENEOPEL, E., "De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht" in X., *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 173-254.
- TAEMLAN, P. en DECONINCK, B., "Quid pro quo omtrent de nietigheden en de sancties?", in X., *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2008, 119-152.
- TRAEEST, M., "Bedenkingen over de verantwoordelijkheid van de rechter bij het vaststellen van de inhoud en de toepassing van het vreemde recht" in X., *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 168-183.
- TROCH, K., "Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)", *DAOR* 2001, 102-133.
- THUNIS, X. en AMORY, B., "Aspects juridiques de l'utilisation de télécopieur dans les rapports entre une institution financière et son client", *DAOR* 1988, 47-56.
- VAN BAEVEGHEM, B., "De paraaf: slip of the pen of geldige handtekening?", *TBBR* 2006, 593-601.
- VAN COMPERNOLLE, J., "Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile", *RCJB* 1984, 241-272.

- VAN DEN BERGH, B., "De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een balans", *TBBR* 2010, 30-37.
- VANDENDRIESSCHE, J., "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijs-technieken in het burgerlijk bewijsstelsel" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-1 – VI.4.10.
- VAN EECKE, P., "Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw" in X., *Het vermogensrechtelijke bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 205-265.
- VAN EECKE, P., "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-11 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 1-37.
- VAN HULLE, K., "Bewijskracht van de boekhouding", *EST* 1985, 721-734.
- VAN KILDONCK, K., "Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", *NJW* 2010, 180-183.
- VANLERBERGHE, B., "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 1-28.
- VAN OEVELEN, A., "Bewijsclausules" in X., *Nuttige tips voor goede contracten*", Mechelen, Kluwer, 2004, 118-124.
- VAN OEVELEN, A. en VINCKX, R., "De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale aangifte", *RW* 2009-10, 966-968.
- VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution de bonne foi, principe général de droit?", *TBBR* 1987, 101-112.
- VAN OMMESLAGHE, P., "Vers une définition de l'écrit en droit des obligations" in X., *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Brussel, Bruylant, 2008, 577-593.
- VAN QUICKENBORNE, M., "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", *RCJB* 1985, 65-104.
- VAN VALCKENBORGH, L., "De doorbraak van de 'ongewilde' bekentenis als geldige buitengerechtelijke bekentenis", *TBBR* 2008, 454-461.
- VERDONCK, J., "Het proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder", *Jura Falc.* 1985-86, 288-315.
- VERHELST, I. en THOELÉN, N., "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs (controleren van personeel)", *Or* 2008, 197-208.
- VERNAILLEN, G. en VAN DE PERRE, G., "De historiek van de beperking van het bewijs van verbintenissen door getuigen", *RW* 1968-69, 838-852.
- WAGNER, K., "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken" in X., *Actualia Gerechtelijk Recht*, Brussel, Larcier, 2008, 141-197.
- WAGNER, K., "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 153-172.
- WATELET, P., "Le certificat de coutume" *Rev.not.* 1975, 110-115.
- WERY, E., "Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique?", *DAOR* 1999, 154-176.
- WERY, P., "L'impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins", *JLMB* 1994, 892-898.
- WERY, P., "La preuve du cautionnement", *RRD* 2000, 476-483.
- WERY, P., GOBERT, D. en KERZMANN, L., "La preuve (Modes de preuves)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Waterloo, Kluwer, 2003, 43-73.
- WILMS, B., "Over een familiale omgeving, een jarenlange vriendschap en een intieme liefdesrelatie. Drie arresten van het Hof van Beroep te Antwerpen over de morele onmogelijkheid om een geschrift op te stellen", *AJT* 2000-01, 837-839.
- WINDEY, B., "De bewijswaarde van de aanvaarde factuur: het ene vermoeden is het andere niet", *Limb.Rechtsl.* 2009, 100-105.

TITEL I

INLEIDING. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

1 Dit werk heeft de studie tot voorwerp van het gemeen burgerlijk bewijsrecht. Een dergelijk onderzoek vereist vooreerst inzicht in het begrip “bewijzen” (hoofdstuk I). Het bestudeerde onderdeel van het recht wordt op drie onderscheiden wijzen afgebakend. Ten eerste gaat het hier enkel om het bewijsrecht (hoofdstuk II). Ten tweede wordt uitsluitend het burgerlijk bewijsrecht onderzocht (hoofdstuk III). Ten derde wordt alleen ingegaan op het gemeen burgerlijk bewijsrecht (hoofdstuk IV).

HOOFDSTUK I HET BEGRIP “BEWIJZEN”

AFDELING I

DEFINITIE

2 De wetgever definieert nergens wat precies onder “bewijzen” moet worden verstaan. In de rechtsleer komen talrijke definities voor (H. DE PAGE, *Traité*, 693, nr. 705; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 204, nr. 168; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 152, nr. 198; D. MOUGENOT, *La preuve*, 63, nr. 2; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 379, nr. 669; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 5, nrs. 2 en 3; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 7, nr. 5). Over het algemeen wordt het begrip “bewijzen” daarbij in drie onderscheiden betekenissen gebruikt (D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 64, nr. 2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 5, nr. 4; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 7, nr. 6; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 31, nr. 3).

3 Vooreerst wordt met bewijzen aangeduid dat een bewijsvoering moet worden gedaan, waarbij onder bewijsvoering wordt verstaan de procedure door middel waarvan het bewijs van een bepaald feit al dan niet geleverd wordt (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2010, 158, nr. 14). Bewijs duidt dan op de bewijslast.

4 Soms wordt onder bewijzen ook het geheel van middelen aangeduid waarmee men de rechter van zijn gelijk kan en mag overtuigen. Het bewijs is hier datgene wat de rechter dient te overtuigen van de overeenstemming tussen een bepaalde stelling en de werkelijkheid (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 157, nr. 7). Bewijs is dan synoniem van bewijsmiddelen. Het bekomen van die bewijsmiddelen wordt de bewijsgaring genoemd.

5 Ten slotte wordt met bewijzen bedoeld op het verkregen resultaat als gevolg van de voorlegging van de verschillende bewijselementen. Er is dan sprake van het bewijs dat al dan niet werd geleverd.

6 In werkelijkheid zijn die drie betekenissen van het begrip bewijzen nauw verwant met elkaar en gaat het eenvoudig om verschillende opeenvolgende stadia in de bewijsvoering (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2221, nr. 1623). Samengevat kan dan ook worden gesteld dat onder bewijzen moet worden verstaan, het overeenkomstig de wet overtuigen van de rechter van de waarachtigheid van een feit. Het begrip “bewijzen” vertoont bijgevolg drie essentiële kenmerken:

- het overtuigen van de waarachtigheid van een feit;
- het overtuigen van de rechter;
- het overtuigen overeenkomstig de wet.

AFDELING II

HET OVERTUIGEN VAN DE WAARACHTIGHEID VAN EEN FEIT

7 Bewijzen is in eerste instantie het overtuigen van de waarachtigheid van een feit. Dat feit maakt een toepassingsvoorwaarde uit van een rechtsregel en vormt aldus de grondslag van het subjectief recht dat de eisende partij wil laten gelden (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 31, nr. 2). Het al dan niet vervuld zijn van die toepassingsvoorwaarde heeft tot gevolg dat het rechtssubject dat dit feit heeft aangevoerd, wel of geen titularis is van het betrokken subjectief recht. Het door het rechtssubject aangevoerde feit moet dus worden getoetst aan het objectieve recht. Om dat te kunnen doen moet vooraf geweten zijn of met dat feit juridisch al dan niet rekening mag worden gehouden. Enkel bewezen feiten komen in rechte in aanmerking. De juridische gevolgen van bewezen feiten zijn vastgelegd in het objectieve recht. Er is dus steeds sprake van twee wel te onderscheiden stadia in de formulering/beoordeling van een juridische aanspraak: enerzijds het bewijzen van de feiten en anderzijds het toetsen van de bewezen feiten aan het objectieve recht (H. DE PAGE, *Traité*, 693, nr. 706). Na de bewijsvoering van de door hem aangevoerde feiten, mag de eiser de gegrondheid van zijn op die feiten gebaseerde aanspraken in rechte beargmenteren. Die juridische argumentatie is evenwel vreemd aan het bewijzen op zich.

AFDELING III

HET OVERTUIGEN VAN DE RECHTER

8 Om evidente redenen wordt ervan uitgegaan dat het overtuigen van de waarachtigheid van een betwist feit niet volledig aan de daarbij betrokken partijen kan worden overgelaten. Veelal zullen zij immers niet op eigen kracht uit het debat geraken.

9 Anderzijds geldt een verbod van eigenrichting, verbod dat wordt erkend als algemeen rechtsbeginsel (Cass. 24 mei 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1053). Het volstaat niet om titularis te zijn van een subjectief recht om het ook effectief te kunnen uitoefenen. Om zijn subjectieve rechten te handhaven, is de tussenkomst van een rechter verplicht.

10 Als correlatief van dat verbod van eigenrichting is er een recht op recht, zijnde het recht van het rechtssubject om zich tot een macht te wenden die de plicht heeft recht te spreken en wier uitspraak afdwingbaar is (B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1", *P&B* 2010, 4, nr. 4). Krachtens de artikelen 5 en 6 Ger.W. is de rechter verplicht aan elk geschil een individuele oplossing te geven. Uitspraak bij wijze van algemeen of als regel geldende beschikking is verboden. Om die taak te vervullen moet de rechter uitmaken welke door de rechtssubjecten aangevoerde feiten bewezen zijn en vervolgens de bewezen feiten toetsen aan het objectieve recht.

11 Vandaar dat het overtuigen van de waarachtigheid van een feit voor de rechter moet gebeuren. Bewijzen strekt ertoe de rechter te overtuigen, dit wil zeggen de waarachtigheid van een feit door de rechter te doen vaststellen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 5, nr. 4; D. MOUGENOT, *La preuve*, 63, nr. 2). Doel van bewijzen is het subjectief recht dat daaruit voortvloeit via de rechter te kunnen afdwingen (B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1", *P&B* 2010, 4, nr. 5).

12 Dat beroep op de rechter gebeurt in een procedure voor een rechtbank of voor een administratie bevoegd om over het betrokken geschil uitspraak te doen. In burgerlijke zaken kunnen partijen hun geschil in principe ook aan arbitrage onderwerpen (art. 1676 Ger.W.). Tenzij de partijen anders overeengekomen zijn, beslissen de arbiters volgens de regels van het recht (art. 1700 Ger.W.). Wat volgt, geldt bijgevolg in principe ook voor arbitrale gedingen (art. 1696 Ger.W.).

AFDELING IV

HET OVERTUIGEN OVEREENKOMSTIG DE WET

13 Wanneer ervan uitgegaan wordt dat de waarachtigheid van feiten voor de rechter moet worden bewezen, moet vervolgens de vraag worden beantwoord hoe dat bewijs kan en mag worden geleverd. Het overtuigen van de rechter van de waarachtigheid van een feit moet gebeuren overeenkomstig de wet, dit wil zeggen conform het geldende bewijsrecht.

AFDELING V

BEWIJZEN EN INTERPRETEREN

14 Aan elk subjectief recht beantwoordt in principe een verbintenis. Steeds moet *in concreto* de inhoud, de zin en de draagwijdte van die verbintenis worden vastgesteld. In geval van onduidelijkheid in dat verband bestaat er aanleiding tot uitlegging van de verbintenis. Inzake verbintenissen uit overeenkomsten bevat het Burgerlijk Wetboek in de artikelen 1156 tot en met 1164 BW meerdere interpretatieregels. Die regels vallen buiten de grenzen van dit werk en blijven verder dus buiten beschouwing.

15 Hier wordt enkel benadrukt dat interpreteren en bewijzen nauw verwant zijn met elkaar. De aan een verbintenis op basis van interpretatie toegeschreven inhoud, zin en draagwijdte moet immers steeds kunnen worden bewezen conform het bewijsrecht.

In die zin oordeelde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 6 juni 1996 (*Arr.Cass.* 1996, 555) dat:

- krachtens artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek, het bewijs door getuigen niet wordt toegelaten tegen en boven de inhoud van akten, en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken ervan te zijn gezegd;
- krachtens artikel 1353 van dit wetboek, het bewijs met vermoedens die niet bij de wet zijn ingesteld, alleen wordt toegelaten in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat, behalve wanneer tegen een handeling uit hoofde van bedrog of arglist wordt opgekomen;
- het vonnis met de in het middel aangegeven redenen geen uitlegging geeft van het ontvangstbewijs van 120.000 (oude) Belgische frank, maar op grond van extrinsieke feitelijke gegevens, waaraan het niet het karakter van een bekentenis toeschrijft, de werkelijke oorzaak onderzoekt van dit ontvangstbewijs, in tegenstelling tot de erin uitgedrukte oorzaak;
- het vonnis, door aldus het bewijs van de oorzaak van dit ontvangstbewijs toe te laten op grond van vermoedens tegen en boven de inhoud van die akte, de artikelen 1319, 1320, 1322, 1341 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek schendt.

Zeer recent besliste het hof in dezelfde zin dat wanneer de rechter zijn beslissing over de uitlegging van een akte steunt op een extrinsiek element, zoals een niet aan hem overgelegde overeenkomst, hij dit gegeven dient te preciseren (*Cass. AR C.* 12.028.N, 10 december 2012, <http://www.cass.be>).

HOOFDSTUK II HET BEWIJSRECHT

AFDELING I

DEFINITIE

16 Het geschil over de waarachtigheid van een feit voor de rechter wordt beheerst door het bewijsrecht. Het bewijsrecht omvat het geheel van de rechtsregels die voorschrijven hoe een juridische aanspraak moet worden bewezen.

17 Tot de essentie van het bewijsrecht behoren drie onderscheiden vragen: wat moet worden bewezen, wie het bewijs moet leveren en hoe het bewijs moet worden geleverd. Die vragen (waarop nader wordt ingegaan in de titels III, IV en V) zijn terug te vinden in een ander onderscheid meer bepaald dat tussen het formeel en het materieel bewijsrecht.

AFDELING II

SOORTEN BEWIJSRECHT: FORMEEL EN MATERIEEL BEWIJSRECHT

18 Het bewijsrecht is onlosmakelijk procesgebonden en vindt daarom zijn neerslag gedeeltelijk in het Gerechtelijk Wetboek. Bewijzen gebeurt immers in een geschil voor de rechter. In elk geding ontstaat er een wisselwerking tussen het bewijsrecht en het procesrecht en is meer bepaald de vraag naar de bewijslast aan de orde. Het bewijsrecht kan dan ook niet los worden gezien van het procesrecht. Soms wordt daarom verdedigd dat het bewijsrecht in principe niet tot het materieel recht behoort, doch enkel tot het procesrecht omdat het bewijzen van aanspraken deel uitmaakt van de wijze waarop men aanspraken in rechte uitoefent (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 161, nr. 28).

Nochtans geldt ook dat er geen recht is zonder bewijs. Via de toegelaten bewijsmiddelen en hun bewijskracht/bewijswaarde bepaalt het bewijsrecht ook de materieelrechtelijke verhoudingen tussen de partijen. Dat verklaart waarom de fundamentele principes inzake het bewijs in vermogensrechtelijke zaken zijn opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2221-2222, nr. 1624; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 11, nr. 7).

Vandaar ook dat traditioneel een onderscheid wordt gemaakt tussen twee soorten bewijsrecht: het formeel bewijsrecht en het materieel bewijsrecht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 5; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 4; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 124, nr. 113).

19 Het formeel bewijsrecht beantwoordt de vraag wat in een geschil voor de rechter moet worden bewezen (de objectieve of materiële bewijslast) en door wie dat moet gebeuren (de subjectieve of formele bewijslast). Die regeling vindt zijn neerslag in artikel 870 Ger.W.

Het onderscheid tussen de begrippen objectieve en subjectieve bewijslast wordt slechts in die zin geïnterpreteerd door een deel van de rechtsleer (J. LAENENS, K. BROECKX *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 531). Anderen gewagen van de subjectieve bewijslast als de last om bewijzen aan te brengen, terwijl de objectieve bewijslast staat voor het nadelige gevolg dat zich voordoet als het betwiste feit uiteindelijk niet bewezen geraakt, meer bepaald dat men dientengevolge door de rechter in het ongelijk wordt gesteld, het zogenaamde bewijsrisico (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 35-36, nr. 3). Soms ook wordt onder “bewijslast” enkel verstaan de vraag wie het bewijs moet leveren (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 157, nr. 8).

20 Het materieel bewijsrecht regelt de toegelaten bewijsmiddelen en hun bewijskracht/bewijswaarde. Zie de artikelen 1316 tot 1348 en 1353 tot 1369 BW, alsook de artikelen 20, 24 en 25 W.Kh.

21 Het onderscheid tussen formeel en materieel bewijsrecht wordt door de wetgever niet strikt gerespecteerd in die zin dat het niet zo is dat het Gerechtelijk Wetboek (enkel) het formeel procesrecht bevat en het Burgerlijk Wetboek (enkel) het materieel procesrecht (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 11, nr. 7; D. MOUGENOT, *La preuve*, 66, nr. 5). Zo bijvoorbeeld zijn in het Burgerlijk Wetboek in de artikelen 1315, 1350 en 1352 ook bepalingen opgenomen in verband met de objectieve en subjectieve bewijslast, terwijl het Wetboek van Koophandel in de artikelen 21 tot 23 de overlegging van de boekhouding regelt. Daartegenover behandelt het Gerechtelijk Wetboek in de artikelen 871 tot 1016 ook de procedures die moeten gevolgd worden in de bewijsgaring.

AFDELING III

BELANG VAN HET BEWIJSRECHT

22 Het belang van het bewijsrecht mag niet worden onderschat. Het bewijsrecht speelt een kapitale rol in alle domeinen van het recht. Het bewijsrecht is immers (minstens mede) bepalend voor de concrete afloop van ieder geschil. In het bijzonder vervult het bewijsrecht een essentiële rol in het handhaven

van subjectieve rechten, meer bepaald in het afdwingen van verbintenissen. Alhoewel de afwezigheid van recht en bewijs in theorie twee onderling verschillende zaken zijn, vallen ze in de praktijk immers samen. Degene die er niet in slaagt de feiten te bewijzen, grondslag van het door hem ingeroepen subjectief recht, bevindt zich in dezelfde situatie als degene die geen recht heeft. *Idem est non esse aut non probari* (zie o.m. D. MOUGENOT, *La preuve*, 64, nr. 3; H. DE PAGE, *Traité*, 695-696, nrs. 707-708.A). Het bewijs van de verbintenis bepaalt aldus haar concrete afdwingbaarheid. Indien de verbintenis niet kan worden bewezen, kan de beweerd titularis de schuldenaar ervan niet tot presteren dwingen. Hij is dan overgeleverd aan het geweten van zijn tegenpartij die desgevallend een natuurlijke verbintenis kan erkennen. Indien dat laatste niet gebeurt, heeft het rechtssubject evenwel geen uitweg (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 203, nr. 167 en 256, nr. 215; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 7, nr. 5).

23 Dat het bewijsrecht in de rechtspraak een vooraanstaande rol speelt, blijkt alleen al uit de bijzonder omvangrijke rechtspraak over bewijskwesaties, zowel van de feitenrechtshouders, als van het Hof van Cassatie. Die rechtspraak is door de jaren heen zo talrijk dat het binnen het bestek van deze studie onmogelijk is volledigheid te waarborgen. Het aantal uitspraken is gewoon te groot om exhaustief te kunnen zijn. Veeleer dan naar volledigheid werd ernaar gestreefd die rechtspraak te bundelen waarin een antwoord wordt verstrekt op een zo breed mogelijk aantal problemen die in het geldende bewijsrecht aan bod komen.

24 In schril contrast met het praktische belang van het bewijsrecht staat de stiefmoederlijke behandeling die dat bewijsrecht tot voor kort in de rechtsleer heeft gekend, dit zowel in het verbintenissenrecht (dat eigenlijk maar relevant wordt van zodra dat en in de mate waarin een verbintenis bewezen is), als in het gerechtelijk recht. In de traditionele handboeken over beide rechtstakken komt het bewijsrecht doorgaans nauwelijks of in ieder geval slechts zijdelings ter sprake. Ook in de universitaire opleiding wordt aan het bewijsrecht weinig tot geen aandacht besteed. Allesomvattende studies van het bewijsrecht blijven schaars. Nog steeds wordt voor problemen inzake bewijs door de eerste rechtstak vaak doorverwezen naar de tweede en omgekeerd. Dat verklaart waarom zelfs belangrijke cassatierechtspraak inzake bewijs soms onbesproken blijft. Terecht werd daarom opgemerkt dat het bewijsrecht een miskend leerstuk blijft, vooral aan de noordelijke kant van de taalgrens, waar het aantal waarnemers – sommigen spreken van “liefhebbers” – relatief beperkt blijft (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis Gerechtelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 35, nr. 1).

Stilaan komt evenwel een kentering op gang. Zeker gedurende het laatste decennium kan een toenemend aantal doctrinale bijdragen en studiedagen over (doorgaans enkel deelaspecten van) het bewijsrecht worden vastgesteld. Dit werk wil aansluiten bij die terechte evolutie naar een toenemende aandacht voor het bewijsrecht.

25 Niet alleen de rechtspractici, doch ook en vooral de rechtssubjecten zelf doen er goed aan inzicht te verwerven in het bewijsrecht. Dat recht wordt voor hen van belang van zodra in hun rechtsverhouding met andere rechtssubjecten conflicten ontstaan. Dan moeten zij in staat zijn het verleden (de feiten die zich hebben voorgedaan) te reconstrueren teneinde op grond daarvan hun beweerde subjectieve rechten te kunnen ten gelde maken. Bij het optreden in het maatschappelijk verkeer is het derhalve uitermate belangrijk dat de rechtssubjecten van meet af aan bijzondere aandacht hebben voor het bewijs dat van hen zal worden verwacht indien naderhand door andere rechtssubjecten het bestaan en de inhoud van hun beweerde subjectieve rechten wordt betwist en zij om die reden de verbintenissen van die andere rechtssubjecten in rechte moeten afdwingen. De latere bewijsvergarig van het feitelijk verloop in het verleden is vaak allesbehalve een sinecure. Helaas moet in de rechtspraktijk vastgesteld worden dat rechtssubjecten veelal erg weinig interesse hebben voor de bewijsrechtelijke aspecten verbonden aan hun optreden.

HOOFDSTUK III HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT

26 Deze studie heeft enkel het burgerlijk bewijsrecht, inbegrepen het handelsrechtelijk bewijsrecht, tot voorwerp. Het publiekrechtelijk bewijsrecht blijft dus buiten beschouwing. Dat geldt in het bijzonder voor het bewijsrecht van toepassing in strafzaken, in fiscale zaken, in administratiefrechtelijke zaken en in sociale zaken (in de mate waarin die rechtstakken deel uitmaken van het publiek recht).

AFDELING I

HET VERMOGENSRECHTELIJK BEWIJSRECHT

27 Dit werk heeft enkel de studie tot voorwerp van het burgerlijk bewijsrecht, dit wil zeggen van het bewijsrecht in burgerlijke zaken in de ruime zin van het woord, inbegrepen handelszaken. Dat burgerlijk bewijsrecht is in principe van toepassing op alle privaatrechtelijke materies. Alhoewel de kern van de toepasselijke wetsbepalingen zich in het Burgerlijk Wetboek bevindt onder de titel die handelt over de verbintenissen uit overeenkomst, wordt aangenomen dat zij van toepassing zijn op alle soorten verbintenissen (uit overeenkomst, uit onrechtmatige daad, uit oneigenlijk contract, uit de wet of uit eenzijdige wilsuiting). Enige voorwaarde is dat het gaat om vermogensrechten, ongeacht evenwel of het daarbij om zakelijke dan wel om persoonlijke vermogensrechten gaat (Cass. 4 november 1926, *Pas.* 1927, I, 83; zie o.m. B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 9, nr. 14; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 380, nr. 672; D. MOUGENOT, *La preuve*, 63, nr. 1; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 37, nr. 9). In die zin vormen de artikelen 1315 tot en met 1369 BW het privaatrechtelijk bewijsrecht of burgerlijk vermogensrechtelijk bewijsrecht dat geldt behoudens afwijkende wettelijke bepaling. De bewijsregels van het Burgerlijk Wetboek moeten wel worden aangevuld met de andere bronnen van het privaatrechtelijk bewijsrecht waarover verder meer (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 153, nr. 201; zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2219, nr. 1622 en 2224, nr. 1627).

28 Het burgerlijk bewijsrecht geldt evenwel niet onverkort voor alle privaatrechtelijke materies. Terwijl die regeling in principe een algemene draagwijdte heeft in het vermogensrecht, geldt ze niet zonder meer in het personen- en familierecht (huwelijk, afstamming, adoptie, woonplaats...). Het bewijs in laatstbedoelde rechtstakken is door bijzondere afwijkende wetsbepalingen vaak strikter geregeld (bv. de art. 34-101 BW inzake de

burgerlijke stand, de art. 194-202 BW inzake het huwelijk, de art. 312-325 BW inzake de afstamming...). Dikwijls gaat het daar om zaken van openbare orde, waardoor de aanwending van een of ander bewijsmiddel niet toegelaten is.

AFDELING II

GEEN BEWIJSRECHT IN STRAFZAKEN

29 Enkel het burgerlijk bewijsrecht is voorwerp van dit werk. Het bewijsrecht in strafzaken wordt dus niet behandeld. Dat laatste bewijsrecht is onderworpen aan een afzonderlijke reglementering (K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 153, nr. 1). In het algemeen laat die meer vrijheid aan de rechter aan wie het toegelaten is om actief op zoek te gaan naar de objectieve waarheid en om zijn oordeel te vormen op grond van zijn innerlijke overtuiging aan de hand van welk bewijsmiddel dan ook (zie in dat verband o.m. R. SCREVENS, "La preuve pénale en droit belge" in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Brussel, Bruylant, 1977; R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Brussel, Swinnen, 1988; P. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992; L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Mechelen, Kluwer, 2009). De privaatrechtelijke bewijsregels zijn in beginsel niet van toepassing in strafzaken (Cass. 23 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1021; Cass. 1 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1273; Cass. 5 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 2; Cass. 15 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1622; Cass. 25 oktober 2000, *Journ.proc.* 2001, 30, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 2 oktober 2012, AR P.12.0143.N, www.cass.be).

30 De burgerlijke bewijsregels zijn in een geschil voor de strafrechter echter wel van toepassing:

– inzake de prejudiciële geschillen bedoeld bij de artikelen 15 e.v. V.T.Sv.:

artikel 16, eerste lid daarvan bepaalt immers dat, wanneer het misdrijf verband houdt met de uitvoering van een overeenkomst waarvan het bestaan ontkend of waarvan de uitlegging betwist wordt, de strafrechter zich gedraagt naar de regels van het burgerlijk recht bij zijn beslissing over het bestaan van die overeenkomst of over de uitlegging ervan (zie bv. Cass. 11 juni 1951, *Rev.dr.pén.* 1951-52, 311); die wetsbepalingen willen voorkomen dat een eiser de burgerlijke bewijsregelen zou omzeilen door de zaak voor de strafrechter te brengen;

ze gelden enkel in de mate waarin het bewijs van het misdrijf of van een bestanddeel daarvan afhangt van een voorafbestaand burgerlijk juridisch feit, en dus niet wanneer het misdrijf gericht is op de totstandkoming van de overeenkomst zelf of die totstandkoming als resultaat heeft (Cass. 15 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 371);

ze gelden evenmin wanneer het de beklagde is die te zijner verdediging een voorafbestaand juridisch feit aanvoert, in welk geval de vrije bewijsvoering en bewijswaardering geldt (Cass. 20 mei 2008, *Pas.* 2008, 1245);

– inzake de burgerlijke belangen:

dat is het geval met het verweer van de beklagde tegen de burgerlijke rechtsvordering die tegen hem is ingesteld op grond van een hem ten laste gelegd misdrijf, voor zover dat verweer geen verband houdt met het bewijs van dat misdrijf: het verweer van de beklagde betreft niet het bewijs van het hem ten laste gelegde misdrijf, wanneer de beklagde zich beroept op artikel 18 arbeidsovereenkomstenwet dat bepaalt dat een werknemer die bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst schade berokkent, enkel aansprakelijk is voor zijn bedrog, zijn zware schuld of nog zijn lichte schuld indien die gewoonlijk voorkomt; aangezien de beklagde aldus het bestaan van die arbeidsovereenkomst aanvoert, moet hij daarvan het bewijs leveren conform het privaatrechtelijk bewijsrecht (Cass. 4 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 866;

hetzelfde geldt inzake het bewijs van het bestaan en van de omvang van schade veroorzaakt ingevolge een misdrijf; dat bewijs mag worden geleverd door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen (Cass. 26 februari 2002, *RW* 2002-03, 1504, noot B. BACKX).

31 Andersom zijn de strafrechtelijke bewijsregels van toepassing wanneer een rechtsvordering voor de burgerlijke rechter gegrond is op een strafrechtelijk misdrijf wat het bewijs van dat misdrijf betreft (Cass. 2 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1).

AFDELING III

GEEN BEWIJSRECHT IN FISCALE, SOCIALE EN ADMINISTRATIEFRECHTELIJKE ZAKEN

32 Het burgerlijk bewijsrecht wordt in principe wel van toepassing geacht in fiscale, sociale en administratiefrechtelijke zaken, dit althans voor zover er geen bijzondere wetsbepalingen van afwijken (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 153, nr. 1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 5, nr. 1; anders wat betreft administratiefrechtelijke zaken: P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2219-2220, nr. 1622).

33 Het bewijsrecht in fiscale, sociale en administratiefrechtelijke zaken maakt evenwel geen deel uit van dit onderzoek omwille van de grote specificiteit van deze rechtsdomeinen.

Zie in dit verband onder meer:

- wat het fiscaal recht betreft: Th. AFSCHRIFT, *Traité, de preuve en droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2004;
- wat het sociaal recht betreft: H. BUYSENS, *Bewijs in sociale zaken*, Gent, Mys & Breesch, 1999; C. BOSSE, "Bewijslastverdeling in het Belgische arbeidsrecht", *RW* 2000-01, 609 e.v.;
- en wat het administratief recht betreft: F. DEBAEDTS, "Beschouwingen omtrent het bewijs in geschillen van bestuur" in X. (ed.), *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Antwerpen, Kluwer, 1973, 127.

HOOFDSTUK IV

HET GEMEEN BURGERLIJK BEWIJSRECHT

34 Het voorwerp van onderzoek is het zogenaamde gemeen burgerlijk bewijsrecht, dit wil zeggen het bewijsrecht dat geldt in het burgerlijk vermogensrecht behoudens afwijkende wettelijke bepaling.

AFDELING I

DE BRONNEN

35 Het gemeen burgerlijk bewijsrecht is in de wet niet afzonderlijk en systematisch geregeld. Het is verspreid over het materieel recht (Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Koophandel), het procesrecht (Gerechtelijk Wetboek) en talrijke bijzondere wetten.

36 Meer bepaald wordt het bewijsrecht onderzocht waarvan de kern is neergelegd in de artikelen 1315 tot en met 1369 van Hoofdstuk VI (Bewijs van de verbintenissen en bewijs van de betaling) van Titel III (Contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen) van Boek III (Op welke wijze eigendom verkregen wordt) van het Burgerlijk Wetboek.

37 Inzonderheid wat handelszaken betreft, komen verder de bepalingen inzake bewijs uit het Wetboek van Koophandel aan bod in de mate waarin zij van de bewijsregels van het Burgerlijk Wetboek afwijken (art. 25, eerste lid W.Kh.) of bijzondere bewijsmiddelen, eigen aan het handelsrecht, invoeren (de art. 20-24 W.Kh., zoals gewijzigd door de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van de ondernemingen en art. 25, tweede lid W.Kh.).

38 Naast deze rechtsregels uit het Burgerlijk Wetboek en uit het Wetboek van Koophandel, wordt aandacht besteed aan enkele bepalingen van Titel III (Tussengeschillen en bewijs) van Boek II (Geding) van Deel IV (Burgerlijke rechtspleging) van het Gerechtelijk Wetboek, meer bepaald aan die bepalingen die de principes van het bewijsrecht neergelegd in artikel 1315 BW herhalen vanuit procedurele invalshoek (art. 870 Ger.W.) en deze die de medewerking van de partijen aan en de rol van de rechter inzake de bewijsvoering organiseren (de art. 871-1016bis Ger.W.).

Aan de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die zuiver procesrechtelijke aspecten van de bewijsgeving (zijnde het aanbrengen van bewijsmiddelen) of onderzoeksmaatregelen behandelen, wordt verder evenwel geen aandacht besteed. Dat geldt in het bijzonder voor:

- de procedures met betrekking tot de overlegging van stukken (de art. 877-882 Ger.W.), inzake het schriftonderzoek (de art. 883-894 Ger.W.), omtrent de valsheid (de art. 895-914 Ger.W.), betreffende het getuigenverhoor (de art. 915-961 Ger.W.) en de eedaflegging (de art. 1005-1006 Ger.W.);
- de hiernavolgende onderzoeksmaatregelen: de overlegging van schriftelijke verklaringen van derden (de art. 961/1-3 Ger.W.), het deskundigenonderzoek (de art. 962-991*bis* Ger.W.), het verhoor van partijen (de art. 992-1004 Ger.W.), de plaatsopneming (de art. 1007-1016 Ger.W.) en de vaststelling van overspel bij gerechtsdeurwaarder (art. 1016*bis* Ger.W.).

Zie in dat laatste verband o.m. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de Droit de Liège, 1987, 357-400, nrs. 478-554; A. DE SCHAMPELEIRE, W. WECKHUYSEN, P. BOGAERTS, D. FREJLICH, P. VAN SANTVLIET, S. CNUUDE, S. BROUWERS, T. DEKEERSMAEKER en U. VAN DEN PLAS, “Tussengeschillen in verband met de bewijsvoering” in X., *Bestendig Handboek burgerlijk procesrecht*, 2001, VII.2.1-VII.2.89; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 441-537, nrs. 632-832; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Gent, Story Publishers, 2009, 489-565, nrs. 740-881; H. VAN BOSSUYT en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Het bewijs in het burgerlijk procesrecht*, Brussel, Larcier, 2010, 88-143; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 545-629.

39 Niet alleen nationale wetsbepalingen, doch ook Europese en internationale regels kunnen relevant zijn in het raam van een privaatrechtelijke bewijskwestie voor de Belgische rechter. Zo kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld hoe een door de Belgische rechter bevolen onderzoeksmaatregel in het buitenland kan en mag worden uitgevoerd (zie bv. Cass. 27 mei 2011, *P&B* 2011, 203, noot)? In dat verband is vooral van belang de verordening 1206/2001/EG van 28 mei 2001 van de Raad betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (*Pb.L.* 174, 27 juni 2001; zie daarover o.m.: W. DE BUS, “De bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken overeenkomstig Verordening (E.G.) nr. 1206/2001”, *Limb. Rechtsl.* 2006, 91-112; L. DEMEYERE, “Toepassing Europese Bewijsverordening”, in X., *Bestendig handboek deskundigenonderzoek*, Wolters Kluwer, 2013, III.7-1-III.7-47; C. VANLEENHOVE, “Europese bewijsverordening sluit nationale regels getuigenverhoor niet uit”, *Juristenkrant* 2012, 6-7). Ook kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld naar de bewijsrechtelijke betekenis in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en buitenlandse authentieke akten. Zie in dat verband de artikelen 26 en 28 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (*BS* 27 juli 2004). Ook deze aspecten van de problematiek vallen evenwel buiten de grenzen van deze studie.

40 Bijzondere aandacht wordt wel besteed aan de recente wetsbepalingen die er zijn gekomen om het burgerlijk bewijsrecht aan te passen aan de technologische evolutie:

- de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure (*BS* 22 december 2000);

- de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten (*BS* 29 september 2001);
- de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel (*BS* 17 maart 2003).

Die wetgeving is het gevolg van het initiatief van de Europese Unie om de materie te harmoniseren, hetgeen zijn neerslag heeft gevonden in twee richtlijnen:

- de E-handtekeningrichtlijn van 13 december 1999 (richtlijn 1999/93/EC van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *Pb.L.* 13/12, 19 januari 2000, omgezet in het Belgisch recht met de voormelde wetten van 20 oktober 2000 en van 9 juli 2001);
- de E-handelsrichtlijn van 8 juni 2000 (richtlijn 2000/31/EC van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, *Pb.L.* 178, 17 juli 2000, omgezet in het Belgische recht met de voormelde wet van 11 maart 2003).

Ook reeds vóór de inwerkingtreding van deze nieuwe wetsbepalingen, werden steeds meer contracten gesloten per telefoon, e-mail, sms, telex, telefax, telegram of aan automatische loketten en werden ook steeds meer nieuwe reproductie- en registratieprocessen voor gegevens en documenten (fotokopie, bandopname, microfilm, pc...) ontwikkeld. Hoe die nieuwe technieken door de rechtsleer en de rechtspraak werden ingepast in het wettelijk systeem van erkende bewijsmiddelen, is geïntegreerd in de bespreking.

41 Het gemeen burgerlijk bewijsrecht, waarvan de contouren hierboven nader werden omschreven, wordt in deze studie onderzocht aan de hand, niet slechts van de desbetreffende wetgeving, doch ook van de dienaangaande gepubliceerde rechtspraak en rechtsleer. Er werd reeds op gewezen dat die rechtspraak en rechtsleer bijzonder omvangrijk is zodat volledigheid onmogelijk kan worden gewaarborgd. Wel wordt gepoogd alle relevante rechtspraak en rechtsleer aan bod te laten komen. Omdat dit werk zich in eerste orde richt tot de praktijkjurist wordt daarbij vooral aandacht besteed aan de bestaande wetgeving en aan de rechtspraak. Terecht werd immers vastgesteld dat de rechtsleer vaak verdergaat dan de rechtspraak, de cassatierechtspraak voorop, die strikter gebonden blijft aan de wettelijke bewoordingen (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1”, *P&B* 2010, 3, nr. 2).

AFDELING II

TALRIJKE AFWIJKENDE WETTELIJKE BEPALINGEN

42 Hierboven werd reeds gezegd dat het gemeen burgerlijk bewijsrecht in principe van toepassing is op alle vermogensrechten ongeacht of het daarbij gaat om zakelijke dan wel om persoonlijke vermogensrechten. Maar, ook en zelfs in vermogenrechtelijke aangelegenheden, gelden er tal van afwijkende bijzondere bewijsregels. Zo zijn er afwijkende bepalingen die op dwingende wijze welbepaalde bewijsmiddelen vastleggen bijvoorbeeld inzake het testament (de art. 967-1001 BW), de koopovereenkomst (de art. 1644 en 1678 BW), de dading (art. 2044 BW), de pandovereenkomst (art. 2074 BW), het eigendomsrecht tussen echtgenoten (art. 1399 BW), het vennootschapscontract (art. 49 Venn.W.), het verzekeringscontract (art. 10, § 1 wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst; art. 25 wet 11 juni 1874 met betrekking tot de verzekeringsovereenkomst, Titel X W.Kh.), voor verkopen op afstand (art. 56 wet marktpraktijken)... Die afwijkende bepalingen blijven hier verder in principe buiten beschouwing, behalve als illustratie van de regels van het gemeen burgerlijk bewijsrecht.

AFDELING III

DE STRUCTUUR VAN DE STUDIE

43 Het gemeen burgerlijk bewijsrecht wordt hierna onderzocht uitgaande van vijf fundamentele vragen: welke zijn de basiskenmerken van het burgerlijk bewijsrecht? (titel II), wat moet worden bewezen? (titel III), wie moet bewijzen? (titel IV), hoe mag/moet worden bewezen? (titel V) en ten slotte, welke zijn de grenzen van het burgerlijk bewijsrecht? (titel VI).

TITEL II

DE BASISKENMERKEN VAN HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT

44 Het burgerlijk bewijsrecht heeft vier basiskenmerken. Het is een tot op zekere hoogte gereguleerd bewijsstelsel (hoofdstuk I) dat de vaststelling beoogt van de juridische waarheid (hoofdstuk II) en dat daarbij uitgaat van het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter (hoofdstuk III). Het bewijsrecht is ten slotte in principe niet van openbare orde, noch van dwingend recht (hoofdstuk IV).

HOOFDSTUK I

EEN GERELEMENTEERD BEWIJSSTELSEL

AFDELING I

EEN VRIJ OF GERELEMENTEERD BEWIJSSTELSEL

45 Een bewijsstelsel kan theoretisch vrij of gereglementeerd zijn (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 152, nr. 199; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 216, nr. 178; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2227, nr. 1631 en 2229, nr. 1632; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 1, nr. 1; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 379-380, nr. 671). Soms is in dat verband sprake van het moreel bewijsstelsel tegenover het wettelijk bewijsstelsel (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 9, nr. 6; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité, théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11, nr. 020; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nr. 38).

46 Bij een vrij of moreel bewijsstelsel is er geen wettelijk vastgelegde tussenkomst van de rechter in de bewijsvoering noch taakverdeling tussen de partijen en mag het bewijs geleverd worden met alle mogelijke bewijsmiddelen, voor zover zij in staat zijn de rechter te overtuigen, die onderling een gelijkwaardige bewijswaarde hebben. De wet bepaalt noch de bewijskracht van noch de onderlinge hiërarchie tussen de bewijsmiddelen. Dat wordt volledig overgelaten aan het oordeel van de rechter die soeverein beslist op grond van zijn innerlijke overtuiging (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158, nr. 16; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité, théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11, nr. 020; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nr. 38; H. DE PAGE, *Traité*, 696, nr. 708.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 33, nr. 6).

47 In een gereglementeerd of wettelijk bewijsstelsel is de tussenkomst van de rechter in de bewijsvoering evenals de taakverdeling tussen de partijen wel wettelijk bepaald, zijn niet alle bewijsmiddelen toegelaten en zijn de toegelaten bewijsmiddelen niet onderling gelijkwaardig qua toelaatbaarheid en bewijskracht. De wet bepaalt de toegelaten bewijsmiddelen, de voorwaarden waaronder zij toegelaten zijn (de toelaatbaarheid van een bepaald bewijsmiddel wordt in de regel bepaald door de aard/waarde van de rechtshandeling en de hoedanigheid van de partijen), hun bewijskracht en hun onderlinge hiërarchie. De partijen en de rechter zijn derhalve gebonden door

de bewijsmiddelen die toegelaten zijn in het concrete geschil (Cass. 11 december 1969, *Arr. Cass.* 1969-70, 356, *RCJB* 1975, 708, noot P. VAN OMMESLAGHE; H. DE PAGE, *Traité*, 697, nr. 708.C en 711, nr. 716; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 167, nr. 224; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 244, nr. 206; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 159, nr. 17; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11, nr. 020; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nr. 40; H. DE PAGE, *Traité*, 697, nr. 708.C; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 33, nrs. 6-7).

48 In geen enkele rechtstak is het bewijsrecht absoluut vrij of absoluut gereguleerd. Ook in rechtstakken die gekenmerkt worden door een vrij bewijsstelsel zijn er steeds rechtsregels inzake de bewijsvoering zoals regels omtrent de bewijslast, de bewijsgaring en de geoorloofdheid van het bewijs, terwijl in rechtstakken met een gereguleerd bewijsstelsel altijd deelaspecten voorkomen waarin het bewijs min of meer vrij is en de rechter dus over een zekere vrijheid beschikt om de bewijzen te waarderen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2221-2222, nr. 1625 en 2227, nr. 1630; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 10, nr. 6; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 12, nr. 020).

49 Dat neemt niet weg dat kan worden vastgesteld dat het bewijsstelsel in principe vrij is bijvoorbeeld in strafzaken, terwijl het bewijsrecht in burgerlijke zaken en in handelszaken daarentegen principieel gereguleerd is, met dien verstande dat in handelszaken de bewijsregels wel sterk versoepeld zijn (H. DE PAGE, *Traité*, 696-698, nr. 708, B, C en D; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 380, nr. 671; anders in de zin van een vrij bewijsstelsel in handelszaken: K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158-159, nrs. 16-17; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11-12, nr. 020; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nrs. 39-40 en 26, nr. 41; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2222, nr. 1625; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 21, nr. 1.3.2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 85, nr. 2; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 1; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 41, nr. 13). Maar, zelfs die vaststelling moet worden gerelativeerd, omdat hierboven reeds werd uiteengezet dat in burgerlijke geschillen soms toepassing moet worden gemaakt van de beginselen van het bewijs in strafzaken, terwijl in strafrechtelijke procedures soms de regels van het burgerlijk bewijsrecht moeten worden toegepast (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011*

i.s.m. CBR-2, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 1, nr. 1).

AFDELING II

HET GERELEMENTEERD KARAKTER VAN HET BURGERLIJK BEWIJSSTELSEL

50 Aangezien het bewijsrecht in burgerlijke zaken de basis vormt van het burgerlijk bewijsrecht, wordt aangenomen dat het burgerlijk bewijsstelsel in principe een gereguleerd karakter heeft. In de artikelen 1317 tot en met 1369 BW wordt voor overeenkomsten meer bepaald een bewijsstelsel uitgewerkt waarin wordt bepaald welke bewijsmiddelen wanneer toegelaten zijn, welke bewijskracht die onderscheiden bewijsmiddelen bezitten en welke hun onderlinge hiërarchie is. Ingevolge dat gereguleerd bewijsstelsel kan een partij in burgerlijke zaken in principe haar aanspraak niet bewijzen zoals zij dat wil, door alle middelen van recht, maar moet zij daarbij aanwending maken van de wettelijk toegelaten bewijsmiddelen met hun vaste bewijskracht. Van zijn kant mag ook de rechter alleen rekening houden met de bewijsvoering die overeenkomstig dat gereguleerd bewijsstelsel wordt gedaan. In burgerlijke zaken kan het bewijs van feiten dus niet worden geleverd dan volgens de regels en in de vormen bij de wet bepaald (Cass. 11 december 1969, *Arr. Cass.* 1969-70, 356 en *RCJB* 1975, 708, noot P. VAN OMMESLAGHE).

Het gereguleerd karakter van het burgerlijk bewijsstelsel blijkt bijvoorbeeld uit de regel van artikel 1341 BW. Overeenkomsten boven 375,00 EUR mogen in beginsel niet worden bewezen met getuigen of met feitelijke vermoedens, doch enkel door middel van een akte. Er is derhalve een hiërarchie tussen de bewijsmiddelen en in die hiërarchie geniet de akte voorrang boven het bewijs met getuigen of met feitelijke vermoedens. Die voorkeur voor de akte ten nadele van het bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens wordt traditioneel bestempeld als het hoofdkenmerk van het burgerlijk vermogensrechtelijk bewijsrecht (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 152, nr. 200). Aan de akte wordt door de wetgever een vooraanstaande plaats gegeven omdat dit bewijsmiddel de beste garantie biedt omtrent de waarachtigheid van de erin neergelegde feiten. De akte wordt immers opgesteld *in tempore non suspecto* vóór ieder geschil. Anders dan in de Angelsaksische systemen en bij ons tot vóór de 16de eeuw staat de wetgever daarentegen bijzonder wantrouwig tegenover het getuigenbewijs dat veel minder zekerheid biedt en gekenmerkt wordt door het risico van vergissing, partijdigheid of zelfs bedrog (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 27, nr. 45; H. DE PAGE, *Traité*, 697, nr. 708, C en 699, nr. 709, voetnoot 4).

51 Het gereguleerd bewijsstelsel dat geldt in burgerlijke zaken is in principe ook van toepassing in handelszaken (H. DE PAGE, *Traité*, 698, nr. 708, D; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 380, nr. 671). Ook daar zijn de bewijsmiddelen (die dezelfde zijn als in burgerlijke zaken) gereguleerd en het voorwerp van een hiërarchie. Dat systeem wordt alleen versoepeld wat betreft:

- de voorwaarden waaronder het getuigenbewijs en het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is: die bewijsmiddelen staan er in principe op dezelfde hoogte als de akte die bovendien niet onderworpen is aan het formalisme van de artikelen 1325, 1326 en 1328 BW;
- andere specifieke bewijsmiddelen die naast de burgerlijke bewijsmiddelen toegelaten zijn.

Daarenboven toont de rechtspraak aan dat het getuigenbewijs door de rechtbanken van koophandel evenzeer als door de burgerlijke rechtbanken wordt gewantrouwd. Vandaar dat het onderscheid tussen bewijsstelsel in burgerlijke zaken en dat in handelszaken sterk moet worden gerelativeerd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2231-2232, nr. 1633).

AFDELING III

DE *RATIO LEGIS*: RECHTSZEKERHEID EN CONFLICTBESLECHTING

52 De doelstellingen van het gereguleerd bewijsstelsel in burgerlijke zaken zijn vooral de rechtszekerheid in de juridische verhoudingen en een vlugge conflictbeslechting tegen een zo laag mogelijke prijs (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 653-654; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2228-2229, nr. 1631 en 2311, nr. 1702; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 26-27, nr. 44; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 9, nr. 6; P. FORIERS, “Considérations sur la preuve judiciaire” in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Brussel, Bruylant, 1982, II, 875; H. DE PAGE, *Traité*, 697, nr. 708, C). De vóór ieder geschil opgestelde akte laat toe te verzekeren, niet alleen dat de contractpartijen op bewuste wijze verbintenissen aangaan, doch bovendien dat akkoorden duidelijk en op een controleerbare manier worden vastgelegd, zodat latere misverstanden tussen de partijen omtrent de inhoud van de aangegane overeenkomsten zoveel als mogelijk kunnen worden vermeden. Daarenboven wordt een eventuele gerechtelijke procedure eenvoudiger omdat twijfelachtige bewijsstukken bij voorbaat worden uitgesloten en eindeloze en dus kostelijke getuigenverhoren worden vermeden. Soms wordt in dit verband ook gewezen op een zeker wantrouwen van de wetgever tegenover de rechter (D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique*

et pratique, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11, nr. 020). Daarnaast laat het gereglementeerd bewijsstelsel ook toe waar nodig het algemeen belang te beschermen (bv. via de regel van het gezag van gewijsde) en soms ook bepaalde privaten belangen, zoals bijvoorbeeld van de belangen van de partij die wordt geacht zich in een zwakkere positie dan de tegenpartij te bevinden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 26-27, nrs. 42-43).

53 Dat neemt niet weg dat het gereglementeerd karakter van het burgerlijk bewijsstelsel ook het voorwerp uitmaakt van *k r i t i e k* (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2229, nr. 1631; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11-12, nr. 020; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 28, nr. 46). De bewijsregels zijn relatief complex en log (reden waarom dat bewijsstelsel in handelszaken sterk is versoepeld), terwijl zij bovendien de kans op afwijkingen tussen de objectieve waarheid en de juridische waarheid groter maken, aangezien de rechter door het wettelijk bewijsstelsel gebonden is, ook en zelfs wanneer zijn innerlijke overtuiging in tegengestelde zin gevestigd is. Vandaar dat de vraag wordt gesteld of niet elk bewijsstelsel vrij zou moeten zijn of tenminste in zijn basisregeling zo weinig complex als maar mogelijk is. Het wordt ontluisterend genoemd te moeten vaststellen dat zoveel formalisme in de regeling bestaat, waarvan de logica niet steeds duidelijk is en de bescherming die het moet bieden onzeker (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 152, nr. 105).

HOOFDSTUK II

DE VASTSTELLING VAN DE JURIDISCHE WAARHEID

AFDELING I

DE OBJECTIEVE TEGENOVER DE JURIDISCHE WAARHEID

54 Een bewijsstelsel, waarin niet alle bewijsmiddelen toegelaten zijn en de toegelaten bewijsmiddelen niet alle dezelfde bewijskracht hebben, beoogt niet het kennen van de objectieve of absolute waarheid, doch wel de vaststelling van de juridische of wettelijke waarheid (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 653-654; H. DE PAGE, *Traité*, 699, nr. 709). Objectieve en juridische waarheid zijn geen synoniemen (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 153, nr. 2; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1”, *P&B* 2010, 4, nr. 5; S. STIJNS, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, *RW* 1989-90, 1004-1005; H. DE PAGE, *Traité*, 699, nr. 709). De objectieve waarheid is datgene wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan. Wanneer de rechter de waarheid van een betwist feit op grond van de toegelaten bewijsmiddelen vaststelt, impliceert zulks dat dit feit juridisch waar is (*res iudicata pro veritate habetur*). De juridische waarheid stelt de overeenstemming vast tussen een bewering en de werkelijkheid. Het gaat om de op toegelaten wijze bewezen waarheid.

AFDELING II

DE VOORRANG VAN DE JURIDISCHE WAARHEID

55 De juridische waarheid stemt niet steeds overeen met de absolute of objectieve waarheid (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nr. 40; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 34, nr. 7). Essentieel kenmerk van het burgerlijk bewijsstelsel is dat, ook en zelfs wanneer vaststaat dat de juridische waarheid afwijkt van de objectieve waarheid, toch voorrang wordt verleend aan de juridische waarheid (H. DE PAGE, *Traité*, 699, nr. 709). Hierna volgen enkele illustraties daarvan.

56 Met een niet-bewezen bewering wordt in rechte geen rekening gehouden (H. DE PAGE, *Traité*, 699, nr. 709). De juridische waarheid is gebaseerd op bewijs. Feiten die niet kunnen worden bewezen, worden juridisch geacht niet te bestaan, ook al hebben ze zich in werkelijkheid wel voorgedaan en zelfs wanneer de rechter persoonlijk weet dat die feiten stroken met de werkelijkheid (H. DE PAGE, *Traité*, 700, nr. 709). *Idem est non esse aut non probari* (niet-bestaan en niet-bewezen worden, is hetzelfde). Zonder bewijs is er

geen recht. Wie zijn rechten wil doen handhaven, zal ze dus moeten bewijzen. Vandaar de tegenstelling tussen “gelijk hebben” en “gelijk krijgen” (S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, 152, nr. 198). Die regel moet wel worden gerelativeerd: hij geldt enkel ten aanzien van betwiste feiten.

57 Verder illustreert ook de wettelijke regeling inzake de hiërarchie tussen de toegelaten bewijsmiddelen in burgerlijke zaken het mogelijk verschil tussen de juridische en de objectieve waarheid en de voorrang van eerstgenoemde waarheid. Indien bijvoorbeeld in een akte kwijting wordt verleend voor de betaling van de koopprijs is het krachtens artikel 1341 BW niet toegelaten daarvan het tegenbewijs door middel van getuigen te leveren, ook al heeft die betaling in werkelijkheid nooit plaatsgehad. Een ander voorbeeld in dezelfde zin vormt artikel 1715 BW: indien een huur die zonder geschrift is aangegaan, nog op generlei wijze is ten uitvoer gebracht, en een van de partijen die ontkent, kan het bewijs door getuigen niet worden toegelaten, hoe gering de huurprijs ook is, dit niettegenstaande wordt aangevoerd dat er handgeld is gegeven.

58 Ook het leerstuk van het ongeoorloofd bewijsimpliceert dat onder bepaalde voorwaarden geen rekening wordt gehouden met de absolute waarheid (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 155, nr. 6). Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de objectieve waarheid aan het licht komt op een onrechtmatige wijze (bv. ingevolge geweld, een inbreuk op de privacy, een schending van het beroepsgeheim...).

59 Een mogelijke discrepantie tussen de objectieve en de juridische waarheid en de voorrang van laatstgenoemde waarheid volgt ten slotte ook hieruit dat in de rechtsleer algemeen wordt aangenomen dat een feit reeds juridisch bewezen is wanneer dat feit voldoende waarschijnlijk wordt gemaakt om het te laten gelden als de juridische waarheid (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 153-154, nr. 2; D. MOUGENOT, *La preuve*, 81, nr. 17). Juridisch wordt niet het verkrijgen van wetenschappelijke of absolute zekerheid beoogd, omdat dit veelal toch onmogelijk is. Genoegen wordt genomen met de gerechtelijke zekerheid, dit is een hoge graad van waarschijnlijkheid, in overeenstemming met de normale gang van zaken, zodat de rechter niet ernstig meer aan het tegendeel moet denken, ook al is dit theoretisch nog mogelijk (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 361, nr. 117; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 41, nr. 66; O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 363 e.v., nr. 2; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 29; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 204, nr. 168; S. STIJNS, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering”, *RW* 1989-90, 1005; J. VANDENDRIESSCHE en H. MINJAUW, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007,

VI.1-4, nr. 5007; H. DE PAGE, *Traité*, 738, nr. 729.B en 744-745, nr. 734). De regel van de gerechtelijke zekerheid impliceert een zeer belangrijke beoordelingsvrijheid voor de feitenrechters. Niettemin moet hier worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie strenger oordeelt waar het in principe een zeker bewijs vereist en geen genoegen neemt met het bewijs van waarschijnlijkheid (Cass. 19 december 1963, *RW* 1964-65, 425; Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759; Cass. 22 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 543; Cass. 16 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1407; Cass. 1 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 549, concl. T. WERQUIN, *J.dr.jeun.* 2004, 44, noot, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *RW* 2004-05, 106, noot I. BOONE en *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN; Cass. 26 juni 2008, *Pas.* 2008, 1688; Cass. 23 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2351; zie evenwel Cass. 3 mei 2010, AR S.09.0024.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER).

60 Dat de objectieve waarheid wordt opgeofferd aan de juridische waarheid heeft alles te maken met het hoger belang dat door de wetgever wordt gehecht aan de conflictoplossende waarde van een rechterlijke uitspraak dan aan haar waarheidsgehalte. Dergelijke regeling laat toe de knoop door te hakken en gerezen geschillen op te lossen. Niet de overeenstemming met de objectieve waarheid is dus de doelstelling van het bewijsrecht (*anders*: K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 153, nr. 1 en 155, nr. 5) wel het vermijden dat geschillen eindeloos zouden aanslepen doordat de partijen blijven twisten, niet alleen over hun conflict ten gronde, doch bovendien over het door hen aangewende bewijsmateriaal (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 9, nr. 6; D. MOUGENOT, *La preuve*, 81, nr. 17). Er wordt dus in eerste orde rechtszekerheid nagestreefd in het belang van de maatschappelijke ordening (H. DE PAGE, *Traité*, 699, nr. 709; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 35, nr. 7). Dat alles heeft CORNELIS ertoe gebracht het bewijsrecht te bestempelen als “verbintennisrecht in het kwadraat, van een andere orde of dimensie, waarin naar een evenwicht tussen algemeen belang en individuele, concrete belangen wordt gezocht, wat door de wetgever, resp. door de wilsautonomie ter harte wordt genomen” (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 205, nr. 168 en 259, nr. 217; zie ook J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 2).

AFDELING III

TEMPERINGEN

61 Omdat de voorrang van de juridische waarheid boven de objectieve waarheid soms extreem onbillijke gevolgen heeft, heeft de wetgever wel een aantal temperingen aan het systeem aangebracht (H. DE PAGE, *Traité*, 700, nr. 709). Zo beschikken de partijen steeds over de mogelijkheid van de ge-

dingbeslissende eed (art. e.v. 1358 BW). Aan de rechter werden op bewijsrechtelijk vlak dan weer een aantal inquisitoriale bevoegdheden verstrekt (art. 872 e.v. Ger.W.) waarover verder meer (zie titel IV, hoofdstuk III).

HOOFDSTUK III

HET BEGINSSEL VAN DE LIJDELIJKHEID VAN DE RECHTER

AFDELING I

HET UITGANGSPUNT VAN HET BURGERLIJK WETBOEK

62 Het gereguleerd bewijsstelsel van het Burgerlijk Wetboek gaat uit van het beschikingsbeginsel dat als algemeen rechtsbeginsel (met toepassingen in o.m. de art. 811 en 1138, 2° Ger.W.) het principe van de partijautonomie (krachtens hetwelk het initiatief tot en de leiding van het geding bij de partijen rust) omvat en dat aan de rechter in beginsel een lijdelijke rol toekent (kenmerkend voor een proces met een accusatoir karakter zoals de burgerlijke rechtspleging), ook inzake de bewijsvoering (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160-161, nr. 27; W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 653-654; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 381, nr. 673; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 20-21, nr. 34; H. DE PAGE, *Traité*, 712, nr. 716). Anders dan in een vrij bewijsstelsel, heeft de rechter op bewijsrechtelijk vlak geen leidinggevende rol, gaat hij niet actief op zoek naar de objectieve waarheid en stuurt hij niet zelf de bewijsvoering. Het is hem in principe zelfs verboden daarin tussen te komen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 21, nr. 34). De bewijsvoering behoort integendeel enkel toe aan de partijen zelf die de meesters van het geding zijn (art. 1315 BW en 870 Ger.W.). Vandaar dat wordt gezegd dat de bewijsvoering een partijwerkzaamheid is, terwijl enkel de bewijswaardering tot de wezenlijke taak van de rechter behoort (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nrs. 4 en 11; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007; E. KRINGS, “Het ambt van de rechter en de leiding van het rechtsgeding”, rede uitgesproken door de procureur-generaal op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1983, *RW* 1983, 337; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2244, nr. 1642 en 2247-2252, nrs. 1644; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 21; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, 156, nr. 207; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 110, nr. 121). Er kan dan ook niet afdoende worden benadrukt dat de partijen er het allergrootste belang bij hebben de nodige aandacht te besteden aan de bewijsvoering, niet slechts in het algemeen bij hun optreden in het rechtsverkeer, doch bovendien in geval van een geschil tijdens het geding voor de rechter.

63 Het accusatoir karakter van de burgerlijke rechtspleging impliceert op bewijsrechtelijk gebied dat het aan de eiser behoort de bewijsmiddelen voor te leggen aan de hand waarvan hij het bestaan meent te kunnen bewijzen van de feiten die hij als grondslag van zijn rechtsvordering inroept. De aanvoering van de bewijsmiddelen waaruit het tegendeel blijkt, rust op de schouders van de verweerder (D. MOUGENOT, *La preuve*, 72, nr. 13; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 20-21, nr. 34).

64 De taak van de rechter inzake bewijs is in principe beperkt. Hij moet vooreerst de door de partijen aangevoerde en betwiste feiten vaststellen, vervolgens het aangevoerde bewijsmateriaal onderzoeken en waarderen en ten slotte oordelen of de door de partijen ingeroepen betwiste feiten al dan niet bewezen zijn.

De rechter mag een eis in principe enkel toewijzen op grond van feiten die door de partijen regelmatig voor hem werden ingeroepen (Cass. 29 september 1978, *Pas.* 1979, I, 146; Cass. 18 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1859 en *JT* 2005, 160, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 8 februari 2001, *Pas.* 2001, I, 247; Cass. 18 januari 2002, *Pas.* 2002, I, 190; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 87; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 59, nr. 27, S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 160, nr. 213; anders: L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 208-209, nr. 172). Dat volgt ook uit het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht op tegenspraak dat impliceert dat de rechter zijn beslissing niet mag doen steunen op feiten waarover de partijen geen tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass. 13 juni 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1227; Cass. 13 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 351). Feiten moeten dus door een partij worden aangevoerd met een mogelijkheid van tegenspraak door de andere partij, dit wil zeggen met eerbiediging van de rechten van verdediging. Er moet steeds gelegenheid zijn tot een tegensprekelijk debat waarin elke procespartij haar standpunt kan formuleren en dat van de wederpartij kan weerleggen vanuit een gelijkwaardige positie. De eerste taak van de rechter is de regelmatig aangevoerde feiten vast te stellen.

Voor zover de ingeroepen feiten betwist worden, heeft de rechter vervolgens de verplichting om kennis te nemen van de door de partijen aangevoerde bewijsmiddelen. Dat laatste vloeit voort uit het recht op bewijs, zijnde het recht voor elke procespartij om de bewijzen waarover zij beschikt voor te leggen en om te verzoeken dat de bewijzen waarover zij nog niet beschikt zouden worden vergaard aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen (vgl. Cass. 25 september 2000, *P&B* 2001, 114, noot K.W.). De rechter moet de bewijswaarde van die bewijsmiddelen op gemotiveerde wijze beoordelen binnen de perken die de wet hem toelaat (D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14-1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 33, nr. 55; B. SAMYN,

Privaatrechtelijk bewijs, 46, nr. 18). Bij het onderzoek en de waardering van de door de partijen aangewende bewijsmiddelen moet de rechter inzonderheid toezien op de geoorloofdheid en de toelaatbaarheid daarvan. De rechter mag enkel rekening houden met de door de wet toegelaten bewijsmiddelen, zodat zijn persoonlijke kennis hier geen rol mag spelen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 381, nr. 673; H. DE PAGE, *Traité*, 711-712, nr. 716). Bovendien moet aan de procespartijen de mogelijkheid worden geboden om tegenspraak te voeren over elk stuk of elk betoog dat van aard is het oordeel van de rechter te beïnvloeden (Cass. 14 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 77).

De rechter moet ten slotte beoordelen of de aangevoerde en betwiste feiten al dan niet bewezen zijn. De rechter erkent of ontkent de juistheid van de beweringen van de eiser, rekening houdende met het verweer daartegen van de verweerder. Zijn beslissing is mede gesteund op zijn innerlijke overtuiging. Binnen de perken van de bewijskracht die de wet aan de aangewende bewijsmiddelen hecht, mag de rechter een betwist feit bewezen verklaren van zodra hij persoonlijk overtuigd is van de waarachtigheid ervan. De innerlijke overtuiging is natuurlijk een subjectief gegeven, zodat niet uitgesloten is dat de aangewende bewijsmiddelen overtuigend zijn voor de ene rechter, maar niet de andere (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 463, nr. 161).

AFDELING II

EVOLUTIE NAAR EEN MEER ACTIEVE RECHTER

65 Terwijl de beginselen van de partijautonomie en van de lijdelijkheid van de rechter inzake bewijs het uitgangspunt zijn van het Burgerlijk Wetboek van 1804, is dat uitgangspunt, onder invloed van de (cassatie)rechtspraak (Cass. 20 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1157; Cass. 15 juni 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, 1264; Cass. 19 september 1974, *Pas.* 1975, I, 74) en op grond van het beginsel van de goede trouw, inmiddels gecorrigeerd en werd daarbij de rol van de rechter op bewijsrechtelijk vlak geleidelijk aan vergroot.

66 In het Gerechtelijk Wetboek werden tal van bepalingen inzake bewijs opgenomen die de rechter de mogelijkheid geven om geen genoegen te nemen met de aan hem voorgelegde bewijsmiddelen en de bewijsvoering vooruit te helpen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 72, nr. 13; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 14, nr. 050; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 22, nr. 35; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 47, nr. 19).

Bij toepassing van de artikelen 871 tot en met 1016*bis* Ger.W. kan de rechter, voor zover hij dat nuttig acht (wat hij soeverein beoordeelt) en de rechten van verdediging worden gerespecteerd, meer bepaald ambtshalve allerhande onderzoeksmaatregelen bevelen:

- de overlegging door een procespartij van stukken die het bewijs inhouden van een ter zake dienend feit (art. 877 e.v. Ger.W.);
- de overlegging door een derde van stukken die het bewijs inhouden van een ter zake dienend feit (art. 877 e.v. Ger.W.);
- een getuigenverhoor (art. 915 e.v. Ger.W.);
- de overlegging van schriftelijke verklaringen (art. 961/1-3 Ger.W.);
- een deskundigenonderzoek (art. 962 e.v. Ger.W.), zelfs van een persoon die niet in het geding betrokken is (Cass. 21 november 2006, *Pas.* 2006, 2442);
- een persoonlijke verschijning van de partijen (art. 992 e.v. Ger.W.);
- een plaatsopneming (art. 1007 e.v. Ger.W.);
- ...

Daarnaast kan de rechter, inzake uitoefening van de ouderlijke macht, bewaring van kinderen, verblijf van de echtgenoten, uitkering tot onderhoud en adoptie van kinderen, van het Openbaar Ministerie vorderen, wanneer de zaak aan het advies van deze ambtenaar wordt onderworpen, inlichtingen in te winnen omtrent de punten die hij op beperkende wijze aangeeft (art. 872 Ger.W.).

Bovendien aanvaardt een vaststaande cassatierechtspraak inmiddels dat de rechter, behoudens andersluidend akkoord tussen de partijen en op voorwaarde dat ze voortvloeit uit de regelmatig aan hem voorgelegde feiten, mits eerbiediging van de rechten van verdediging, ambtshalve elke rechtskwestie kan en mag opwerpen, zelfs verplicht is dat te doen, ook in zaken die de openbare orde niet raken. De verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden impliceert dat de rechter ertoe verplicht is, ongeacht de omschrijving ervan door de partijen, de voor hem aangevoerde redenen ambtshalve door andere te vervangen. De rechter is bijgevolg niet gebonden door de juridische redeneringen, kwalificaties en motieven van de partijen. Hij kan en moet zelfs zijn eigen redeneringen, kwalificaties en motieven in de plaats stellen (Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. Adv. Gen. P. DE KOSTER, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *RABG* 2005, 1669, noot R. VERBEKE en *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL; Cass. 16 maart 2006, *P&B* 2006, 224; Cass. 24 maart 2006, *JT* 2006, 680, noot J. VAN DROOGHENBROECK en *RCJB* 2008, 5, noot M. GREGOIRE; Cass. 12 mei 2006, *T.Gez.* 2008-09, 116, noot J. FAGNART; Cass. 23 oktober 2006, *Pas.* 2006, 1, 2112; Cass. 9 mei 2008, *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS en *JT* 2008, 721, noot J.F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 24 december 2009, *Pas.* 2009, 3248; Cass. 1 februari 2010, *P&B* 2010, 108, www.cass.be (26 februari 2010), concl. R. MORTIER; Cass. 2 april 2010, *P&B* 2010, 216 en *JLMB* 2010, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, *Pas.* 2011, 356). Die rechtspraak kan op bewijsrechtelijk vlak onrechtstreeks zijn invloed hebben.

Bij zijn arrest van 17 juni 1983 (*Arr.Cass.* 1982-83, 1290) heeft het Hof van Cassatie in die zin geoordeeld dat:

- het aan de rechter staat, onder eerbiediging van de rechten van de verdediging, op de regelmatig aan zijn beoordeling voorgedragen feiten, zonder het voorwerp noch de oorzaak van de vordering te wijzigen, de rechtsregels toe te passen op grond waarvan hij op de vordering zal ingaan of ze zal afwijzen;
- dat naar luid van artikel 876 Ger.W. de rechtbank het aanhangige geschil berecht volgens de bewijsregels die van toepassing zijn op de aard van het geschil;
- dat wanneer de eisende partij de rechtsregel betreffende de bewijslevering niet voorstelt en de partij tegen wie de vordering is ingesteld bij conclusie aanvoert dat, nu zij geen handelaar is, de regels van het bewijs in burgerlijke zaken in het geding dienen te worden toegepast, de rechter, na de commerciële aard van de verbintenis waarop de vordering gesteund is te hebben vastgesteld, de regels van de bewijsvoering in handelszaken kan toepassen.

67 Ook de rol van de procespartijen werd in het Gerechtelijk Wetboek herdefinieerd door van hen onder bepaalde voorwaarden medewerking aan de bewijsvoering te eisen (art. 871 en 877 e.v. Ger.W.).

Ook naderhand is het beginsel van de partijautonomie meer en meer onder druk gekomen van de beginselen van de procesloyauteit (vgl. Cass. 14 februari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 557; Cass. 14 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 789; Cass. 11 mei 2001, *RW* 2001-02, 737, noot P. SCHOLLEN; Gent 8 januari 2004, *NJW* 2004, 561, noot E. BREWAEYS) en van de proceseconomie (zie art. 780bis Ger.W.) die gebaseerd zijn op het beginsel van de goede trouw en gericht zijn op objectieve waarheidsvinding. In de rechtsleer kunnen op dat vlak twee stromingen worden onderscheiden.

Een deel van de doctrine holt het beginsel van de partijautonomie uit ten bate van de objectieve waarheidsvinding. Het procesrecht moet doelmatig aangewend worden zodat het geding op een snelle, goedkope en eenvoudige wijze naar zijn einddoel (het afdwingen van de subjectieve rechten van de partijen) wordt gebracht. Van de procespartijen mag bijgevolg worden verwacht dat zij de feiten volledig en waarheidsgetrouw meedelen en te goeder trouw meewerken aan de onderzoeksmaatregelen. Zij moeten loyaal samenwerken aan de zoektocht naar de objectieve waarheid, onder meer door alle bewijselementen waarover ze beschikken voor te leggen (M.E. STORME, “De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht”, *TPR* 1990, 311-484; S. STIJNS, “Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding”, *RW* 1989-90, 1003-1020). Die rechtsleer vindt tot op zekere hoogte bevestiging in de cassatierechtspraak die het bestaan erkent van een algemene verplichting van de partijen om samen te werken aan de bewijsgaring en zich bijgevolg uit te spreken over de feiten die aan de grondslag van het geschil liggen (Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot K.W.; Cass. 10 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL, *RCJB* 2005, 680, noot J. BUYLE en *T.Vred.* 2007, 392, noot R. STEENNOT; Cass. 18 januari 2007, *Res Jur.Imm.* 2007, 27).

Een ander deel van de rechtsleer blijft integendeel voorrang verlenen aan het beginsel van de partijauto-

nomie en de vaststelling van de juridische waarheid. De beginselen van de procesloyauteit en van de proceseconomie hebben wel een zekere werking. Maar enkel procesrechtsmisbruik wordt gesanctioneerd. Het beginsel van de goede trouw heeft derhalve enkel een matigende werking (bv. Cass. 12 februari 1999, *Pas.* 1999, I, 196; Cass. 17 oktober 2008, *TBBR* 2011, 139; Rb. Brugge 10 juni 2003, *RW* 2003-04, 1068, noot B. ALLEMEERSCH) en is geen blanco norm (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 51-55, nrs. 4-16; E. FORRIER, “Goede trouw in geding en bewijs. Een reactie van raadsheer E. Forrier op het rapport van Prof. Dr. M.E. Storme” in X., *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht, Vlaamse Juristenvereniging, XXXIV-ste Rechtscongres TPR* 1990, 503-506; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 214, nr. 177). Ook die rechtsleer vindt in zekere mate bevestiging in de cassatierechtspraak.

In zijn arrest van 6 december 1991 (Cass. 6 december 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 315) heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk geoordeeld dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat volgens hetwelk het proces te goeder trouw moet worden gevoerd.

Andere recente cassatierechtspraak bevestigt dat het principe van de partijautonomie het uitgangspunt blijft. Elke procespartij heeft een recht op bewijs. Maar dat impliceert niet zonder meer dat de rechter verplicht zou zijn om alle door de partijen aangevoerde stukken te onderzoeken en te bespreken.

In zijn arrest van 12 september 1986 oordeelde het Hof van Cassatie reeds dat de rechter niet hoeft te antwoorden op een beschouwing waaruit de conclusienemer geen rechtsgevolg afleidt en dat wanneer met betrekking tot een aanvoering in een conclusie de redengeving enkel is opgenomen in een stuk van het dossier van de conclusienemer en deze in zijn conclusie enkel het nummer van dat stuk vermeldt, de rechter niet tekortkomt aan zijn motiveringsplicht wanneer hij die aanvoering verwerpt zonder de inhoud van dat stuk te ontleden en te beantwoorden (Cass. 12 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 48). De partijen kunnen zich dus niet er toe beperken louter te verwijzen naar een overtuigingsstuk, doch moeten wel integendeel in hun conclusies de inhoud van dat stuk weergeven en ontleden. Dat neemt niet weg dat de rechter zijn beslissing mag laten steunen op elk stuk dat hem regelmatig is voorgelegd, ook en zelfs al werd het door de partijen in hun conclusies niet vermeld (Cass. 12 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 325 en *RW* 1987-88, 1379, noot J.L.; Cass. 3 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 864; Cass. 15 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1336; Cass. 11 maart 2002, *Pas.* 2002, I, 690; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 23, nr. 35).

In een arrest van 11 september 2008 voegde het Hof van Cassatie daaraan toe dat wanneer de betwisting betrekking heeft op het bewijs van een feit en de eisers een bewijsmiddel hanteren, de rechter die betwisting beslecht door toepassing te maken van de rechtsregels die op dat bewijsmiddel van toepassing

zijn en dat de rechter daarbij niet moet nagaan of een ander bewijsmiddel dat de eisers niet hebben gehanteerd, het door hen aangevoerde feit zou bewijzen. Meer bepaald besliste het Hof dat de rechter *in casu* enkel moest onderzoeken of de door de partijen aangevoerde elementen inderdaad een gerechtelijke bekentenis (omtrent de beweerde omvang van betaalde voorschotten) uitmaakten, zoals door de eisers ingeroepen, en, in ontkennend geval, niet tevens moest nagaan of zij als feitelijk vermoeden het aangevoerde feit konden bewijzen, hetgeen als dusdanig door de eisers niet was aangevoerd (Cass. 11 september 2008, AR C.06.0666.F, www.cass.be (29 september 2008), *Pas.* 2008, 1902). De partijen zijn er derhalve toe gehouden de aangevoerde bewijsmiddelen te kwalificeren. De rechter heeft immers niet tot taak die bewijsmiddelen te herkwalicieren ingeval de partijen zich hebben vergist omtrent de kwalificatie daarvan (vgl. Antwerpen 20 juni 2005, *NjW* 2006, 511, noot E. BREWAEYS).

HOOFDSTUK IV

NIET VAN OPENBARE ORDE, NOCH VAN DWINGEND RECHT

AFDELING I

ENKEL BESCHERMING VAN LOUTER PRIVATE BELANGEN

68 Het burgerlijk bewijsrecht is in beginsel niet van openbare orde, noch van dwingend recht (Cass. 14 december 1922, *Pas.* 1923, I, 111; Cass. 30 januari 1947, *Arr.Cass.* 1947, 22; Cass. 30 september 1948, *Arr.Cass.* 1948, 449; Cass. 20 juni 1957, *Arr.Cass.* 1957, 885; Cass. 19 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 930; Cass. 20 april 1978, *Arr.Cass.* 1977-78, 958; Cass. 14 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1103; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 11 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 762; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310; Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, J. KIRKPATRICK; Cass. 22 februari 2010, AR S.08.0153.F, www.cass.be (8 maart 2010), concl. J. LECLERCQ; Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R* 2002, 167, noot S. DEJONGHE). Enkel de bescherming van louter private belangen is immers aan de orde (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 387, nr. 681). Dat geldt voor alle aspecten van dat bewijsrecht.

Zie bijvoorbeeld inzonderheid wat betreft:

- de regeling inzake de subjectieve bewijslastverdeling: Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061;
- de regels omtrent de hiërarchie van de bewijsmiddelen op grond van hun bewijskracht: Cass. 22 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 695, noot; Cass. 20 april 1978, *Pas.* 1978, I, 949, noot; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, I, 661; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654;
- het onsplitsbaar karakter van de complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekentenis: Cass. 10 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, 118; Cass. 19 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 17 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1073;
- artikel 1325 BW: Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075;
- artikel 1328 BW: Cass. 10 november 1950, *Arr.Cass.* 1951, 105;
- artikel 1329 BW: Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; Cass. 30 oktober 1969, *Arr.Cass.* 1970, 209;
- artikel 1341 BW: Cass. 28 september 1953, *Arr.Cass.* 1954, 35; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 15 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1118, noot; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 730; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, II, 661; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654; Cass. 22 februari 2010, S.08.0153.F, www.cass.be;
- artikel 1347 BW: Cass. 14 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 51; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661;
- artikel 1353 BW: Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661.

AFDELING II

AFSTAND EN AFWIJKENDE OVEREENKOMSTEN

69 Daaruit volgt in eerste orde dat de partijen in de loop van het geding afstand kunnen doen van de toepassing van de burgerlijke bewijsregels. Worden die regels niet ingeroepen, dan worden de partijen geacht daarvan stilzwijgend afstand te hebben gedaan. Die rechtsregels mogen door de rechter derhalve niet ambtshalve worden opgeworpen (Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 13, nr. 040; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49). Zo werd geoordeeld dat sprake is van stilzwijgende verzaking aan de toepassing van artikel 1341 BW (principiële vereiste van een akte in zaken boven 375,00 EUR) wanneer een schuldeiser, zonder een beroep te doen op die wetsbepaling, zich laat meeslepen in een betwisting omtrent door de schuldenaar ingeroepen feitelijke vermoedens als bewijs van door hem verrichte betalingen (Luik 10 februari 2011, *JLMB* 2012, 239: waarbij wel de vraag kan worden gesteld of het bewijs van de beweerde betalingen door alle middelen van recht, waaronder feitelijke vermoedens, in het concrete geval hier aan de orde niet reeds mogelijk was, alleen al bij toepassing van artikel 25, eerste lid W.Kh. en gelet op het feit dat dit bewijs hier moest worden geleverd tegen een aannemer-handelaar).

70 Bovendien zijn overeenkomsten waarbij de partijen voorafgaand het geding van dat bewijsrecht afwijken in principe geldig (D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 17, nr. 12; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 13, nr. 040; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 42-43, nr. 14). Daarover verder meer (zie titel VI, hoofdstuk II).

AFDELING III

NIET VOOR HET EERST VOOR HET HOF VAN CASSATIE

71 Verder kan om dezelfde reden de miskennis van een wetsbepaling inzake bewijs niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden ingeroepen, indien dat reeds voordien voor de feitenrechter mogelijk was (D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 13, nr.

040; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 49, nr. 22). Een dergelijk middel is in dat geval nieuw en bijgevolg niet ontvankelijk (Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 11 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 762; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310; Cass. 10 november 2008, *Pas.* 2008, 2520; Cass. 22 februari 2010, AR S.08.0153.F, www.cass.be (8 maart 2010), concl. J. LECLERCQ en *Pas.* 2010, 529, concl. J. LECLERCQ). Dat is bijvoorbeeld het geval met een middel gegrond op de miskenning van de regels inzake de bewijslast (Cass. 20 juni 1957, *Pas.* 1957, I, 1256; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310), of inzake de bewijskracht van een bekentenis die men heeft gedaan (Cass. 21 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 471), of nog, betreffende (de hiërarchie tussen) de toegelaten bewijsmiddelen (Cass. 25 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 15 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1118, noot; Cass. 22 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 695, noot; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310). De partijen zijn derhalve verplicht zich reeds voor de feitenrechter te beroepen op de regels inzake het bewijs, hetgeen een bevestiging impliceert van het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter inzake bewijs.

TITEL III

HET FORMEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. DE OBJECTIEVE BEWIJSLAST: WAT MOET WORDEN BEWEZEN?

72 Het formeel burgerlijk bewijsrecht betreft in eerste orde de vraag wat in geval van een geschil het voorwerp van het bewijs uitmaakt. Het gaat om de zogenaamde objectieve bewijslast die bepaalt wat moet worden bewezen opdat de rechter uitspraak zou doen in het voordeel van een bepaalde procespartij. Die procespartij beoogt via de procedure haar beweerde subjectief recht af te dwingen. Zij moet dan ook aantonen dat alle voorwaarden vervuld zijn voor toepassing van de rechtsregel die de grondslag vormt van dat subjectief recht. Voorwerp van de objectieve bewijslast zijn derhalve de feiten (hoofdstuk I) die door de partijen worden aangevoerd (hoofdstuk II), waarbij alle aangevoerde feiten in aanmerking komen, ongeacht de aard ervan, voor zover die feiten de toepassingsvoorwaarden uitmaken van de betrokken rechtsregel (hoofdstuk III) en ze door de tegenpartij worden betwist (hoofdstuk IV).

HOOFDSTUK I DE FEITEN

73 Toekenning van een vordering in rechte vereist steeds dat twee elementen vaststaan: enerzijds het bestaan van de feiten die de grondslag vormen van die aanspraak en anderzijds hun overeenstemming met het objectieve recht, dit wil zeggen dat de wet aan die feiten het beoogde rechtsgevolg hecht (H. DE PAGE, *Traité*, 693, nr. 706).

AFDELING I

ALLEEN DE FEITEN, NIET HET OBJECTIEVE RECHT

74 Krachtens artikel 870 Ger.W. moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert. In die wetsbepaling wordt uitsluitend verwezen naar de feiten, niet naar het objectieve recht. Dat objectieve recht ligt immers vast in de wet. De partijen moeten dan ook niet aantonen welke gevolgen de wet aan de aangevoerde feiten hecht. Een procespartij moet niet het bestaan, de betekenis en de draagwijdte bewijzen van de op het geschil toepasselijke rechtsregel, noch de overeenstemming met zijn toepassingsvoorwaarden van de door haar aangevoerde en bewezen feiten. Voorwerp van het bewijs is uitsluitend het bestaan van de feiten die de toepassingsvoorwaarden zijn van de rechtsregel (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 29, nr.23; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 379, nr. 670; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 15, nr. 070; D. MOUGENOT, *La preuve*, 84, nr. 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 8, nr. 8; H. DE PAGE, *Traité*, 693-694, nr. 706; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 112, nrs. 102-103).

75 De rechter wordt verondersteld het objectieve recht te kennen en moet het minstens opzoeken. Het is essentieel zijn taak om op de door de partijen voorgedragen en bewezen feiten de geldende rechtsregel toe te passen (*da mihi factum, da tibi ius* en *iura novit curia*) en het bestaan, de betekenis en de draagwijdte ervan vast te stellen wanneer hierover tussen de partijen betwisting bestaat (Cass. 24 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 341, concl. E. KRINGS en *RCJB* 1982, 5, noot J. VAN COMPERNOLLE; Cass. 15 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 771; Cass. 10 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 53; Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. Adv. Gen. P. DE KOSTER, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *RABG* 2005, 1669, noot R. VERBEKE en *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL; Cass. 16 maart 2006, *P&B* 2006, 224; Cass. 24 maart 2006, *JT* 2006, 680, noot

J. VAN DROOGHENBROECK en *RCJB* 2008, 5, noot M. GREGOIRE; Cass. 6 december 2007, *RABG* 2008, 306, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 14 januari 2008, *Pas.* 2008, 96; Cass. 15 februari 2008, *RW* 2010-11, 285; Cass. 9 mei 2008, *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS en *JT* 2008, 721, noot J.F. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1370; Cass. 28 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2125 en *Pas.* 2009, 2023, concl. J. GENICOT; Cass. 24 december 2009, AR C.09.0055.N, www.cass.be; Cass. 1 februari 2010, AR S.09.0064.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER; Cass. 2 april 2010, *JLMB* 2010, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, AR C.10.0123.F, www.cass.be; Gent 10 april 2008, *NJW* 2009, 326, noot A. VANDERHAEGHEN; Kh. Hasselt 26 november 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 147, noot). De rechter moet dat zelfs spontaan doen om het geschil op te lossen, zij het met eerbiediging van het beschikkingsbeginsel en van de rechten van verdediging (zie o.m. B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)", *P&B* 2010, 14, nr. 34; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 211; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2235, nr. 1634; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 6, nr. 8; D. MOUGENOT, *La preuve*, 84, nr. 19; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 379, nr. 670; S. STIJNS, "Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding – Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering", *RW* 1989-90, 1006; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 8-10, nrs. 9-11; H. DE PAGE, *Traité*, 694, nr. 706).

76 Dat neemt niet weg dat, krachtens artikel 744 Ger.W., de partijen ook stelling moeten innemen omtrent de toepasselijke rechtsregels en hun betekenis en draagwijdte (zie nochtans art. 702, 3° Ger.W. en de vroegere cassatierechtspraak daaromtrent: Cass. 24 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 341, concl. E. KRINGS en *RCJB* 1982, 5, noot J. VAN COMPERNOLLE). In dezelfde zin schrijft artikel 1080 Ger.W. voor dat het verzoekschrift tot cassatie de uiteenzetting moet bevatten van de middelen van de eiser, zijn conclusie en de vermelding van de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd, een en ander op straffe van nietigheid. Maar, dat juridisch debat is vreemd aan de bewijskwestie. Voor zover aangevoerd voor de feitenrechter gaat het wel integendeel louter om stellingen (middelen) die door de procespartijen worden ontwikkeld, hetzij om de rechter in de ene of de andere zin te beïnvloeden, hetzij om een bepaalde betwisting in de verf te zetten, hetzij om de mogelijkheid tot een latere cassatievoorziening open te houden (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 215, nr. 177; D. MOUGENOT, *La preuve*, 84, nr. 19;; H. DE PAGE, *Traité*, 694-695, nr. 706). Voor het Hof van Cassatie is een juridisch debat het enige dat nog aan de orde is. Het al dan niet bewezen zijn van de feiten behoort immers tot de soevereine appreciatie van de feitenrechter. Op bewijsvlak controleert het Hof van Cassatie enkel of de feitenrechter de rechtsregels inzake bewijs (bv. omtrent de bewijslast, de toegelaten bewijsmiddelen, de bewijskracht...) heeft nageleefd en zijn motiveringsplicht neergelegd in artikel 149 Gec.Gw. (bv. omtrent de reden waarom voorrang wordt verleend aan het ene bewijsmiddel boven het

andere) dienaangaande niet heeft miskend (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 10-11, nrs. 13-14).

Wanneer tussen de partijen betwisting rijst over het bestaan, de betekenis of de draagwijdte van een rechtsregel, mag de rechter die betwisting niet beslechten door de partij die zich op die rechtsregel beroept het bewijs op te leggen van het bestaan, de betekenis en de draagwijdte ervan.

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de WAM-verzekeraar niet hoeft te bewijzen dat de verzekeringsovereenkomst een recht van verhaal voorbehoudt in de gevallen opgesomd in artikel 25 KB 14 december 1992 betreffende de modelovereenkomst voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, aangezien, behoudens afwijkende overeenkomst ten gunste van de verzekeringsnemer, de verzekerde of derden, de WAM-verzekeraar over een recht van verhaal beschikt zoals bepaald in de artikelen 24 en 25 van dat KB (Cass. 9 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, 564, *TBH* 2007, 811, noot R. SIERENS en *T.Verz.* 2007, 319, noot I. BOONE; Cass. 18 januari 2010, *NJW* 2010, 276, noot G. JOCQUE en *RW* 2010-11, 1129, noot D. WUYTS; Cass. 5 maart 2010, *JLMB* 2011, 2063, noot B. DUBUISSON; Rb. Brugge 24 april 2007, *RW* 2010-11, 849; Pol. Brugge 24 mei 2007, *VAV* 2007, 344; Pol. Brugge 3 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 301, noot P. GRAULUS; anders in de zin van bewijslast voor de verzekeraar van een polis waarin het verhaalsrecht werd bedongen: Rb. Brugge 12 maart 2009, *T.Pol.* 2009, 175, noot). Zo ook werd aangenomen dat de vraag of de gedane uitgave, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement in uitvoering waarvan ze werd gedaan, al dan niet definitief voor rekening moet blijven van degene die ze heeft moeten doen, geen feit is dat moet bewezen worden door de partijen, doch door de rechter te beoordelen is door middel van een uitlegging van de overeenkomst, de wet of het reglement (Cass. 18 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1678, concl. M. DE SWAEF en *NJW* 2007, 748, noot I. BOONE).

77 Blijft de vraag wat precies onder het objectieve recht moet worden verstaan. In het algemeen worden daaronder begrepen, alle rechtsregels die in België van kracht zijn, ongeacht of het gaat om regels van de federale staat, van de gemeenschappen, van de gewesten of van de provinciale of gemeentelijke overheden, dan wel om supranationale rechtsregels van verdragsrechtelijke aard, of nog, om algemene rechtsbeginselen (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 212; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 15, nr. 080; D. MOUGENOT, *La preuve*, 88, nr. 24; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 329-331, nrs. 9-10; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 10). Hieronder wordt nader ingegaan op de vraag of het vreemde recht, het gewoonterecht en de gebruiken al dan niet behoren tot het voorwerp van de objectieve bewijslast.

AFDELING II

NIET HET VREEMD RECHT

78 De toepassing van het internationaal privaatrecht heeft soms tot gevolg dat de Belgische rechter in een geschil vreemd recht moet toepassen. Aanvankelijk werd vreemd recht beschouwd als een feit dat door de partijen moet worden bewezen. Dat uitgangspunt werd naderhand door het Hof van Cassatie verlaten (zie over die evolutie: P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2238-2244, nrs. 1637-1641; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2007, 328; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, nr. 25.a; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Pré., Livre 2, 15, nr. 090; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 12-17, nrs. 18-22; R. HAYOIT de TERMICOURT, “La Cour de cassation et la loi étrangère”, *JT* 1962, 469).

Dat gaf aanleiding tot een vaststaande cassatierechtspraak volgens welke:

- de rechter, met eerbiediging van het recht van verdediging (Cass. 22 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 281 en *RW* 1982-83, 2186, noot P. LEMMENS; Cass. 23 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 793 en *RW* 1984-85, 2387, noot L. DE FOER; Cass. 18 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 827) ambtshalve moet nagaan of (krachtens het internationaal privaatrecht) al dan niet vreemd recht (zijnde geen feitelijk, doch wel een juridisch element) toepasselijk is op het geschil dat hij moet beoordelen, alsook, in bevestigend geval, ambtshalve de inhoud, de betekenis en de draagwijdte van dat buitenlands recht moet opsporen, vaststellen en toepassen, daarbij rekening houdende inzonderheid niet slechts met de tekst van de toepasselijke vreemde wetsbepaling, doch ook met de uitlegging die dat recht in het land van oorsprong krijgt, dit alles zonder dat de partij die zich gebeurlijk op het buitenlands recht beroept, dat recht moet bewijzen of hieromtrent informatie moet verschaffen (Cass. 9 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 142, *RW* 1981-82, 1471, noot J. ERAUW, *Pas.* 1981, I, 159, concl. PG E. KRINGS, *RCJB* 1982, 8, noten J. VAN COMPERNOLLE en F. RIGAUX en *JT* 1981, 70, noot R. VANDER ELST; Cass. 23 februari 1984, *RW* 1984-85, 2387, noot L. DE FOER; Cass. 3 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1361; Cass. 10 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 901; Cass. 3 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 366; Cass. 18 juni 1993, *RGAR* 1994, nr. 12.366, noot M. FALLON; Cass. 13 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 431; Cass. 7 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1549; Cass. 20 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1049; Cass. 21 december 2009, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 845, noot M. FALLON);
- de rechter in dergelijk geval uitzonderlijk toch voorlopig Belgisch recht mag toepassen, meer bepaald wanneer hij, omdat de zaak dringend is, uitspraak moet doen alvorens hij de inlichtingen die vereist zijn om het vreemde recht te kunnen toepassen, heeft kunnen inwinnen (Cass. 12 december 1985, *RW* 1986-87, 99, noot J. ERAUW en *Rev.not.b.* 1986, 353, noot R. VANDER ELST);
- het Hof van Cassatie de toepassing die de rechter van het vreemde recht heeft gemaakt controleert, zodat de eiser in cassatie dan ook rechtreeks ter ondersteuning van het cassatiemiddel de geschonden vreemde wetsbepaling moet inroepen en het middel niet ontvankelijk is wanneer de schending van de artikelen 1317, 1319, 1320 en 1322 BW wordt ingeroepen (Cass. 7 december 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 492; Cass. 29 november 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 354; Cass. 14 februari 2005, *JTT* 2005, 261, concl. J. LECLERCQ).

Die vaststaande cassatierechtspraak is inmiddels verankerd in de wet. Voor het geval krachtens het internationaal privaatrecht de rechter ertoe gehouden is op het geschil vreemd recht toe te passen, wordt bij artikel 15 van de wet van 16 juli 2004 houdende de nieuwe wet op het internationaal privaatrecht voorgeschreven:

- dat de inhoud van het door deze wet aangewezen buitenlands recht door de rechter wordt vastgesteld en wordt toegepast volgens de in het buitenland gevolgde interpretatie (zie bv. Cass. 21 december 2009, *Tijdschrift@ipr.be* 2010, 41);
- dat wanneer de rechter die inhoud van dat buitenlands recht niet kan vaststellen, hij een beroep kan doen op de hulp van de partijen, terwijl, wanneer het kennelijk onmogelijk is de inhoud van buitenlands recht tijdig vast te stellen, Belgisch recht wordt toegepast.

79 Aangezien het vreemde recht niet langer als een feit wordt aangemerkt, moeten de partijen het toepasselijke vreemde recht weliswaar nog aanvoeren, maar niet meer bewijzen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 117, nr. 109). Tot vaststelling van de inhoud van het buitenlands recht kan de rechter een beroep doen op de hulp van de partijen. In de praktijk leggen de partijen vaak uit eigen beweging een *certificat de coutume* voor, dit is een geschreven attest uitgaande van daartoe gekwalificeerde personen (officiële instanties of privépersonen zoals professoren, advocaten, notarissen...) met de bedoeling inlichtingen te verschaffen over buitenlands recht (M. TRAEST, “Bedenkingen over de verantwoordelijkheid van de rechter bij het vaststellen van de inhoud en de toepassing van het vreemde recht”, *Verantwoordelijkheid en recht*, Kluwer, 2008, 176-177; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 329-331, nrs. 9-10; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 15, nr. 090; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 90, nr. 25.b; P. WATELET, “Le certificat de coutume”, *Rev.not.* 1975, 110). Ook uittreksels van vreemde wetteksten uitgeprint van op het internet worden door de partijen soms uit eigen beweging voorgelegd (Voorz. Kh. Hasselt 21 september 2001, *TBH* 2002, 78). De rechter kan voor de vaststelling van de inhoud van het toepasselijke vreemde recht ook uit eigen beweging een beroep doen op derden. Zo kan de rechter een expert aanstellen, zich richten tot de gespecialiseerde bibliotheek van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, toepassing maken van het informatiemechanisme uit de Europese Overeenkomst van Londen van 7 juni 1968 nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, met Aanvullend Protocol van Straatsburg van 15 maart 1978, een beroep doen op het Europees Justitieel Netwerk (beschikking 2001/470/EG van 28 mei 2001 van de Raad betreffende de oprichting van een Europese justitiële netwerk in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 174, 27 juni 2001) of aanwending maken van een informatiesysteem uit een van de bilaterale akkoorden met staten die geen deel uitmaken van de Raad van Europa, zoals bijvoorbeeld de Overeenkomst van

30 april 1981 tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk Marokko betreffende de wederzijdse rechtshulp in burgerlijke zaken, handelszaken en bestuurszaken, alsmede inzake juridische informatie (D. MOUGENOT, *Droits de obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 90, nr. 25.c; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 15, nr. 37). Nooit is de rechter door die informatie gebonden. Mits eerbiediging van de rechten van verdediging, interpreteert hij het vreemdrecht, zij het onder (beperkte) controle van het Hof van Cassatie (D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 91, nr. 25.f en h).

AFDELING III

NIET HET GEWOONTERECHT, WEL DE CONVENTIONELE GE- BRUIKEN

80 Onder gebruiken moet worden verstaan handelwijzen die gewoonlijk worden gevolgd telkens wanneer gelijkaardige omstandigheden zich voordoen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 17, nrs. 25-26). Onder verwijzing naar het cassatiearrest van 29 mei 1947 (*Pas.* 1947, I, 217, noot R.H.) wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de gebruiken die deel uitmaken van het gewoonterecht (*coutumières ou usages de droit*) enerzijds en de conventionele gebruiken (*usages conventionnels*) anderzijds (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 114-116, nrs. 107-108).

81 Gewoonten zijn gebruiken die tot niet-geschreven rechtsregels zijn gevormd (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 14, nr. 36; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 33, nr. 28; D. MOUGENOT, *La preuve*, 88, nr. 24; M. GODFROID, “Létendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé”, *TBBR* 1990, 19).

Het burgerlijk recht kent nog weinig gewoonten. Zo gewaagt het Burgerlijk Wetboek enkel nog in specifieke materies van “gebruik” (bv. in de art. 590 en 591 BW inzake vruchtgebruik op bossen, in art. 663 BW inzake gemene muren) of van “plaatselijk gebruik” (bv. in de art. 1753-1754 BW inzake huur van onroerende goederen).

Hetzelfde geldt ook grotendeels voor het handelsrecht. In dat laatste verband kan wel worden gewezen op het gewoonterecht inzake de ingebrekestelling van de schuldenaar zonder naleving van de formaliteiten van artikel 1139 BW, inzake het vermoeden van passieve hoofdelijkheid van handelaars in contractuele aangelegenheden in tegenstelling tot de bepaling van artikel 1202 BW, of inzake bepaalde gevolgen van de rekening-courant (J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, 22-23, nr. 17; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2236, nr. 1635). Een voorbeeld uit het internationaal gewoonterecht is te vinden in het cassatiearrest van 14 januari 2005 (*Arr.Cass.* 2005, 89) waarbij werd beslist dat de appelrechters oordelen dat de kapitein van het schip de rederij kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip krachtens een gewoonterechtelijke regel en dat de kapitein op grond hiervan ook de bevoegdheid heeft om de scheepsgeenar in rechte te vertegenwoordigen, zodat zij op grond van deze vaststellingen en

redengeving, hun beslissing dat de betekening van het vonnis van 16 december 1997 rechtsgeldig gebeurde en het hoger beroep van eiseres laattijdig is, naar recht verantwoordend.

Gewoonten moeten niet worden bewezen, omdat zij onderdeel zijn van het objectief recht dat de rechter geacht wordt te kennen, dit ongeacht het feit dat zij niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een officiële publicatie. Hun miskenning kan rechtsreeks worden ingeroepen als cassatiemiddel (zie o.m. S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 25; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 212; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2236, nr. 1635; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 11; D. MOUGENOT, *La preuve*, 88, nr. 24).

82 In de artikelen 1135 en 1160 BW is sprake van conventionele gebruiken. Krachtens deze wetsbepalingen verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door het gebruik aan de verbintenis worden toegekend en moet men het contract aanvullen met de daarbij gebruikelijke bedingen. Conventionele gebruiken ontlenen verbindende kracht aan hun uitdrukkelijke of stilzwijgende opneming in een overeenkomst (Cass. 30 maart 1922, *Pas.* 1922, I, 223). Kenmerkend voor een conventioneel gebruik is zijn algemeen karakter waardoor het bijvoorbeeld in een bepaalde sector of in een bepaalde regio door eenieder als toepasselijk wordt beschouwd bij afwezigheid van een strijdig beding (Cass. 29 mei 1947, *Arr.Cass.* 1947, 171). De artikelen 1135 en 1160 BW hebben een algemene draagwijdte en zijn bijgevolg ook toepasselijk op overeenkomsten waaromtrent de wet niet uitdrukkelijk verwijst naar de gebruiken (Cass. 24 februari 1966, *RW* 1966-67, 209). Ze kennen vooral toepassing in handelszaken.

Conventionele gebruiken worden aangezien als feiten. In geval van betwisting moet het bestaan en de draagwijdte van die gebruiken als dusdanig worden bewezen door de partij die zich erop beroept (Bergen 6 juni 1990, *JLMB* 1990, 1493; Gent 22 maart 1995, *TBH* 1996, 72; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 25; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 15, nr. 37; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 212; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2236, nr. 1635; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 33, nr. 28; D. MOUGENOT, *La preuve*, 89, nr. 24; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 379, nr. 670). Wanneer het ingeroepen gebruik evenwel een algemeen bekend gebruik is (bv. het gebruik in een bepaalde streek dat pachtovereenkomsten beginnen en eindigen met Kerstmis), is geen bewijs vereist. Een dergelijk gebruik is

immers een algemeen bekend feit, dat daarom behoort tot de ambtelijke kennis van de rechter en bijgevolg geen bewijs behoeft (Cass. 11 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 858).

Het bewijs van conventionele gebruiken kan worden geleverd door alle midelen van recht, inzonderheid door getuigen of in handelszaken door voorlegging van parères, zijnde formele schriftelijke verklaringen die uitgaan van een beroepsvereniging of van een kamer van koophandel, rechtspraak, officieuze reglementen of een private codex (zoals bv. de Uniforme Regelen en Gebruiken met betrekking tot Documentaire Kredieten (U.R.) uitgegeven door de Internationale Kamer van Koophandel (I.C.C.)), waarbij het bestaan en de inhoud van een specifiek gebruik, meestal beperkt tot een bepaalde sector, wordt bevestigd (Kh. Brussel 25 februari 1966, *JCB* 1966, 162; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 33, nr. 28; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 15, nr. 080; D. MOUGENOT, *La preuve*, 89, nr. 24; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 17, nrs. 25-26).

Of een conventioneel gebruik al dan niet bestaat, wordt soeverein beoordeeld door de feitenrechter (Cass. 19 februari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 427). De miskenning van een conventioneel gebruik kan geen cassatiemiddel schragen. Zij vormen immers geen zelfstandige bron van recht (Cass. 15 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 734). Maar, de rechter die geen rekening houdt met een bewezen conventioneel gebruik, schendt artikel 1134 BW (Cass. 25 september 1947, *Arr.Cass.* 1947, 290 en *RCJB* 1948, 200, noot P. HORION).

83 Tegen de hierboven bedoelde cassatierechtspraak in wordt het onderscheid tussen gebruiken die deel uitmaken van het gewoonterecht en conventionele gebruiken, ook inzake bewijs, in de rechtsleer bekritiseerd. Aangevoerd wordt dat er immers geen duidelijk criterium is dat dergelijk onderscheid verantwoordt. Tussen beiden bestaat geen wezenlijk verschil, aangezien telkens sprake moet zijn van algemene erkenning en voldoende zekerheid opdat de verhoudingen tussen de partijen erdoor zouden kunnen worden beheerst. In beide gevallen zijn ook conventionele afwijkingen mogelijk. Vandaar dat ervoor wordt gepleit om, naast gewoonten, ook gebruiken buiten de objectieve bewijslast te houden (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2237, nr. 1636; P.-A. FORIERS, “Chronique de jurisprudence sur les contrats commerciaux”, *TBBR* 1983, 124; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.1-7, nr. 5013, voetnoot 3).

In dat verband werd de vraag gesteld of die rechtsleer al dan niet navolging vindt in het cassatiearrest van 11 september 2008 (AR C. 06.0684.F, www.cass.be). Bij dat arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat wanneer een beding gebruikelijk is, dit wil zeggen wanneer het beding in het algemeen

toepasselijk wordt geacht in een bepaalde streek of een bepaald milieu, de wet veronderstelt dat de partijen kennis hadden van dit gebruik en dat, door het niet uit te sluiten uit hun contract, zij de wil uitdrukken het hierin op te nemen, zodat dat de rechter dus niet de toepassing van een bankgebruik kan afwijzen krachtens hetwelk de afrekeningen worden opgesteld op een basis van 360 dagen omdat dit gebruik niet uitdrukkelijk werd overeengekomen tussen partijen en omdat dit naar zijn oordeel thans niet meer denkbaar is. Door aldus te beslissen laat het Hof aan de feitenrechter over vast te stellen of het gebruik in de bankwereld dat afrekeningen worden opgemaakt op basis van 360 dagen, al dan niet bestaat, waardoor het Hof het hierboven bedoelde onderscheid tussen de gebruiken die deel uitmaken van het gewoonterecht en de louter conventionele gebruiken lijkt te handhaven. Maar, zekerheid bestaat daarover niet, aangezien in het middel tot cassatie de schending van het gebruik niet rechtstreeks werd aangevoerd (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijk en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 8, nr. 11, voetnoot 42).

HOOFDSTUK II

DE DOOR DE PARTIJEN AANGEVOERDE FEITEN

84 In een accusatoire rechtspleging waar het beschikkingsbeginsel geldt, is de bewijsvoering essentieel een partijwerkzaamheid. Dat impliceert ook dat in principe uitsluitend de partijen instaan voor het aanvoeren van de feiten (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 90-91, nr. 71). In dat verband hebben zij niet alleen een aanvoeringsrecht, doch ook een aanvoeringsplicht.

AFDELING I

HET AANVOERINGSRECHT VAN DE PARTIJEN

85 De eiser die zijn subjectief recht wil afdwingen, kan in principe vrij een keuze maken uit de feiten die hij daartoe wenst in te roepen. Hetzelfde geldt voor de verweerder in het raam van zijn verweer en/of tegenvordering. In die zin hebben de partijen inzake de feiten een aanvoeringsrecht. De keuze van de aangevoerde feiten kan daarbij mede beïnvloed worden door het dynamisch karakter van de procedure. De eiser kan de door hem aangebrachte feiten aanvullen in antwoord op de door de verweerder ingeroepen (bijkomende) feiten (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 6, nr. 12).

86 Aan het aanvoeringsrecht van de partijen inzake de feiten beantwoordt een beperkte rechtsmacht van de rechter op dat vlak. De rechter mag een eis in principe enkel toewijzen op grond van feiten die door de partijen werden ingeroepen en in het debat aan bod zijn gekomen, niet op enige persoonlijke kennis of ervaring. Hij moet dus abstractie maken van feiten waarvan hij slechts buiten de terechtzitting kennis heeft gekregen (Cass. 12 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 724; Cass. 9 januari 1968, *Pas.* 1968, I, 594; Cass. 28 maart 1968, *Arr.Cass.* 1968, 987; Cass. 8 september 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 18, noot; Cass. 16 december 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 531; Cass. 6 januari 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 578; Cass. 13 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 84; Cass. 17 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1114; Cass. 13 juni 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1227; Cass. 15 oktober 1992, *JT* 1993, 226; Cass. 26 juni 2002, *RGAR* 2002, nr. 13.617; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 381, nr. 673; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 73, nr. 14; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 47, nr. 19).

Dat laatste is bijvoorbeeld het geval met het feit dat bij gelijkblijvend gebruik de trek in een schoorsteen verbetert als de schoorsteen wordt opgetrokken, maar haar diameter gelijk blijft (Cass. 11 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 62), met het feit dat recente studies op het gebied van sociale en cognitieve psychologie zouden aantonen dat de intensiteit van de emotionele weerslag

van een gebeurtenis de aandacht vestigt op de omstandigheden die tot die gebeurtenis hebben geleid en het geheugen toelaat een goede reconstructie ervan te maken (Cass. 6 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2400), met de raming van de netto-inkomsten uit een aandelenportefeuille (Cass. 19 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1439), met wegenwerken die lang hebben aangeslept en algemeen gekend waren, inzonderheid door een vrederechter die zijn kanton kent en op de hoogte is van de belangrijkste gebeurtenissen die er zich afspeelen (Cass. 17 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1888), met het feit dat een rekening in discretionair beheer in het buitenland een relatief belangrijk kapitaal vereist (Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120), met de mortaliteits- en kapitalisatietabellen van Levie, net als die van andere auteurs (Cass. 13 februari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 255), met de waarde van een voertuig bepaald op basis van een tijdens het beraad verschenen tijdschrift (Cass. 23 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 449, concl. P. CORNELIS), met het feit dat de exploitatie van een drankgelegenheid doorgaans hoge inkomsten oplevert die niet getrouw uit het aanslagbiljet blijken en aanzienlijke voordelen *in natura* verschaffen (Cass. 9 november 2007, *RW* 2009-10, 928)...

87 De regel van de beperkte rechtsmacht van de rechter wat betreft de te beoordelen feiten, vergt wel enige *n u a n c e r i n g* (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 91-92, nr. 71).

De rechter kan in principe steeds *b i j k o m e n d e v r a g e n* stellen, zowel ter terechtzitting (art. 756*ter* Ger.W.) als na het sluiten van de debatten door middel van een ambtshalve heropening daarvan (art. 774 Ger.W.) en aldus het debat in feite oriënteren.

De rechter kan zijn beslissing verder steunen op feiten die niet uitdrukkelijk door de partijen werden ingeroepen, doch blijken uit hun *s t u k k e n* (Cass. 12 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 325 en *RW* 1987-88, 1379, noot J.L.; Cass. 3 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 864; Cass. 15 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1336; Cass. 11 maart 2002, *Pas.* 2002, I, 690).

Ook kan hij *a m b t s h a l v e a l l e r h a n d e o n d e r z o e k s m a a t r e g e l e n* bevelen en aldus onrechtstreeks de door de partijen aangevoerde feiten aanvullen (Cass. 15 juni 1967, *JT* 1967, 570). Toepassingen daarvan zijn te vinden in artikel 961/1-3 Ger.W. inzake de overlegging van schriftelijke verklaringen, in artikel 962 Ger.W. inzake het deskundigenonderzoek, artikel 992 Ger.W. inzake het verhoor van de partijen, artikel 1007 inzake de plaatsopneming en de artikelen 871, 877 en 1253*quinquies* Ger.W. inzake de overlegging van stukken.

Verder geven specifieke wetsbepalingen, vaak ter bescherming van een van de partijen, aan de rechter de *m o g e l i j k h e i d o m i n f o r m a t i e i n t e z a m e l e n* (zie bv. art. 412 BW dat de vrederechter toelaat alle maatregelen te nemen om zich te informeren over de familiale, morele en materiële toestand van de minderjarige, alsook over diens leefomstandigheden, of nog, art. 7, § 5, derde lid van de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke dat voorschrijft dat de rechter alle nuttige inlichtingen van medische of sociale aard omtrent de geesteszieke verzamelt).

Aangenomen wordt ook dat *arbiters* een beroep mogen doen op hun eigen beroepskennis en -ervaring in een bepaalde materie zoals het bouwvak, dit vooral omdat zij vaak worden gekozen precies omwille van hun bijzondere kennis ter zake (Brussel 22 februari 2001, *JLMB* 2002, 1521). Maar dat geldt niet op dezelfde wijze voor consulaire rechters, die weliswaar soms beschikken over relevante persoonlijke kennis, maar niet gekozen zijn door de partijen (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 594, nr. 4).

Ten slotte mag de rechter rekening houden met algemeen bekende feiten en algemene ervaringsregels (Cass. 28 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 1063; Cass. 22 juli 1975, *Pas.* 1975, I, 1070; Cass. 10 november 1975, *Pas.* 1976, I, 308; Cass. 28 september 1976, *Pas.* 1977, I, 119; Cass. 23 januari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 587; Cass. 16 december 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 531; Cass. 6 juni 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1313; Cass. 6 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 157; Cass. 24 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 71; Cass. 26 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 769; Cass. 7 februari 2006, *Pas.* 2006, 321; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 381, nr. 673; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 594, nr. 4).

88 Algemeen bekende feiten of notoire feiten en algemene ervaringsregels worden doorgaans omschreven als feiten en ervaringsregels die ieder normaal ontwikkeld mens geacht wordt te kennen of uit voor eenieder toegankelijke bronnen kan kennen en waarvan de juistheid afdoende is bewezen (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 52; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 110, nr. 121; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 162, nr. 30). Omwille van hun algemene bekendheid worden die feiten geacht deel uit te maken van het debat.

Zo is bijvoorbeeld van algemene bekendheid dat twee Belgische gemeenten op een bepaalde afstand van elkaar gelegen zijn (Cass. 21 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 217), dat de veiligheidsgordel bij hevige zijdelingse aanrijdingen heel wat minder bescherming biedt dan bij frontale botsingen (Cass. 23 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 364), dat belastingen zeer ingewikkeld te berekenen zijn (Cass. 26 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 769), dat er draagbare telefoontoestellen in de strafinrichtingen rondgaan (Cass. 25 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1648), dat de textuur van de flank van een band zachter is dan die van het loopvlak (Cass. 14 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2477), dat geen enkele kredietinstelling kosteloos afstand doet van een zekerheid zonder dat gelijktijdig een nieuwe en betere zekerheid wordt gesteld of de schuld volledig wordt voldaan (Cass. 7 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, 321), dat de huiszwam de stabiliteit van de aangetaste woning in gevaar kan brengen (Cass. 20 juni 2008, *RW* 2010-11, 1644, noot en *JLMB* 2008, 1310, noot E. VAN BRUSTEM, M. VAN BRUSTEM)... Zie in dit verband verder de conclusie van advocaat-generaal LOOP bij het hierboven bedoelde cassatiearrest van 26 juni 2002 en L. SIMONT, “La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation” in X., *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 25-26.

Een feit kan evenwel niet als een algemeen bekend feit worden bestempeld alleen maar omdat het strookt met de gewone gang van zaken. Het is immers mogelijk het bewijs te leveren van een afwijking van de gewone gang van zaken, evenwel niet van een algemeen bekend feit. De gewone gang van zaken kan wel als feitelijk vermoeden in aanmerking worden genomen (Cass. 3 mei 2010, AR S.09.0024.N, concl. R. MORTIER, www.cass.be).

Opgemerkt werd ook dat de hierboven gegeven omschrijving van algemeen bekende feiten te ruim is. Het is inderdaad niet omdat gegevens in een traditionele bibliotheek of op het internet, in wetenschappelijke studies of in een gepubliceerd tijdschrift kunnen worden teruggevonden, dat het daarom gaat om algemeen bekende feiten.

Alleen algemeen geconsulteerde werken of sites komen daarvoor in aanmerking. Dat laatste is onder andere het geval met woordenboeken, met bepaalde erkende openbare bronnen van wetgeving en rechtspraak, zoals bijvoorbeeld de website van de Raad van State, van het Grondwettelijk Hof... (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 8, nr. 12; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 594, nr. 4).

89 Het Hof van Cassatie controleert of het door de rechter als algemeen bekend ingeroepen feit wel als dusdanig kan beschouwd worden en of het integendeel geen bijzonder feit is dat de rechter noodzakelijk buiten het debat heeft vernomen (Cass. 7 februari 2006, *Arr.Cass.* 2006, 321). Zoals blijkt uit wat voorafgaat, is de cassatierechtspraak dienaangaande overvloedig. Niettemin laat die cassatierechtspraak niet toe duidelijke richtlijnen vast te stellen om uit te maken wanneer een feit al dan niet kan worden beschouwd als algemeen bekend feit (F. MOURLON-BEERNAERT, “Le droit de la preuve. Règles générales” in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, 2006, VI.1.1-10, 24, nr. 3.9; D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14). Algemeen kan worden gesteld dat het aannemen van een feit als een algemeen bekend feit de uitzondering moet blijven. Het is slechts aanvaardbaar voor absoluut evidente vaststellingen (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010). In ieder geval verboden is dat de rechter zelf op onderzoek zou gaan zonder de partijen daarbij te betrekken, bijvoorbeeld door een officieus plaatsbezoek te brengen, door derden te ondervragen over het gedrag van de partijen, of nog, door een expert te raadplegen om aanvullende informatie te bekomen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 21, nr. 34). Zo werd de rechter die op het internet fiches had geconsulteerd over de toxiciteit van methanol, door het Hof van Cassatie teruggefloten (Cass. 26 juni 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1607, concl. Adv. Gen. LOOP).

In zijn arrest van 13 februari 2007 (*Arr.Cass.* 2007, 362) oordeelt het Hof van Cassatie dat het recht op tegenspraak inhoudt dat de rechter zijn beslissing niet mag laten steunen op feitelijke gegevens die hij kent door eigen vaststelling of op persoonlijke ervaring, waarvan hij slechts buiten de terechtzitting kennis heeft gekregen en die niet blijken uit de materiële vaststellingen van processen-verbaal of uit andere bestanddelen van het dossier, noch uit het onderzoek ter terechtzitting, zodat de partijen daarover geen tegenspraak hebben kunnen voeren. Die cassatierechtspraak lijkt het tegensprekelijk karakter van de rechtspleging als rechtsgrond van de beperkte rechtsmacht van de rechter inzake de feiten aan te voeren (vgl. *Cass.* 23 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 449, concl. P. CORNELIS). Die zienswijze wordt in de rechtsleer evenwel terecht betwist (B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard – Over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 6, nr. 12 e.v.). Het is aan de rechter niet toegelaten persoonlijke kennis of ervaring bij zijn beoordeling te betrekken, ook en zelfs niet na ze aan tegenspraak van de partijen te hebben onderworpen.

AFDELING II

DE AANVOERINGSPLICHT VAN DE PARTIJEN

90 Uit wat voorafgaat blijkt dat de partijen het objectieve recht niet moeten bewijzen. Zij moeten het echter wel kennen. Via het geding beoogt de eiser immers zijn subjectief recht af te dwingen. Succes daarbij vereist dat vaststaat dat alle voorwaarden vervuld zijn voor toepassing van de rechtsregel die de grondslag vormt van dat subjectief recht. In het licht daarvan is het de taak van de eiser in eerste orde die feiten aan te voeren die de toepassingsvoorwaarden uitmaken van de toepasselijke rechtsregel. Hetzelfde geldt voor de verweerder in het licht van zijn verweer en/of tegenvordering. Er is dus ook sprake van een aanvoeringsplicht van de partijen inzake de feiten.

91 Een vordering kan inderdaad als ongegrond worden afgewezen wegens aanvoering van onvoldoende feiten. De rechter mag immers geen vordering toekennen bij gebrek aan bewijs van het vervuld zijn van alle toepassingsvoorwaarden van de toepasselijke rechtsregel. Wanneer de eiser onvoldoende feiten aanvoert, blijft hij in gebreke aan te tonen dat aan alle toepassingsvoorwaarden van de betrokken rechtsregel voldaan is, zodat zijn vordering als ongegrond zal worden afgewezen.

Een illustratie daarvan biedt het cassatiearrest van 20 maart 2006 (*Cass.* 20 maart 2006, *RW* 2006-07, 1317, noot). De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid die van een werkgever betaling van socialezekerheidsbijdragen voor zijn werknemers vordert, moet, in geval van betwisting daarvan, het bestaan bewijzen van een arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemers. Dergelijke overeenkomst vereist het bewijs van een gezagsverhouding. Het loutere feit van het uitoefenen van controle en het geven van instructies is op zich niet onverenigbaar met het bestaan van

een overeenkomst tot uitvoering van zelfstandige arbeid. Om te bewijzen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet bijkomend worden aangetoond hoe en waardoor het uitoefenen van controle en het geven van instructies onverenigbaar is met de uitvoering van de opdracht als zelfstandige. Het arrest van het arbeidshof dat de vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid toegekend had zonder dat laatstbedoeld feit was aangevoerd (en bewezen), werd verbroken.

Een andere illustratie in dezelfde zin vormt het cassatiearrest van 10 april 2008 (Cass. 10 april 2008, *DAOR* 2008, 242, noot J. DERYCKERE en *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT; zie ook Cass. 24 juni 2004, *RW* 2005-06, 53, noot W. VAN LEMBERGEN, *RW* 2005-06, 53, noot S. BRIJS, *TBH* 2005, 241, noot A. ZENNER, C. ALTER en *TBH* 2006, 241, noot C. VAN BUGGENHOUT, I. VAN DE MIEROP). Wanneer het beheer van de massa het noodzakelijk vereist, dit wil zeggen wanneer de voortzetting van het door de gefailleerde gesloten contract de vereffening van de massa in de weg staat of de vereffening abnormaal bemoeilijkt, kan de curator krachtens artikel 46 faillissementswet 1997 een einde stellen aan een lopend contract dat werd gesloten door de gefailleerde (ter zake een pachtovereenkomst), zelfs indien dit contract rechten toekent die kunnen worden tegengeworpen aan de massa. Het loutere feit dat de goederen door dit contract een mindere handelswaarde krijgen, verhindert op zich niet de normale afwikkeling van het faillissement. De curator moet bewijzen dat het beheer van de massa de beëindiging van het contract vereist. Het arrest dat had geoordeeld dat de beslissing tot stopzetting van de curator gerechtvaardigd was, omdat er geen twijfel kon over bestaan dat een pachtovereenkomst een substantiële negatieve weerslag heeft op de verpachte bouwpercelen, terwijl de curator enkel had aangevoerd dat zijn beslissing werd getroffen in het belang van de boedel, zonder dit verder toe te lichten, werd verbroken.

HOOFDSTUK III

ALLE AANGEVOERDE FEITEN, ONGEACHT DE AARD

92 Om de toekenning van een aanspraak te bekomen, moet de eisende partij in principe alle feiten bewijzen waarop die aanspraak gebaseerd is en die zij als toepassingsvoorwaarde van de betrokken rechtsregel heeft aangevoerd (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.1-5, nr. 5009).

AFDELING I

SOORTEN FEITEN

93 Artikel 870 Ger.W. gebruikt het woord feiten in zeer ruime zin (D. MOUGENOT, *La preuve*, 84, 20). Onder de te bewijzen feiten worden begrepen, zowel de louter materiële feiten, als de rechtsfeiten en de rechtshandelingen (zie o.m. B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierecht-spraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 9-10, nr. 22; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2235, nr. 1634; H. DE PAGE, *Traité*, 693, nr. 706).

94 Louter materiële feiten zijn feiten waaraan op zich geen rechtsgevolgen zijn verbonden, maar die wel van belang kunnen zijn in het licht van de gegrondheid van de aanspraken van een partij, bijvoorbeeld de weersomstandigheden (zoals hevige regenval) op het ogenblik van het ongeval.

95 Rechtsfeiten zijn feiten die zich onafhankelijk van de wil van de mens voordoen, maar waaraan de wet toch rechtsgevolgen verbindt (bv. het overlijden dat de nalatenschap doet openvallen, de meerderjarigheid die de handelingsbekwaamheid doet ontstaan, een geval van overmacht dat van aansprakelijkheid bevrijdt...) of feiten die door de mens vrijwillig of onvrijwillig worden gesteld zonder de bedoeling er rechtsgevolgen aan te verbinden, maar waaraan de wet toch rechtsgevolgen verbindt (bv. het begaan van een onrechtmatige daad die de auteur ongewild tot schadeloosstelling verplicht, of nog, de *quasi*-contracten).

96 Rechtshandelingen ten slotte zijn daden die door de mens worden gesteld met de bedoeling er rechtsgevolgen aan te verbinden (bv. het aangaan van een overeenkomst of een eenzijdige wilsuiting). Het gaat om alle wilsuitingen die tot rechtstreeks en onmiddellijk doel hebben het creëren, het wijzigen of het uitdoven van verbintenissen of van rechten.

Wat inzonderheid rechtshandelingen betreft, moet worden benadrukt dat het bewijs (het *instrumentum*) van de rechtshandeling duidelijk moet worden onderscheiden van het rechtsgeldig bestaan daarvan (het *negotium*). Uitzondering op die regel vormen de plechtige contracten, waarbij de wetgever een geschrift als bijkomende geldigheidsvoorwaarde oplegt (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 204, nr. 168). Ontbreekt dat geschrift in dat laatste geval, dan bestaat de rechtshandeling niet rechtsgeldig, zodat het bewijs ervan verder irrelevant is. Voor een toepassingsgeval, zie bijvoorbeeld Cass. 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 186 inzake de akte van overdracht van loon zoals bedoeld bij artikel 27 loonbeschermingswet.

AFDELING II

OOK NEGATIEVE FEITEN

97 Onder negatieve feiten moet worden verstaan feiten waarvan het rechtssubject dat zich erop beroept, moet aantonen dat ze zich niet hebben voorgedaan (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160 nr. 24; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 102, nr. 89). Dat is bijvoorbeeld het geval met degene die laat gelden dat hij nooit een contract met een ander heeft afgesloten.

98 Het bewijs van negatieve feiten kan onder omstandigheden problemen opleveren. Niettemin moeten ook negatieve feiten worden bewezen. Het adagium *negativa non sunt probanda* geldt niet. De rechter mag een partij niet vrijstellen van haar bewijslast en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief feit opleggen om reden dat een negatief feit wordt aangevoerd of ingeroepen (Cass. 20 maart 1947, *Arr.Cass.* 1947, 91; Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 6 april 1962, *Pas.* 1962, I, 880; Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19; Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935 en *T.Verz.* 2004, 124, noot D. DE MAESENEIRE; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 32, nr. 27).

Een treffende illustratie van de problematiek hier aan de orde is te vinden in het cassatiearrest van 16 december 2004 (*RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN) naar aanleiding van een geschil tussen een patiënt en (de rechtsopvolgers van) een arts waarbij de patiënt liet gelden dat hij schade had geleden doordat de arts zijn informatieverplichting niet had nageleefd. Het Hof van Cassatie oordeelde dat:

- krachtens artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek, iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert;
- bij een civielrechtelijke betwisting inzake te vergoeden schade, de bewijslast van de fout, de schade en het oorzakelijk verband behoort aan degene die vergoeding vordert voor de schade die hij heeft geleden;

- hieraan geen afbreuk wordt gedaan door artikel 1315, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, volgens hetwelk hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht;
- hieruit volgt dat de patiënt die aanvoert dat de arts niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, en dat hij daardoor schade heeft geleden, het bewijs daarvan moet leveren;
- de rechter weliswaar vermag te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermag de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief feit op te leggen;
- het arrest oordeelt dat de eisers in de gegeven omstandigheden de last dragen om het bewijs te leveren dat hun rechtsvoorganger zich op correcte wijze van zijn informatieverplichting heeft gekweten en aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt.

99 Diverse wetsbepalingen verplichten tot het bewijs van een negatief feit. Zo schrijft bijvoorbeeld artikel 1384 BW voor dat ouders, onderwijzers en ambachtslieden aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van respectievelijk hun minderjarige kinderen, leerlingen en leergangenaars (voor beide laatste categorieën, gedurende de tijd dat deze onder hun toezicht stonden), tenzij de ouders, onderwijzers of ambachtslieden bewijzen dat zij de daad die tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten. Artikel 318 BW laat de echtgenoot toe te bewijzen dat hij niet de vader is van het kind dat zijn vrouw ter wereld heeft gebracht. Zo ook bepaalt artikel 15*bis* van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*BS* 18 maart 1993) dat indien een betrokkene schade lijdt doordat ten opzichte van hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens deze wet bepaalde voorschriften, de verantwoordelijke voor de verwerking aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit een handeling in strijd met de bij of krachtens deze wet bepaalde voorschriften, en hij slechts van die aansprakelijkheid ontheven is indien hij bewijst dat het feit dat de schade heeft veroorzaakt hem niet kan worden toegerekend.

100 Het bewijs van een negatief feit kan bovendien in vele gevallen min of meer gemakkelijk worden geleverd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2267, nr. 1653; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 15, nr. 21; D. MOUGENOT, *La preuve*, 86, nr. 23). Soms kan het bewijs van een negatief feit worden geleverd door het tegengesteld positief feit aan te tonen dat het eerste weerlegt. Bijvoorbeeld: ik was op dat ogenblik op die plaats en bewijs dat zo dat ik niet hier was. In andere gevallen is een rechtstreeks bewijs van het negatief feit mogelijk, meer bepaald wanneer het gaat om een wel omschreven feit dat naar tijd en ruimte bepaald is en zich heeft voorgedaan in aanwezigheid van getuigen. Bijvoorbeeld: het bewijs van de afwezigheid van een getuige bij de vervulling van een formaliteit die essentieel is voor de geldigheid van een authentieke akte.

101 Niettemin zijn er vaak situaties waarin het bewijs van een negatief feit bijzonder moeilijk of zelfs onmogelijk

lijk kan worden aangebracht. Dat is het geval wanneer het negatieve feit onbepaald is en derhalve geen tegengesteld positief feit kent zodat het bewijs daarvan impliceert dat een onbegrensd aantal hypothesen moet worden bewezen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 86, nr. 23). Bijvoorbeeld: ik ben hier nooit geweest, of, ik heb die man nooit ontmoet, of nog, die rechtshandeling heeft geen oorzaak. Dezelfde bewijsmoeilijkheden doen zich echter voor bij onbepaalde positieve feiten, zoals bijvoorbeeld: ik ben steeds hier geweest. Niemand kan tot het onmogelijke gehouden zijn (*nemo ad impossibile tenetur potest*). Vandaar dat de (cassatie)rechtspraak in die gevallen genoeg neemt met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid in plaats van met het principieel vereiste bewijs van zekerheid (daarover verder meer in titel IV, hoofdstuk II).

102 Opmerkelijk in dit verband want a f w i j k e n d van hetgeen voorafgaat is het cassatiearrest van 14 januari 2005 (*NJW* 2005, 699, noot E. BREMS en *RCJB* 2006, 496, noot J. VAN DROOGHENBROECK, S. VAN DROOGHENBROECK). Bij eenzijdig verzoekschrift had het circus Cirno Del Mondo in kort geding gevorderd dat aan de vzw GAIA verbod zou worden opgelegd om nog verder acties te voeren die haar voorstellingen verstoorden. Die vordering was toegekend in hoger beroep. Tegen dat arrest was door de vzw GAIA derdenverzet aangetekend. Het hof van beroep had dat derdenverzet afgewezen als ongegrond en daarbij onder meer geoordeeld dat de vzw GAIA niet had aangetoond dat zij toelating had bekomen om tegen het circus Cirno Del Mondo te betogen of andere manifestaties te organiseren. Het Hof van Cassatie wijst de daaropvolgende cassatievoorziening van de vzw GAIA af en motiveert als volgt:

- eens vaststaat dat preventieve maatregelen in verband met betogingen en demonstraties in beginsel toelaatbaar zijn en dat een preventieve maatregel mogelijk is, blijft het binnen de beoordelingsruimte van de rechter in kort geding voorlopig te beslissen dat wie een betoging houdt en hierdoor schade toebrengt aan een derde, het bewijs moet leveren dat hij het nodige verlot had gekregen om te betogen;
- het is evenmin onredelijk aan de schadelijder het negatief bewijs niet op te leggen dat de dader geen vergunning bekomen heeft.

Gelet op de cassatierechtspraak van latere datum die de traditionele visie bevestigt, wordt aangenomen dat het cassatiearrest van 14 januari 2005 de poort niet opent voor een vrijstelling van de objectieve bewijslast bij negatieve feiten (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597, nr. 14; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 105, nr. 91).

AFDELING III

VRIJGESTELDE FEITEN

103 Een aantal feiten wordt evenwel vrijgesteld van bewijslevering. Het gaat om de niet-pertinente of ter zake dienende feiten, de algemeen bekende feiten en de processuele feiten. Daarnaast is er eveneens een vrijstelling van bewijslevering in geval van wettelijke vermoedens of van de gedingbeslissende eed.

§ 1. De niet-pertinente of ter zake dienende feiten

104 Alleen pertinente of ter zake dienende feiten moeten worden bewezen. Niet-pertinente of ter zake dienende feiten zijn feiten die niet bijdragen tot de beoordelingsvorming van de rechter. Wanneer feiten niet kunnen dienen tot staving van de gegrondheid van de vordering, minstens tot het oplossen van het geschil, is het zinloos ze te bewijzen. Dergelijke feiten moeten door de rechter niet worden onderzocht. Zij zijn vrijgesteld van bewijs. Meer zelfs, het aanbod van bewijs van een niet-pertinent of ter zake dienend feit moet worden verworpen. Inzake het aanbod van getuigenbewijs is die regel neergelegd in artikel 915 Ger.W. *Mutatis mutandis* kan die bepaling worden uitgebreid tot om het even welke andere onderzoeksmaatregel (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 10, nr. 25; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 76; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 211 en 160, nr. 214; D. MOUGENOT, *La preuve*, 85, nr. 21; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 19-20, nr. 31).

105 Of al dan niet sprake is van een pertinent of ter zake dienend feit wordt door de rechter soeverein beoordeeld (vgl. Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 321, *RCJB* 1991, 407, noot F. RIGAUD, J. VAN COMPERNOLLE en *TBH* 1989, 229, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN, noot G. HORSMANS; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 31, nr. 25; D. MOUGENOT, *La preuve*, 85, nr. 21). Artikel 6 EVRM vormt daarvoor geen beletsel (Brussel 31 december 1975, *JT* 1976, 188). Maar, het Hof van Cassatie controleert wel of de beoordeling van het (niet-)pertinent karakter van het betrokken feit strookt met de op het geschil toepasselijke rechtsregel (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 20, nr. 33).

106 Welke feiten pertinent of ter zake dienend zijn, is mede afhankelijk van de op het geschil toepasselijke rechtsregel.

De rechter die zich omtrent die rechtsregel vergist en de vordering van de eiser afwijst bij gebrek aan bewijs van voor de wel toepasselijke rechtsregel irrelevante feiten, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht. Een illustratie daarvan is te vinden in het cassatiearrest van 28 april 2005 (*Arr.Cass.* 2005, 963 en *TBBR* 2006, 472, noot B. HUBEAU). De vordering van een huurder tot teruggave van de gedurende vier jaar onterecht betaalde bedragen voor waterverbruik wordt afgewezen bij gebrek aan bewijs door de huurder van het onverschuldigd karakter van de gedane betalingen. Die beslissing wordt door het Hof van Cassatie verbroken omdat voor de gegrondheid van de vordering tot terugbetaling noodzakelijk en voldoende was, het bewijs door de huurder dat het ging om de inning van in strijd met dwingende wetsbepalingen (inzonderheid art. 1728^{ter} BW) gevorderde kosten en lasten (zijnde een onrechtmatige daad), hetgeen vaststond en niet werd betwist.

Indien de rechter wel de juiste rechtsregel toepast op het aan hem voorgelegde geschil, kan hij alleen bewijs vragen van de in het kader van die rechtsregel relevante feiten. Het cassatiearrest van 4 mei 2007 (*RW* 2007-08, 1283, noot D. WUYTS) oordeelde aldus in verband met artikel 8, b van de wet van 21 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (*BS* 22 maart 1991) dat, van zodra de rechter de schade, het gebrek en het causaal verband aanwezig acht, de producent van de producten met gebreken, die aanvoert niet aansprakelijk te zijn, de bewijslast draagt dat het, gelet op de omstandigheden, aannemelijk is dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt niet bestond op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer heeft gebracht, dan wel dat het gebrek later is ontstaan. Niet vereist is het bewijs dat zulks zeker is, terwijl niet voldoet aan de op hem rustende bewijslast, de producent die louter aanvoert dat de oorzaak van de schade onzeker is. Het arrest van het hof van beroep van Antwerpen waarbij het bewijs van die zekerheid wel werd vereist, werd verbroken, omdat daardoor aan de producent een zwaardere bewijslast werd opgelegd dan door de wet bepaald.

§ 2. De algemeen bekende feiten en de algemene ervaringsregels

107 Ook de algemeen bekende feiten en de algemene ervaringsregels (zie hierboven, nr. 88) moeten niet worden bewezen (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 76; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 13, nr. 33; S. STIENS, *Verbintenissenrecht*, 159, nrs. 211 en 213; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 8, nr. 12; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 290-305). Zij moeten al evenmin aan tegenspraak worden onderworpen (Cass. 7 februari 2006, AR P.05.1375.N, www.cass.be).

§ 3. De processuele feiten

108 Worden ook van bewijslevering vrijgesteld, de processuele feiten, zijnde al hetgeen zich in de loop van een bepaald geding heeft voorgedaan (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtig deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 53). Die processuele feiten wordt de rechter geacht ambtshalve te kennen. Daartoe beschikt hij over het dossier van de rechtspleging (art. 720-721 Ger.W.). Zo moet een partij die een procedure aanvat, niet het positief bewijs leveren van de naleving van de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten voor een rechtsgeldige betekening van de gedinginleidende akte. Of deze vormvereisten al dan niet werden nageleefd, blijkt immers uit de in deze gedinginleidende akte voorkomende vermeldingen zelf (Gent 4 juni 2007, *RW* 2008-09, 119).

§ 4. Feiten die het voorwerpen uitmaken van een wettelijke vermoeden

109 Door het bepalen van een wettelijk vermoeden beschouwt de wetgever een feit dat normalerwijze zou moeten worden bewezen, als reeds aangetoond. Aldus wijkt een wettelijk vermoeden steeds af van de gemeenrechtelijke regels betreffende de objectieve bewijslast. Het betwiste feit dat op grond van het wettelijk vermoeden bewezen wordt geacht, wordt immers vrijgesteld van bewijslevering.

§ 5. Feiten die het voorwerp uitmaken van een gedingbeslissende eed

110 Ook de gedingbeslissende eed impliceert een vrijstelling van de objectieve bewijslast. In verband met het feit dat het voorwerp uitmaakt van de gedingbeslissende eed, is verder bewijs irrelevant. Het opdragen van de gedingbeslissende eed vervangt immers de gemeenrechtelijke bewijsregeling, inbegrepen de objectieve bewijslast.

HOOFDSTUK IV

ALLEEN DE BETWISTE FEITEN

AFDELING I

HET PRINCIPE

111 Krachtens een vaste cassatierechtspraak schendt de rechter die zijn beslissing grondt op de beweringen van een procespartij die door de tegenpartij niet worden betwist, de regels inzake de objectieve bewijslast niet (Cass. 25 oktober 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 261, noot; Cass. 10 mei 2001, *Pas.* 2001, I, 807).

112 Een deel van de rechtsleer is van oordeel dat het niet-betwisten van een aangevoerd feit enkel een feitelijk vermoeden kan uitmaken, waarvan de bewijswaarde door de rechter vrij wordt beoordeeld en dat hem geenszins bindt (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2270, nr. 1654; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 32, nr. 26; D. MOUGENOT, *La preuve*, 86, nr. 22). Die rechtsleer verwijst naar de cassatierechtspraak die oordeelt dat het niet-betwisten van een door de tegenpartij aangevoerd feit:

- in principe niet kan worden aangezien als een bekentenis (Cass. 2 december 1971, *Pas.* 1972, I, 323; Cass. 1 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 612; Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 248);
- doch hoogstens kan gelden als een feitelijk vermoeden waarvan de rechter de bewijswaarde vrij beoordeelt (Cass. 17 december 1953, *Pas.* 1954, I, 315; Cass. 12 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 192; Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1965, I, 61; Cass. 24 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 1024; Cass. 1 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 612).

Wordt die rechtsleer gevolgd, dan speelt het niet-betwisten door de verweerder een belangrijke rol in handelszaken, maar niet in burgerlijke zaken, aangezien het bewijs door feitelijke vermoedens daar alleen beperkt toegelaten is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 86, nr. 22).

Doorgaans wordt uit de hierboven bedoelde cassatierechtspraak evenwel als regel afgeleid dat enkel de feiten die door de tegenpartij worden betwist, moeten worden bewezen (Bergen 29 november 2005, *DCCR* 2006, 80; Rb. Turnhout 14 maart 1997, *T.Not.* 1999, 95). Zolang de aangevoerde feiten niet worden betwist, gelden deze feiten als waar en moeten zij door de rechter als waar worden aangenomen, behalve wanneer de materie de openbare orde raakt (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003,

nrs. 39 en 40; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 22-23; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 160-161, nr. 214; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 162, nr. 30; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 19, nr. 30; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 105, nr. 92).

Het Hof van Cassatie heeft die laatste zienswijze inmiddels nadrukkelijk bevestigd (Cass. 18 april 2008, C.07.0409.F, www.cass.be). Tegen de eiser in hoger beroep was een vordering tot schadeloosstelling wegens tergend of roekeloos hoger beroep ingesteld. Door de eiser in hoger beroep was voor de feitenrechter alleen maar ontkend dat hij een fout had begaan. Het bestaan en de omvang van de schade, alsook het oorzakelijk verband met de beweerde fout was nooit betwist. De voorziening in cassatie tegen het arrest dat de vordering tot schadeloosstelling had toegekend op grond van procedurele roekeloosheid van de eiser in hoger beroep (zonder in te gaan op het causaal verband en het bestaan en de omvang van de schade), wordt afgewezen. Daarbij motiveert het Hof onder meer dat enkel de betwiste feiten moeten worden bewezen.

113 De regel dat alleen betwiste feiten moeten worden bewezen, is een gevolg van het beschikkingsbeginsel en van het aanvullend karakter van de rechtsregels inzake bewijs. Wat door de verweerder niet wordt betwist, mag de rechter niet zelf in twijfel trekken, behalve in zaken van openbare orde. Onder dat laatste voorbehoud, mag de rechter immers geen geschilpunt opwerpen dat niet tussen de partijen in betwisting is (Cass. 24 september 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 131; Cass. 5 oktober 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 212; Cass. 15 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 771; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1119; Cass. 30 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1874; Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. P. DE KOSTER, *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *RABG* 2005, 1669, noot R. VERBEKE en *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL; Cass. 2 juni 2005, *JT* 2006, 149, concl. Adv. Gen. A. HENKES; Cass. 16 maart 2006, *P&B* 2006, 224; Cass. 24 maart 2006, *JT* 2006, 680, noot J. VAN DROOGHENBROECK en *RCJB* 2008, 5, noot M. GREGOIRE; Cass. 23 oktober 2006, *Pas.* 2006, I, 2112; Cass. 24 december 2009, AR C.09.0055.N, www.cass.be; Cass. 1 februari 2010, AR S.09.0064.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER; Cass. 2 april 2010, *JLMB* 2010, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK; Cass. 31 januari 2011, AR C.10.0123.F, www.cass.be; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 19, nr. 30; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 87; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nrs. 40 en 45; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 125; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke be-

wijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 21-22; M.E. STORME, “De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces- en bewijsrecht”, *TPR* 1990, 493 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2221, nr. 1624; anders: B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 51, nr. 2). Behalve in zaken van openbare orde, kunnen de partijen de rechter binden door een procedureakkoord over een punt in rechte of in feite waartoe zij het debat willen beperken (Cass. 9 mei 2008, *JT* 2008, 721, noot J. VAN DROOGHENBROECK en *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS). Wanneer derhalve de partijen het eens zijn omtrent het bestaan en de karakteristieken van een feitelijk element, dan kan de rechter dat niet in twijfel trekken, ongeacht zijn persoonlijke overtuiging in dat verband (zie bv. Cass. 26 september 1958, *Pas.* 1959, I, 98).

AFDELING II

BETWISTEN EN NIET-BETWISTEN

114 Van niet-betwisten is sprake wanneer de verwerende partij een door de eisende partij aangevoerd feit erkent of uitdrukkelijk vermeldt dat dit feit niet wordt betwist, maar ook wanneer de verwerende partij dienaangaande het stilzwijgen behoudt.

Uiteraard moet in eerste instantie geen bewijs worden geleverd van door de verwerende partij erkende feiten. Van erkenning is sprake in geval van een verklaring of een houding waardoor de verwerende partij de waarachtigheid van een door de eisende partij aangevoerd feit aanneemt, alhoewel er tegen haar rechtsgevolgen zijn uit af te leiden. Het gaat dus om de bevestiging door de verwerende partij van een voor haar nadelig feit opgeworpen door de eisende partij. Dergelijke erkenning of bekentenis wordt in het Burgerlijk Wetboek geregeld in de artikelen 1354 tot en met 1356 BW. Een dergelijke bekentenis ontheft de eisende partij definitief van haar bewijslast (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 106, nr. 94).

Maar, ook een uitdrukkelijk of stilzwijgend niet-betwisten van een aangevoerd feit, ontslaat de eisende partij van haar bewijslast, met dien verstande dat zulks geen erkenning of bekentenis inhoudt (Cass. 2 december 1971, *Pas.* 1972, I, 323; Cass. 1 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 612; Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 248), tenzij uit bijzondere omstandigheden (bv. Cass. 26 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 97) of uit een bijzondere wetsbepaling het tegendeel volgt. Dergelijk uitdrukkelijk of stilzwijgend niet-betwisten is niet onderworpen aan de regel van de onsplitsbaarheid en kan ook steeds worden herroepen, zodat het dus louter een voorlopige vrijstelling van de bewijslast meebrengt in hoofde van degene die dit feit heeft aangevoerd

(W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbindenissenrecht*, 661; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, 160, nr. 214; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 148-149, nr. 170; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 131, nr. 120).

115 Een door de eisende partij aangevoerd feit is integendeel betwist wanneer de verwerende partij dat feit expliciet of impliciet tegenspreekt.

Een eenvoudige ontkenning door de persoon ten aanzien van wie een bepaald feit wordt ingeroepen, volstaat opdat dit feit als betwist zou worden beschouwd (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 31, nr. 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 19, nr. 30; D. MOUGENOT, *La preuve*, 85, nr. 22; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 57, nr. 20).

Betwisting kan evenzeer bestaan in het aanvoeren van andere feiten die bewijs vereisen (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 50, nr. 2).

Ook wanneer de verweerder zich gedraagt naar de wijsheid van de rechter, zijn de aangevoerde feiten betwist (Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 587; anders: M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2007, 10, nr. 14; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 42; R. DE CORTE en J. LAENENS, “De taak van de rechter bij verstek. Het verzet”, *RW* 1983-84, 2741, nr. 33).

Hetzelfde geldt indien de verweerder verstek laat gaan (vgl. Cass. 30 april 1936, *Pas.* 1936, I, 228; Cass. 13 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1423; Cass. 14 november 2006, AR P.06.0896.N, www.cass.be; Brussel 26 maart 1979, *JL* 1980, 225; Luik 24 maart 1983, *JL* 1983, 239, noot G. DE LEVAL; Luik 29 januari 1998, *JLMB* 1998, 425; Antwerpen 20 oktober 2003, *P&B* 2004, 70; Luik 28 mei 2009, *Rev.prat.soc.* 2010, 421, noot; Rb. Brussel 18 oktober 1989, *JLMB* 1990, 103; Arrondrb. Luik 18 september 1990, *JTT* 1991, 149; Rb. Aarlen 17 mei 1991, *TBBR* 1991, 648; Arrondrb. Brussel 7 juni 1993, *JLMB* 1994, 302, noot E. BALATE; Rb. Aarlen 5 april 1996, *JT* 1996, 843; Rb. Aarlen 14 maart 1997, *TBBR* 1997, 448; Pol. Nijvel 6 april 1998, *T.Vred.* 1999, 171; Pol. Nijvel 20 april 2008, *T.Vred.* 1999, 172; Pol. Brugge 4 december 2006, *RW* 2007-08, 1085, noot; Vred. Grâce-Hollogne 30 oktober 2008, *TBBR* 2010, 90; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 76-77; A. FETTWEIS, “Absens, si

bonam causam habuit, vincet” (noot onder Cass. 13 juni 1985), *Ann.dr.Lg.* 1986, 126; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 51, nr. 2; E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het geding”, *RW* 1983-84, 354; *anders*: R. DE CORTE en J. LAENENS, “De taak van de rechter bij verstek. Het verzet”, *RW* 1983-84, 2731-2743; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtigd deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 42). Opgemerkt werd dat deze regel tot gevolg heeft dat in feite bij verstek op de eiser een veel zwaardere bewijslast rust dan in geval van tegenspraak (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 4, nr. 5). Bij verstek zal de rechter moeten nagaan of er voldoende feiten worden aangevoerd tot staving van de vordering en of die aangevoerde feiten bewezen zijn. Indien hij de aangevoerde feiten niet bewezen acht, is de rechter niet verplicht dit vooraf aan de eiser mee te delen en de debatten te heropenen. Zulke afwijzing zonder voorafgaande mededeling houdt geen schending in van artikel 1138, 2° Ger.W., noch miskenning van het recht van verdediging van de eiser (Cass. 14 november 2006, AR P.06.0896.N, www.cass.be). Het Grondwettelijk Hof heeft inmiddels geoordeeld dat de uitgebreide bevoegdheden van de rechter in geval van verstek van de verweerder niet onevenredig zijn met de meer beperkte bevoegdheden waarover de rechter krachtens artikel 804, tweede lid Ger.W. beschikt ten aanzien van de verweerder die op de inleidende zitting is verschenen en conclusies heeft neergelegd, doch niet is verschenen op de pleitzitting, zodat laatstgenoemde wetsbepaling de artikelen 10 en 11 Gec.Gw. niet schendt (GwH 21 december 2004, nr. 206/2004, *RW* 2005-06, 140 en *JT* 2005, 309, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK).

AFDELING III

DE AANVOERINGSLAST EN DE OBJECTIEVE BEWIJSLAST

116 Uit de regel dat alleen betwiste feiten moeten worden bewezen vloeit voort dat, anders dan artikel 870 Ger.W. laat vermoeden, de aanvoeringslast en de objectieve bewijslast niet noodzakelijk samenvallen. De eisende partij moet alle feiten aanvoeren vereist voor de toepassing van de rechtsregel waarop zij zich beroept. Maar enkel de door de tegenpartij betwiste feiten moet de eisende partij ook bewijzen. De betwisting van de aangevoerde feiten is de noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de objectieve bewijslast. In die zin rust op de verwerende partij een betwistingslast.

De concrete invulling die de verwerende partij geeft aan de op haar rustende betwistingslast verklaart de mogelijke discrepantie tussen de aanvoeringslast en de objectieve bewijslast van de

eisende partij. De wijze waarop het verweer concreet wordt gevoerd, kan de objectieve bewijslast van de eisende partij in aanzienlijke mate vergemakkelijken en houdt dus zekere risico's in voor de verwerende partij. Door actief aan het bewijsdebat deel te nemen, vernauwt de verwerende partij onvermijdelijk dat debat ten voordele van de eisende partij die haar bewijsvoering verder kan concentreren op die elementen die (nog) door de verwerende partij worden betwist. In die zin heeft de dynamiek van de procedure wel degelijk invloed op objectieve bewijslastregeling (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 211, nr. 174).

Zo zal hij die de teruggave vordert van een onverschuldigde betaling, slechts dan moeten bewijzen dat hij die betaling bij vergissing heeft begaan, indien twijfel mogelijk is betreffende de oorzaak van de bedoelde betaling en derhalve nopens het onverschuldigd karakter ervan (Cass. 10 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1044). Indien de verweerder zich er niet toe beperkt te bevestigen dat de eiser in gebreke blijft te bewijzen dat zijn betaling onverschuldigd is geschied, maar integendeel de rechtshandeling (bv. een overdracht van aandelen) opgeeft uit hoofde waarvan hij de betaling heeft verkregen, dan kan de eiser volstaan met het bewijs van het negatief feit dat die rechtshandeling onbestaande (onwaarschijnlijk) is.

Hetzelfde doet zich voor bij een revindicatievordering inzake roerende goederen. Indien de verweerder louter de bescherming van artikel 2279, eerste lid BW (bezit geldt als titel) inroept, moet de eiser bewijzen dat het bezit gebrekkig is (Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 646; Cass. 16 februari 1998, *RW* 1998-99, 468; Cass. 24 september 2007, *RW* 2008-09, 825, noot R. JANSEN). In geval dat bewijs met succes wordt geleverd, verliest de bezitter zijn beschermde positie en moet hij een titel aantonen op grond waarvan hij eigenaar is. Wanneer de verweerder evenwel de bescherming van artikel 2279, eerste lid BW niet (of niet alleen) inroept, doch zich wel integendeel (ook) beroept op de rechtshandeling waardoor hij de roerende goederen heeft verkregen, zal de eiser zich ertoe kunnen beperken die rechtshandeling aan te vechten door (het negatief feit) te bewijzen dat ze onbestaande (onwaarschijnlijk) is (Luik 7 maart 2000, *JLMB* 2000, 1079, noot J. SACE; Brussel 22 februari 2001, *JT* 2001, 718; Gent 20 februari 2003, *Not.Fisc.M.* 2005, 33, noot J. FACQ en *NJW* 2003, 1304, noot BW; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 310, noot J. DEL CORRAL en *NJW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN; Rb. Bergen 24 oktober 2001, *JLMB* 2002, 1022, noot J. SACE).

Een andere illustratie betreft artikel 7 W.Succ. waarbij wordt voorgeschreven dat de goederen, waarover, naar het door het bestuur geleverde bewijs, de afgestorvene kosteloos heeft beschikt gedurende de drie jaren vóór zijn overlijden, geacht worden deel uit te maken van zijn nalatenschap, indien de bevoordeling niet onderworpen werd aan het registratierecht gevestigd voor schenkingen. Dienaangaande oordeelde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 12 oktober 2000 (*Arr.Cass.* 2000, 1579) dat:

- de eisers in cassatie in hun conclusie betoogden dat de overledene, door op 20 september 1979 een bedrag van (oude) 600.000 BEF te storten, zich had willen kwijten van een burgerlijke schuld, namelijk de terugbetaling van een door hen verstrekte lening en allerlei kosten;
- het arrest die zienswijze verwerpt op grond dat, nu de eisers in cassatie het bestaan van zodanige lening of van zodanige kosten niet bewijzen, er geen sprake kan zijn van een burgerlijke verbintenis, aangezien de schuldeiser niet het recht had om het hem verschuldigde bedrag te eisen;
- het aldus de eisers in cassatie niet de verplichting oplegt te bewijzen dat voornoemde storting geen schenking was.

Deze voorbeelden illustreren dat de verweerder bij de concrete invulling van zijn betwistingslast erbij gebaat kan zijn rekening te houden met de principes die de objectieve bewijslast beheersen. Onterecht wordt er dikwijls louter gevoelsmatig van uitgegaan dat men zijn belangen altijd beter dient door zelf te pogen te bewijzen dat de stelling van de eiser feitelijke grondslag mist, dan

door zich ertoe te beperken te bevestigen dat de eiser zijn verhaal niet bewijst. Een passieve houding biedt soms meer kansen op succes. Risicoloos is ze evenwel nooit. Het is immers niet uitgesloten dat de rechter de stelling van de eiser aanvaardt en de verweerder door aldus te handelen zichzelf het recht van verdediging ontnemt.

TITEL IV

HET FORMEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST: WIE MOET BEWIJZEN?

117 Een tweede aspect van het formeel burgerlijk bewijsrecht betreft de vraag wie in geval van betwisting de bewijslast draagt. Het gaat hier om de subjectieve bewijslast die bepaalt hoe de bewijslast van een betwist feit tussen de procespartijen wordt verdeeld. De wet bevat in dat verband een principiële regeling die is neergelegd in de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. (hoofdstuk I). De soms onbillijke gevolgen van een strakke toepassing van die regeling worden in een dubbel opzicht verzacht. Enerzijds wordt onder omstandigheden genoeg genomen met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid in plaats van de principieel vereiste zekerheid van bewijs (hoofdstuk II). Anderzijds wordt aan de rechter een steeds actievere rol toebedeeld in de bewijsgaring en wordt op de procespartijen dienaangaande een algemene verplichting tot samenwerking gelegd (hoofdstuk III). Subjectieve bewijslast wordt aldus synoniem van bewijsrisico (hoofdstuk IV).

HOOFDSTUK I

DE VERDELING VAN DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST

118 De artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. vormen de wettelijke basis van de verdeling van de subjectieve bewijslast (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 38, nr. 30). Vermeldenswaardig is dat in de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (BS 27 juli 2004) in sommige bepalingen in een specifieke regeling wordt voorzien wat betreft het recht toepasselijk op de subjectieve bewijslast. Zo bijvoorbeeld schrijft artikel 103 van de wet voor dat het recht toepasselijk op verbintenissen die voortvloeien uit een onrechtmatige daad onder meer de bewijslast en de wettelijke vermoedens bepaalt.

AFDELING I

ARTIKEL 1315 BW

119 In artikel 1315 BW wordt bepaald dat:

- hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan moet bewijzen: *actori incumbit probatio*;
- hij die beweert bevrijd te zijn van een verbintenis, het bewijs van betaling of van het tenietgaan van zijn verbintenis moet leveren: *reus in excipiendo fit actor*.

120 Aldus geeft artikel 1315 BW uiting aan een rangorde die inzake de subjectieve bewijslastverdeling moet worden gevolgd (O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 363-383; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 10, nr. 16; D. MOUGENOT, *La preuve*, 92-93, nrs. 26-27; H. DE PAGE, *Traité*, 731, nr. 726; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 383-384, nr. 676; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 39, nr. 32; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 39, nr. 64, 57, nr. 98; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 124-125, nrs. 115-116).

De schuldeiser moet eerst de juridische grondslag van de schuldvordering die hij beweert te bezitten tegenover een ander (bv. een contract, een onrechtmatige daad, een oneigenlijk contract of een eenzijdige wilsuiting) bewijzen, inbegrepen alle eigenschappen daarvan. Zo ook moet de eiser op tegenvordering eerst de grondslag van zijn tegenvordering aantonen (Cass. 27 februari 1958, *Pas.* 1958, I, 713). De eisende partij moet steeds aantonen dat alle feitelijke omstandigheden voorhanden zijn die het recht waarop hij zich beroept doen ontstaan (Cass. 15 januari

1996, *Arr.Cass.* 1996, 59; Cass. 2 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 594; Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537; Arbh. Bergen 1 februari 2012, *JLMB* 2012, 1482). Zo moet bijvoorbeeld de verkoper die zijn vordering tot betaling grondt op de stilzwijgende aanvaarding van facturen voortvloeiende uit de afwezigheid van tijdig protest, bewijzen op welke datum die facturen bij de geadresseerde toegekomen zijn (Cass. 6 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2073). Niet vereist is evenwel dat de schuldeiser tevens bewijst dat dit recht nog bestaat op het ogenblik van het inleiden van zijn eis (een juridische situatie verandert in principe immers niet vanzelf).

De schuldenaar (ten aanzien van wie een schuldvordering bewezen is en die beweert daarvan bevrijd te zijn) moet vervolgens bewijzen dat die schuldvordering is uitgedoofd en dat hij bijgevolg bevrijd is van zijn schuld (bv. ingevolge betaling of enige andere oorzaak van uitdoving van de verbintenis zoals kwijtschelding, compensatie, bevrijdende verjaring...) (Luik 31 oktober 1996, *Bull.Bel.* 1998, 522). De verweerder die het bewijs van de eiser aanvecht door aan te voeren dat de juridische toestand inmiddels heeft opgehouden te bestaan of is gewijzigd en die daartoe feiten aanvoert die als een nieuw element en dus als een exceptie in de zin van artikel 1315, tweede lid BW kunnen worden beschouwd, draagt daarvan dus de bewijslast (Cass. 10 februari 1966, *Pas.* 1966, I, 751; Cass. 9 september 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 51 en *RW* 1983-84, 1338, noot J. LAENENS; Cass. 26 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 436; Cass. 15 januari 1999, *RW* 2001-02, 451; Cass. 26 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 170; Cass. 2 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 594; Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537; Cass. 20 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 645).

121 Een mooie illustratie van de rangorde die is neergelegd in artikel 1315 BW is te vinden in het cassatiearrest van 2 mei 2005 (*Arr.Cass.* 2005, 979). De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is bevoegd om het voordeel van de wet te ontzeggen aan degenen die de voorwaarden ervan niet vervullen en bijgevolg om ambtshalve te beslissen over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Uit die omstandigheid volgt evenwel niet dat het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst een vermoeden zou opleveren dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zou ontslaan van elke bewijsplicht. Het arrest van het arbeidshof dat, na te hebben aangenomen dat de verweerder (de werknemer) het bestaan van een gezagsverhouding tussen de contractpartijen heeft aangetoond, beslist dat de eiser (de RSZ), die de overeenkomst een andere omschrijving wil geven dan de gezamenlijke omschrijving van de contractpartijen, moet bewijzen dat uit hun gedrag geen gezagsverhouding tussen hen kan worden afgeleid, past de regels van de bewijslast correct toe.

Een ander treffend voorbeeld is te vinden in het cassatiearrest van 6 maart 2006 (*Arr.Cass.* 2006, 537) naar aanleiding van het ontslag wegens dringende reden van een werknemer door zijn werkgever. Krachtens artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet, dat in dat verband in overeenstemming is met artikel 1315, eerste lid BW (en art. 870 Ger.W.), moet de partij die de dringende reden inroept, ter zake de werkgever, het bewijs leveren van het bestaan en van het zwaarwichtig karakter van de als dringende reden ingeroepen feiten. Dienaangaande oordeelde het Hof van Cassatie dat van zodra de partij die de dringende reden inroept, het bewijs levert van feiten die kunnen worden beschouwd als een ernstige tekortkoming van de andere partij die elke professionele samenwerking tussen de partijen onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt (de ongerechtvaardigde afwezigheid van de werknemer), de andere partij, wanneer die feiten aanvoert die als een exceptie in de zin van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden beschouwd

(vakantie), de bewijslast draagt van de door haar aangevoerde feiten. De werknemer die als verweer tegen de tegen hem als dringende reden tot onmiddellijk ontslag ingeroepen afwezigheid op het werk zelf de reden opgeeft ter rechtvaardiging van zijn afwezigheid op het werk en zodoende beweert bevrijd te zijn van zijn verbintenis tot uitvoering van de in het raam van de arbeidsovereenkomst bedongen arbeid, moet bijgevolg het bewijs leveren van de door hem opgegeven reden van afwezigheid. Het arrest dat vereist dat de werkgever aantoont dat de werknemer eenzijdig en zonder voorafgaand overleg en akkoord van de werkgever de vakantieregeling had bepaald en dat de werknemer niet gerechtigd was in de betrokken periode vakantie te nemen, keert de bewijslast om en schendt de artikelen 1315 BW (en 870 Ger.W.).

Ook in het cassatiearrest van 27 februari 2003 (*Arr. Cass.* 2003, 503) wordt de door artikel 1315 BW voorgeschreven rangorde rigoureus toegepast. Geoordeeld werd dat:

- ingeval de oorzaak in een schuldbekentenis niet is uitgedrukt en het bestaan of de geoorlooftheid ervan wordt betwist, de rechter moet nagaan of er een oorzaak is en die bepalen;
- er, krachtens artikel 1132 BW, een vermoeden bestaat dat de verbintenis is aangegaan uit een geoorloofde oorzaak en dit vermoeden de schuldeiser ervan ontslaat het bewijs te leveren van de oorzaak van de verbintenis en de geoorlooftheid ervan;
- de schuldenaar die het bestaan of het geoorloofd karakter van de oorzaak van de verbintenis betwist, daarvan het bewijs moet leveren;
- het arrest diezelfde principes vooropstelt, maar oordeelt dat de schuldbekentenis van verweerder zonder oorzaak is, omdat eiser niet het bewijs levert van de lening die hij als oorzaak van verweerders verbintenis heeft aangegeven;
- het arrest aldus de regels betreffende de bewijslast miskent.

AFDELING II

ARTIKEL 870 GER.W.

122 Daarnaast bepaalt artikel 870 Ger.W. dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert. Wie iets beweert, moet dus bewijzen dat zijn bewering gegrond is (*onus probandi incumbit ei qui dicit*).

123 Artikel 870 Ger.W. wijkt aldus in een dubbel opzicht af van artikel 1315 BW:

- enerzijds bevat artikel 1315 BW een bewijslastverdeling, terwijl dat niet het geval is met artikel 870 Ger.W.;
- anderzijds heeft artikel 1315 BW het over verbintenissen, terwijl artikel 870 Ger.W. spreekt van feiten.

Die onderling afwijkende inhoud impliceert, strikt genomen, een tegenstrijdigheid tussen de twee voormelde wetsbepalingen. Overeenkomstig artikel 1315 BW moet bijvoorbeeld een niet-betaalde handelaar bewijzen dat er een contract is, maar niet dat hij niet betaald werd, terwijl hij dat laatste toch beweert en het dus conform artikel 870 Ger.W. wel moet aantonen.

Aangenomen wordt evenwel dat beide wetsartikelen samen moeten worden gelezen in die zin dat een partij slechts de feiten die zij aanvoert moet bewijzen (art. 870 Ger.W.) voor zover de bewijslast van deze feiten

bij haar ligt (art. 1315 BW) (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 17, nr. 42; 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, 120; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2261, nr. 1650; H. DE PAGE, *Traité*, 730, nr. 726).

Een vaststaande cassatierechtspraak bevestigt in dezelfde zin dat artikel 870 Ger.W. de in artikel 1315 BW vastgelegde regel alleen maar veralgemeent (Cass. 7 juni 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1111, *RW* 2001-02, 890, noot G. JOQUE en *RCJB* 2003, 5, noot M. FONTAINE; Cass. 14 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 129; Cass. 18 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 212 en *RCJB* 2003, 15, noot M. FONTAINE; Cass. 2 april 2004, *De Verz.* 2004, 751, noot D. DE MAESENEIRE; Cass. 19 mei 2005, *TBH* 2006, 748, noot C. VAN SCHOUBROECK). De rechtsleer sluit zich daarbij aan (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 38, nr. 30; D. MOUGENOT, *La preuve*, 92, nr. 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 48, nr. 79).

AFDELING III

DE *RATIO LEGIS*

124 Doorgaans wordt verdedigd dat aan de gemeenrechtelijke verdeling van de subjectieve bewijslast een dubbel motief ten grondslag ligt: de natuurlijke gang van zaken en de bewijsgeschiktheid (D. MOUGENOT, *La preuve*, 92, nr. 26; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 661; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 162, nr. 215; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 39, nr. 32; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 40, nr. 65; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 126-127, nr. 117).

125 Volgens de rechtsleer is de rangorde bepaald in de hierboven bedoelde wetsbepalingen logisch. Uitgangspunt is het (impliciet) wettelijk vermoeden dat, normaal gezien, rechtssubjecten onderling geen verbintenissen tegenover elkaar hebben. Degene die zich beroept op een feit dat afwijkt van die normale toestand, zijnde een situatie waarbij een ander rechtssubject toch verplichtingen tegenover hem heeft, moet zijn bewering bewijzen. Van zodra de niet normale toestand bewezen is, wordt zij geacht verder te bestaan. Aan de schuldenaar komt het dan toe te bewijzen dat zij (in afwijking van de normale gang van zaken) niet meer bestaat (H. DE PAGE, *Traité*, 731, nr. 726; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2261, nr. 1650; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 383, nr. 676; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 39, nr. 32; D. MOUGENOT, *La preuve*, 92, nr. 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 40, nr. 65).

Dat aan de normale, gewoonlijke toestand rechtsgevolgen worden verbonden, is allesbehalve uitzonderlijk. Dat is bijvoorbeeld ook het geval ten aanzien van het bezit en van vele wettelijke vermoedens zoals het vermoeden van goede trouw bedoeld bij artikel 2262 BW (H. DE PAGE, *Traité*, 732, nr. 726). Niettemin is in de rechtspraak geen bevestiging te vinden van het beginsel dat de normale, gewoonlijke toestand een wettelijk vermoeden zou impliceren (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 596, nr. 12). Wel heeft het Hof van Cassatie recent beslist dat het arrest dat oordeelt dat volgens de gewone gang van zaken aangenomen mag worden dat een persoon die ingeschreven is als verzekeringstussenpersoon, daadwerkelijk activiteiten van verzekeringsbemiddeling uitoefent, zijn beslissing niet steunt op een onbestaand wettelijk vermoeden, maar op een feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken, waarbij degene die zich op een afwijking van de gewone gang van zaken beroept, het bewijs daarvan moet leveren (Cass. 3 mei 2010, www.cass.be (16 juni 2010), concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349).

126 Daarenboven wordt de gemeenrechtelijke verdeling van de subjectieve bewijslast doorgaans ook verantwoord door de geschiktheid van de partijen in het aanbrengen van het bewijs. Voor een schuldeiser is het gemakkelijker om het bestaan van zijn schuldvordering te bewijzen dan voor zijn tegenpartij om aan te tonen dat in zijn hoofde geen enkele verbintenis bestaat. Andersom is de schuldenaar beter geplaatst om aan te tonen dat er bijvoorbeeld werd betaald dan de schuldeiser om te bewijzen dat dit niet het geval is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 40, nr. 65; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 39, nr. 32; D. MOUGENOT, *La preuve*, 92, nr. 26).

Het belang dat aldus aan de bewijsgeschiktheid wordt gehecht, wordt wel bekritiseerd onder verwijzing naar de heersende opvatting omtrent de subjectieve bewijslast inzake negatieve feiten waar de bewijsgeschiktheid in principe geen rol speelt (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 17, nr. 39).

127 Daarnaast wordt soms benadrukt dat de subjectieve bewijslastverdeling (net zoals de regeling van de toegelaten bewijsmiddelen en hun onderlinge hiërarchie) een essentiële waarborg vormt voor de objectiviteit van de rechtspraak en voor de rechtszekerheid. Achterliggende idee is dat het minder gevaarlijk is een procespartij (zij moge in werkelijkheid al titularis zijn van een recht) af te wijzen bij gebrek aan bewijs dan van de andere partij te veroordelen zonder zeker bewijs (H. DE PAGE, *Traité*, 735, nr. 728; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 56-59, nrs. 17-26; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 45, nr. 36).

AFDELING IV

TOEPASSINGSGBIED

128 De regeling inzake de subjectieve bewijslastverdeling heeft een zeer algemeen toepassingsgebied. Alhoewel artikel 1315 BW enkel het bewijs van verbintenissen uit overeenkomst tot voorwerp heeft, geldt de regeling in

principe ten aanzien van alle feiten en in alle takken van het recht (H. DE PAGE, *Traité*, 730, nr. 726). Er bestaan verschillende wettelijke bevestigingen. De regeling geldt ook voor negatieve feiten en ongeacht de wijze waarop verweer wordt gevoerd. Niettemin zijn er ook veel uitzonderingen.

§ 1. Wettelijke bevestigingen

129 In een aantal gevallen benadrukt de wetgever dat een welbepaald feit niet wordt vermoed zodat, conform de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W., degene die zich erop beroept daarvan de bewijslast draagt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 100, nr. 183).

Zo wordt voorgeschreven in:

- artikel 784 BW dat de verwerping van een nalatenschap niet wordt vermoed;
- artikel 1116, tweede lid BW dat bedrog niet wordt vermoed;
- artikel 1202 BW dat hoofdelijkheid niet wordt vermoed.

130 De regeling van de subjectieve bewijslastverdeling zoals neergelegd in de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W., wordt ook soms in bijzondere wetgeving uitdrukkelijk bevestigd.

Dat is bijvoorbeeld het geval met:

- artikel 7, § 3, derde lid wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen: een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de cliënt dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben; wanneer de titularis van een vrij beroep stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van een afzonderlijke onderhandeling, moet hij dit bewijzen;
- artikel 100, § 5 wet marktpraktijken: het gebruik van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en het gebruik van faxen voor specifiek aan een natuurlijke persoon gerichte reclame, zijn verboden zonder de voorafgaande, vrije, specifieke en geïnformeerde toestemming van de geadresseerde van de boodschap; de bewijslast betreffende het feit dat om reclame werd verzocht via een voormelde communicatietechniek, berust op de afzender van het bericht;
- artikel 1, Titel VI, Boek I W.Kh. waarbij inzake het pand tot zekerheid van een handelsverbintenis wordt voorgeschreven dat de last van het bewijs van de dagtekening der in pandgeving op de schuldeiser rust;
- ...

§ 2. Ook voor negatieve feiten

131 Hierboven (onder nr. 97) werd reeds omschreven wat precies onder negatieve feiten moet worden verstaan. De regeling van de subjectieve bewijslastverdeling geldt onverkort met betrekking tot het bewijs van een negatief feit (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 54, nr. 92 en 56, nr. 96). Een vaste (cassatie)rechtspraak oordeelt dat, hoewel een rechter wettelijk kan overwegen dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid moet worden bijgebracht als het bewijs van een bevestigend feit, hij de aanleggende partij niet mag ontslaan van haar be-

wijslast en de tegenpartij niet het bewijs mag opleggen van het tegengestelde positieve feit (Cass. 20 maart 1947, *Arr.Cass.* 1947, 91; Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 6 april 1962, *Pas.* 1962, I, 880; Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19; Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935 en *T.Verz.* 2004, 124, noot D. DE MAESENEIRE; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313; Luik 5 november 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.085; Brussel 10 januari 2002, *RGAR* 2004, nr. 13.834; Gent 20 februari 2003, *Not.Fisc.M.* 2005, 33, noot J. FACQ en *NJW* 2003, 1304, noot BW; Antwerpen 8 september 2004, *Lim-b.Rechtssl.* 2005, 92; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 310, noot J. DEL CORRAL en *NJW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Luik 11 oktober 2007, *JLMB* 2010, 734; Bergen 5 november 2008, *JLMB* 2010, 1184; Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, 1189, noot N. SCHMITZ; Kh. Brussel 31 mei 1996, *JLMB* 1996, 1588; Kh. Hasselt 2 februari 2005, *RW* 2006-07, 1493; Rb. Antwerpen 21 februari 2007, *T.Gez.* 2006-07, 373; Rb. Brussel 4 januari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14.654). Dat de tegenpartij beter geplaatst is om het bewijs te leveren van het tegengesteld positief feit, heeft dus geen omkering van de bewijslast tot gevolg.

Denk hier bijvoorbeeld aan artikel 1384, vijfde lid BW dat voorschrijft dat de ouders hun objectieve aansprakelijkheid voor door hun minderjarige kinderen begane schadeverwekkende onrechtmatige daden kunnen weerleggen mits bewijs dat zij geen fout in de opvoeding van en in het toezicht op hun minderjarig kind hebben begaan. Andere voorbeelden van gevallen waarin de wetgever zelf het bewijs van een negatief feit oplegt zijn te vinden in de artikelen 112 BW (inzake het vermoeden van afwezigheid) en 318 BW (inzake de betwisting van vaderschap).

132 Dezelfde regeling geldt ten aanzien van tal van complexe positieve feiten waarvan een zeker bewijs onmogelijk kan worden geleverd. Ook hier wordt de regeling van de subjectieve bewijslastverdeling gehandhaafd, maar wordt genoeg genomen met het bewijs (door feitelijke vermoedens) van waarschijnlijkheid. Vervolgens wordt aan de tegenpartij de last opgelegd precieze feiten aan te voeren en te bewijzen waaruit het tegendeel blijkt (H. DE PAGE, *Traité*, 739, nr. 730; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 41, nr. 66).

Voorbeelden daarvan zijn de bewijslast van de schuldenaar van het vrijwillig karakter van de teruggave van de titel (art. 1282 en 1283 BW) en van de verzekerde van de diefstal van het verzekerde voorwerp (Cass. 22 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 227; Brussel 2 november 1978, *RGAR* 1981, nr. 10.374, noot; Luik 5 november 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.085; Bergen 25 juni 2002, *Bull.ass.* 2003, 40, noot H. DE RODE; Gent 10 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.660; Bergen 3 maart 2003, *TBBR* 2006, 217, noot H. GEENS; Antwerpen 5 oktober 2005, *NJW* 2006, 652, noot G. JOCQUE; Luik 27 maart 2006, *T.Verz.* 2010, 181; Bergen 21 februari 2008, *RGAR* 2010, nr. 14.667; Gent 20 maart 2008, *TGR-TWVR* 2008, 263; Bergen 5 november 2008, *JLMB* 2010, 1184; Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, 1189, noot N. SCHMITZ; Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14.718; Luik 23 november 2009, *RGAR* 2011, nr. 14.764; Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14.718; Luik 1 maart 2011, *T.Verz.* 2012, 244; Brussel 20 september 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.836; Brussel 3 oktober 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.847; Rb. Luik 23 december 2003, *RGAR*

2005, nr. 14.018; Rb. Charleroi 17 februari 2009, *VAV* 2010, 89; Pol. Brussel 22 september 2011, *RGAR* 2011, nr. 14798).

133 De traditionele cassatierechtspraak in dit verband is in overeenstemming met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die oordeelt dat niet strijdig met het recht op een eerlijk proces is, het feit op een partij een moeilijke bewijslast te leggen (EHRM 11 januari 2005, *Blücher/Tsechoslovakije*, §§ 62-63). Dat is alleen anders wanneer het aan te brengen bewijs werkelijk onmogelijk is (EHRM 28 september 2004, *Kopecky/Slovakije*, § 3).

134 Toch heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 14 januari 2005 (*NJW* 2005, 699, noot E. BREMS en *RCJB* 2006, 496, noot J. VAN DROOGHENBROECK, S. VAN DROOGHENBROECK) geoordeeld:

- dat eens vaststaat dat preventieve maatregelen in verband met betogingen en demonstraties in beginsel toelaatbaar zijn en dat een preventieve maatregel mogelijk is, het binnen de beoordelingsruimte van de rechter in kort geding blijft voorlopig te beslissen dat wie een betoging houdt en hierdoor schade toebrengt aan een derde, het bewijs moet leveren dat hij het nodige verlot had gekregen om te betogen;
- dat het evenmin onredelijk is aan de schadelijder het negatief bewijs niet op te leggen dat de dader geen verlot bekomen heeft.

Gelet op de cassatierechtspraak van latere datum die de traditionele visie bevestigt, wordt aangenomen dat het cassatiearrest van 14 januari 2005 de poort niet opent voor een omkering van de bewijslast bij negatieve feiten (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597, nr. 14).

135 In dit verband kan ten slotte melding worden gemaakt van artikel 5, 2.a *BMW in fine* dat de rechter toelaat de merkhouders geheel of gedeeltelijk met het bewijs van het gebruik van het merk te belasten. Uit de memorie van toelichting bij het Beneluxverdrag inzake de warenmerken en de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken blijkt dat indien de eiser in vervallenverklaring bij uitsluiting met het negatieve bewijs van het niet-gebruik zou worden belast, de sanctie op het niet-gebruik dode letter zou blijven en dat de eenvormige wet de rechter de bevoegdheid geeft de bewijslast op de meest billijke wijze te verdelen. Daarbij, aldus de memorie van toelichting, zal in het algemeen de blote bewering van niet-gebruik onvoldoende zijn om de merkhouders met het bewijs van het gebruik te belasten, maar wanneer het niet-gebruik de rechter waarschijnlijk voorkomt, kan hij de merkhouders belasten met het leveren van een positief bewijs van gebruik (Cass. 3 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 965).

§ 3. Ongeacht de wijze waarop verweer wordt gevoerd

136 Een letterlijke toepassing van de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. kan de verkeerde indruk wekken dat de bewijsvoering in rechte bijzonder strak zou verlopen, in die zin dat opeenvolgend in de tijd eerst de eiser het bestaan moet bewijzen van de verbintenis op uitvoering waarvan hij aanspraak maakt, en, pas nadat dit bewijs geleverd is, de verweerder aan bod komt om zijn bevrijding van die verbintenis te bewijzen. In werkelijkheid verloopt de bewijsvoering in rechte veel losser. De verweerder beperkt er zich immers doorgaans niet toe zich eenvoudig te beroepen op de rangorde van artikel 1315 BW, doch voert wel integendeel van meet af aan (nieuwe) feiten aan ter staving van zijn standpunt. Hij is er zich immers van bewust dat het eenvoudiger is te verhinderen dat een overtuiging zich vormt dan een reeds gevormde overtuiging om te buigen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 41, nr. 33; J. KIRKPATRICK, “Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 113, nr. 13; D. MOUGENOT, *La preuve*, 93, nr. 27; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 42, nr. 67; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 210, nr. 173). De vraag kan dan worden gesteld of de wijze waarop de verweerder zijn verweer organiseert de subjectieve bewijslastverdeling al dan niet beïnvloedt.

137 Doorgaans wordt aangenomen dat de wijze waarop verweer wordt gevoerd, niet kan leiden tot een afwijking op de regeling van de subjectieve bewijslastverdeling (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.2-3, nr. 5105; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 41, nr. 34; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 45-48, nrs. 73-79, 52, nr. 86 en 68, nr. 105).

Beperkt de verweerder zich tot de bevestiging dat de eiser zijn eis tot uitvoering van een verbintenis geenszins bewijst, dan moet hij niet bewijzen dat er inderdaad geen dergelijke verbintenis in zijnen hoofde bestaat. De verweerder die argumenteert dat de eiser de gegrondheid van zijn vordering niet bewijst wordt dus geen eiser op exceptie, zodat de rechter hem om die reden de bewijslast niet mag opleggen (Cass. 8 oktober 1964, *RW* 1965-66, 251; Cass. 9 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 131).

Wanneer bijvoorbeeld bij een wederkerig contract de schuldenaar inroept dat de schuldeiser zijn eigen verbintenis niet heeft uitgevoerd, voert hij geen exceptie aan zoals bedoeld bij artikel 1315, tweede lid BW, doch betwist hij enkel een ontstaansvoorwaarde van het recht waarvan de schuldeiser de uitvoering nastreeft en draagt hij bijgevolg geen bewijslast (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 97, nr. 176).

Maar ook en zelfs wanneer de verweerder spontaan een bepaald feit inroept dat de stelling van de eisende

partij (die de bewijslast draagt) zou moeten ontcrachten, mag een dergelijk spontaan aanvoeren op zich niet als een impliciete afwijking van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling worden beschouwd (Cass. 8 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 130; Cass. 9 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 131; Cass. 15 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 59).

Wanneer bijvoorbeeld, in geval van een revindicatievordering inzake roerende goederen, de bezitter feiten aanvoert tot bewijs van de deugdelijkheid van zijn bezit, dan blijft op de eiser de bewijslast rusten van het gebrekkig karakter van dat bezit (Cass. 16 februari 1998, *RW* 1998-99, 468).

Een andere mooie illustratie van deze regel biedt het cassatiearrest van 27 februari 2003 (*Arr.Cass.* 2003, 503) in verband met de schuldbekentenis zonder oorzaak. Artikel 1131 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een verbintenis die zonder oorzaak of uit een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak is aangegaan, geen gevolg kan hebben. Artikel 1132 van dit wetboek bepaalt dat de overeenkomst niettemin geldig is, hoewel de oorzaak ervan niet is uitgedrukt. Ingeval de oorzaak in een schuldbekentenis niet is uitgedrukt en het bestaan of de geoorloofdheid van de oorzaak ervan wordt betwist, moet de rechter nagaan of er een oorzaak is en die bepalen. Krachtens voormeld artikel 1132 BW bestaat er een vermoeden dat de verbintenis is aangegaan uit een geoorloofde oorzaak, welk vermoeden de schuldeiser ervan ontslaat het bewijs te leveren van de oorzaak van de verbintenis en de geoorloofdheid ervan. De schuldenaar die het bestaan of het geoorloofd karakter van de oorzaak van de verbintenis betwist, moet daarvan het bewijs leveren. Het arrest dat oordeelt dat de schuldbekentenis van verweerder zonder oorzaak is, omdat eiser niet het bewijs levert van de lening die hij als oorzaak van verweerdens verbintenis heeft aangegeven, miskent de regels betreffende de subjectieve bewijslast.

In dezelfde zin werd geoordeeld dat het niet is omdat de verweerder, op exceptie, inroept dat er een schenking is geweest, dat de eiser zou worden vrijgesteld van het leveren van het bewijs van de lening die hij aanvoert en die een verplichting tot teruggave zou meebrengen van de ontlener (Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599).

Een ander toepassingsgeval betreft ten slotte de vordering tot terugbetaling van een onverschuldigde betaling. De eiser blijft de bewijslast dragen van het onverschuldigd karakter van zijn betaling, ook al voert de verweerder een oorzaak aan voor die betaling bestaande in een overdracht van aandelen (Luik 26 februari 1985, *JL* 1985, 384, noot G. DE LEVAL; *anders*: Cass. 21 april 1966, *Pas.* 1966, I, 1057).

138 Niettemin wordt soms verdedigd dat, aangezien de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. niet van openbare orde zijn, de houding van de verweerder door de rechter kan worden geïnterpreteerd als een afstand van het voordeel dat uit die wetsbepalingen voortvloeit (vgl. Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2", *P&B* 2010, 58, nr. 21; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2264, nr. 1651; zie ook: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 149-151, nrs. 144-145). Ook kan de verweerder door te handelen als gezegd ongewild feitelijke elementen ter hand stellen die kunnen bijdragen tot het bewijs van het standpunt van de eiser. Zo werd bijvoorbeeld de dubbelzinnigheid van het bezit afgeleid uit de gezamenlijke gegevens van de zaak (Cass. 4 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 449). Vandaar dat terughoudendheid in de wijze waarop verweer wordt gevoerd, aangewezen is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 99, nr. 30). In ieder geval wordt aangeraden dat de verweerder die toch zelf feiten wenst aan te voeren, dit zou doen onder uitdrukkelijk voorbe-

houd van de handhaving van het voordeel van de gunstige bewijspositie die artikel 1315 BW hem biedt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 52, nr. 87; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 49, nr. 38).

§ 4. Uitzonderingen

A. DAADWERKELIJK VOORHANDEN?

139 De vraag of er uitzonderingen bestaan op het principe van de subjectieve bewijslastverdeling wordt doorgaans positief beantwoord. Er wordt daarbij over het algemeen verwezen naar drie soorten uitzonderingen. Naast de contractuele afwijkingen, zijn er uitzonderingen bepaald in bijzondere wetten en komen ook de wettelijke vermoedens in aanmerking (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 80-82; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 163 e.v., nr. 218 e.v.; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.2-6-7, nrs. 5113-5114; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 661; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandiaus Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 15, nr. 22).

140 Soms wordt evenwel verdedigd dat het bij de wettelijke uitzonderingen en vermoedens niet gaat om eigenlijke omkeringen van de subjectieve bewijslast, doch slechts om, zij het soms verregaande, verlichtingen van de bewijslast die (doorgaans) op de eiser rust. De eiser blijft immers nog steeds de bewijslast dragen, maar de wetgever is hem ter hulp gesnel door de op hem rustende bewijslast te vereenvoudigen. De uitzondering van het wettelijk vermoeden is in die zin te relativeren (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 63-65, nrs. 41-48 en 67-70, nrs. 54-62).

Dat is bijvoorbeeld het geval met de non-discriminatiewetgeving. Er wordt dienaangaande op gewezen dat uit vroegere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004) en uit de parlementaire voorbereidingen (*Parl.St.* Kamer 2006-07, 2722/01, 65) blijkt dat deze uitzondering op de subjectieve bewijslastregeling in werkelijkheid geen omkering van de bewijslast betreft, doch veeleer een vrij verregaande verschuiving van de bewijslast naar de verweerder toe. De eiser moet immers nog steeds voldoende feiten aanreiken die kunnen leiden tot een vermoeden van discriminatie, terwijl het tegenbewijs te leveren door de verweerder geen negatief bewijs impliceert. Het vermoeden van discriminatie kan worden weerlegd door aan te geven op grond van welke legitieme criteria de aangeklaagde beslissing werd getroffen (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 65, nr. 48 en 67-68, nr. 55, die in dit verband ook verwijst naar Gent 30 november 2005, *RW* 2006-07, 144; Arbrb. Mechelen 16 maart 2006, *RW* 2007-08, 445).

Hetzelfde kan worden gezegd van de wettelijke vermoedens. De tekst van artikel 1352, eerste lid BW is misleidend in die zin dat de partij die zich op een wettelijk vermoeden beroept nog steeds moet bewijzen dat aan de toepassingsvoorwaarden van dat vermoeden is voldaan. De wet zegt enkel dat bepaalde feiten niet moeten bewezen worden. Zo werd bijvoorbeeld beslist dat de bewijslast van de toepassingsvoorwaarden van het vermoeden van artikel 2 Sociaal Statuut Zelfstandigen, inzonderheid de uitoefening van een mandaat in een vennootschap die zich met de exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, op het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der Zelfstandigen rust (Cass. 23 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 790).

Al verschilt de mate waarin van de subjectieve bewijslastregeling wordt afgevoerd (in verband met alle betwiste feiten of alleen met betrekking tot bepaalde daarvan), toch hebben alle uitzonderingen hier aan de orde gemeen dat het bewijs van betwiste feiten moet worden geleverd door een andere partij dan degene die daarvan normalerwijze de bewijslast draagt. Er is dus wel degelijk sprake van werkelijke uitzonderingen op het gemeenrechtelijk principe van de subjectieve bewijslastverdeling. Dat degene in wiens voordeel die uitzonderingen bestaan zelf ook nog een bepaalde bewijslast behoudt, doet daaraan geen afbreuk. Wanneer bijvoorbeeld bewezen is dat aan de toepassingsvoorwaarden van het wettelijk vermoeden is voldaan, zorgt dat vermoeden ervoor dat feiten die normalerwijze zouden moeten worden bewezen door degene die ze inroept, als bewezen worden beschouwd. Het cassatiearrest van 7 oktober 1996 (*Arr.Cass.* 1996, 880) illustreert dat: het vermoeden dat een overeenkomst tussen een werkgever en een student, welke benaming aan die overeenkomst ook is gegeven, een arbeidsovereenkomst is, geldt tot het tegendeel is bewezen, dit is tot bewezen is dat bedoelde overeenkomst geen arbeidsovereenkomst is. Het arrest dat, bij de beoordeling van de weerlegging van het voormelde vermoeden, ervan uitgaat dat de bewijslast van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst berust op de partij die haar vordering op het bestaan van een arbeidsovereenkomst baseert, schendt artikel 121 arbeidsovereenkomstenwet.

B. AFWIJKENDE OVEREENKOMSTEN

141 Zoals hierboven reeds gezegd, is het bewijsrecht in beginsel noch van dwingend recht, noch van openbare orde. In principe beschikken de partijen derhalve over de mogelijkheid om inzake de subjectieve bewijslast een afwijkende overeenkomst te sluiten, terwijl een procespartij al evenzeer afstand kan doen van het voordeel dat artikel 1315 BW haar biedt (daarover verder meer in titel VI, hoofdstuk II). De afwijking van de wettelijke regeling inzake de subjectieve bewijslast kan ook onrechtstreeks gebeuren. Wanneer bijvoorbeeld in de verkoopovereenkomst werd bedongen dat de "levering tegen rembours" zal geschieden, doet de levering de betaling vermoeden. Aan de verkoper behoort het bijgevolg te bewijzen (door alle middelen van recht) dat hij niet werd betaald (Antwerpen 17 november 1976, *BRH* 1977, 270).

142 Vandaar dat er in de rechtsleer wordt voor gepleit dat (teneinde iedere latere betwisting daaromtrent bij voorbaat uit te sluiten) de partij die vrijwillig

meewerkt aan de bewijsgaring of die daartoe door de rechter wordt verplicht, in haar conclusie steeds uitdrukkelijk zou verklaren dat die medewerking geen afstand impliceert van de gunstige positie die artikel 1315 BW haar verleent (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 49, nr. 38; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 52, nr. 87).

C. BIJZONDERE WETTEN

143 In talrijke bijzondere wetten is de wetgever afgeweken van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling. Meestal zijn die wettelijke afwijkingen ingegeven door de zorg een partij, doorgaans de eiser, die in het kader van de bewijslast als de zwakkere partij wordt beschouwd, voldoende te beschermen (S. STIJNS, *Verbintennisrecht*, 163, nr. 219; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 182, nr. 180).

144 Voorbeelden van dergelijke bijzondere wettelijke afwijkingen zijn:

- artikel 28, § 1 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (*BS* 30 mei 2007) dat bepaalt dat, wanneer een persoon die zich het slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (opgericht bij de wet van 15 februari 1993, *BS* 19 februari 1993) of een van de belangenverenigingen (zijnde elke instelling van openbaar nut en vereniging die op de dag van de feiten tenminste drie jaar rechtspersoonlijkheid bezit en zich statutair tot doel stelt de rechten van de mens te verdedigen en discriminatie te bestrijden, de representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties uit de private sector, de representatieve vakorganisaties uit de publieke sector en de representatieve organisaties van de zelfstandigen) voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, de verweerder moet bewijzen dat er geen discriminatie (zowel directe als indirecte discriminatie, intimidatie, de opdracht tot discrimineren of het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap) is geweest (vgl. Cass. 18 december 2008, *JLMB* 2009, 676, noot Y. THIELS; bv. Arbh. Antwerpen 25 juni 2008, *T. Vreemd* 2009, 25, noot D. CUYPERS; Voorz. Arbrb. Oudenaarde 5 juni 2008, *TGR-TWVR* 2008, 316); een gelijkaardige regeling is bepaald in artikel 33 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (*BS* 30 mei 2007) (bv. Arbh. Gent, afd. Gent 10 januari 2011, *TGR-TWVR* 2011, 153), alsook in artikel 30 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden (gewijzigd door de wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden);
- artikel 103 wet marktpraktijken dat, in geval van een vraag van de bevoegde minister of in geval van een vordering tot staking wegens verboden handelspraktijken, in principe op de onderneming de last legt de bewijzen te leveren betreffende de materiële juistheid van de feitelijke gegevens die zij meedeelt in het kader van een handelspraktijk;
- artikel 2043ter BW dat bepaalt dat de bewijslast om aan te tonen dat de borgtocht niet kosteloos werd verstrekt, bij de schuldeiser ligt: degene die een borgtocht kosteloos heeft verstrekt, kan zich ertoe beperken dat feit aan te voeren, terwijl het aan de begunstigde van de borgtocht toekomt het tegendeel daarvan te bewijzen (*anders*: Luik 6 maart 2012, *TBH* 2012, 537);
- artikel 12 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, inzake de elektronische handel dat voorschrijft dat ten aanzien van de consumenten de dienstverlener de plicht heeft te bewijzen dat aan de eisen bepaald in de artikelen 7 tot 10 (die allerhande informatieverplichtingen opleggen) is voldaan;
- inzake betalingen langs elektronische weg, de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten, meer bepaald:

- artikel 26 dat bepaalt dat de bewijslast inzake het naleven van de aldaar bedoelde informatieverplichtingen toekomt aan de betalingsdienstaanbieder;
- artikel 35 dat voorschrijft dat, wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd, zijn betalingsdienstaanbieder gehouden is het bewijs te leveren dat de betalingstransactie geauthentiseerd is, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander falen beïnvloed is;
- artikel 101, § 1 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst dat bepaalt dat in een levensverzekeringsovereenkomst de bewijslast van het feit dat de verzekerde geen zelfmoord heeft gepleegd, niet op de begunstigde van de verzekering mag worden gelegd; de bewijslast rust op de schouders van de verzekeraar, dit op dwingende wijze (art. 3);
- in het bijzonder wat het sociaal recht betreft: artikel 40 van de arbeidswet van 16 maart 1971 (*BS* 30 maart 1971) inzake het ontslag door de werkgever van een zwangere of bevallende vrouw, artikel 32*tredecies* van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (*BS* 18 september 1996) inzake het ontslag of de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden door de werkgever van een werknemer die een klacht heeft ingediend, een rechtsvordering heeft ingesteld of een getuigenverklaring heeft afgelegd, artikel 12*quater* van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen (*BS* 5 mei 1965) inzake het ontslag door de werkgever van een werknemer die opmerkingen heeft gemaakt in het register op het arbeidsreglement;
- ...

145 Soms betreffen die wettelijke uitzonderingen op de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling slechts bepaalde aspecten van de betrokken materie. Een voorbeeld daarvan is te vinden in artikel 56, § 1 wet marktpraktijken inzake overeenkomsten op afstand in de zin van artikel 2, 21° wet marktpraktijken (waaronder moet worden verstaan, niet alleen de totstandkoming van een contract tussen afwezigen door briefwisseling of door elektronische post, doch ook door rechtstreekse bevestiging van een bestelling op de website van de aanbieder), waarbij wordt voorgeschreven dat het aan de onderneming toekomt het bewijs te leveren dat ze heeft voldaan aan de verplichtingen inzake de informatie aan de consument, de naleving van de termijnen, de toestemming van de consument met het sluiten van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de uitvoering ervan gedurende de herroepingstermijn, en dat in geval van overeenkomsten op afstand met betrekking tot financiële diensten dit bewijs toekomt aan de aanbieder. De uitzondering heeft hier enkel betrekking op het bewijs van de naleving door de onderneming van haar informatieverplichtingen en de eerbiediging van de termijnen. Wat betreft het bewijs van de toestemming van de consument met het sluiten van de overeenkomst en met de uitvoering ervan tijdens de verzakingstermijn bevestigt deze wetsbepaling de gemeenrechtelijke regeling van de subjectieve bewijslast. Hetzelfde geldt voor de bewijslast van het feit dat de verzaking binnen de termijn aan de verkoper ter kennis werd gebracht, bewijslast die op de consument rust (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 103, nr. 7).

Andere voorbeelden van wettelijke uitzonderingen op de subjectieve bewijslastverdeling beperkt tot bepaalde aspecten van de betrokken materie, zijn:

- artikel 15*bis* van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*BS* 18 maart 1993) dat bepaalt dat

indien een betrokkene schade lijdt doordat tegenover hem in strijd wordt gehandeld met de bij of krachtens de wet bepaalde voorschriften (wat door de betrokkene te bewijzen blijft), onverminderd de aanspraken op grond van andere wettelijke regels, de verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit een handeling in strijd met de bij of krachtens de wet bepaalde voorschriften en dat de verantwoordelijke van deze aansprakelijkheid ontheven is indien hij bewijst dat het feit dat de schade heeft veroorzaakt hem niet kan worden toegerekend;

- artikel 8, b van de wet van 21 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (*BS* 22 maart 1991) dat bepaalt dat, wanneer de benadeelde het bewijs heeft geleverd van de schade, van het gebrek en van het oorzakelijk verband, de producent aansprakelijk is, tenzij hij bewijst dat hij het product niet in het verkeer heeft gebracht of dat het, gelet op de omstandigheden, aannemelijk is dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer heeft gebracht, dan wel dat het gebrek later is ontstaan (zie daaromtrent T. VANSWEVELT, “De wet van 25 februari 1991 inzake de productaansprakelijkheid”, *TBBR* 1992, 96-122 en 184-206; D. WUYTS, “De Wet Productaansprakelijkheid en het verweer van de producent: geen gebrek op het ogenblik van de inverteerstelling” (noot onder Cass. 4 mei 2007), *RW* 2007-08, 1283);
- artikel 98, derde lid Venn.W.: deze bepaling keert de bewijslast van het oorzakelijk verband om tussen de niet-(tijdige) neerlegging van de jaarrekening en de door derde geleden schade (Luik 21 februari 2008, *Rev.prat.soc.* 2009, 331, noot).

D. WEERLEGBARE WETTELIJKE VERMOEDENS

146 Een derde uitzondering op de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling vormen de wettelijke vermoedens (O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 380; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 661; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 164, nr. 220; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2270, nr. 1655; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandaius Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 15, nr. 22; D. MOUGENOT, *La preuve*, 103, nr. 34; H. DE PAGE, *Traité*, 743, nr. 732; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 99, nr. 182).

147 Een wettelijk vermoeden is het vermoeden dat door een bijzondere wetsbepaling met zekere handelingen of met zekere feiten verbonden is (art. 1350, eerste lid Ger.W.). Krachtens artikel 1352, eerste lid BW ontslaat het wettelijk vermoeden degene in wiens voordeel het bestaat van ieder bewijs. Wanneer het wettelijk vermoeden onweerlegbaar is, is in principe zelfs geen tegenbewijs meer mogelijk en houdt het vermoeden dus een definitieve bevrijding van de bewijslast in (bv. art. 1384, derde lid BW). Is het wettelijk vermoeden daarentegen weerlegbaar (wat meestal het geval is), dan is tegenbewijs wel toegelaten en houdt het wettelijk vermoeden enkel een omkering van de bewijslast in (D. MOUGENOT, *La preuve*, 104, nr. 34; H. DE PAGE, *Traité*, 743, nr. 732). Op dat onderscheid wordt dieper ingegaan bij de bespreking van de wettelijke vermoedens (zie titel V, hoofdstuk II, afdeling VI).

Hier wordt ermee volstaan enkele voorbeelden op te sommen van weerlegbare wettelijke vermoedens:

- artikel 1190 BW: vermoeden dat, in geval van alternatieve verbintenissen, de keuze van de te leveren zaak wordt overgelaten aan de schuldenaar;

- artikel 1384, tweede en vierde lid BW: vermoeden van aansprakelijkheid van ouders, onderwijzers en ambachtslieden voor onrechtmatige daden begaan door hun minderjarige kinderen, leerlingen en leerjongens;
- artikel 1468, tweede lid BW: vermoeden dat roerende goederen waarvan niet kan worden bewezen dat ze eigen zijn van een der echtgenoten, worden beschouwd als onverdeeld tussen de echtgenoten;
- artikel 1731, § 1 BW: vermoeden dat, bij afwezigheid van een omstandige plaatsbeschrijving, de huurder het gehuurde goed heeft ontvangen in dezelfde staat als deze waarin het zich bevindt op het einde van de huurovereenkomst;
- artikel 2268 BW: vermoeden van goede trouw.

148 In principe kan enkel de wetgever (en dan nog slechts uitzonderlijk) dergelijke vermoedens creëren. De rechtspraak heeft niettemin “*quasi*-wettelijke vermoedens” in het leven geroepen. Een voorbeeld daarvan is het vermoeden van kwade trouw dat rust op de professionele verkoper inzake de verborgen gebreken waarmee de verkochte zaak behept is (P.-A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la Vente” in *De koop – La Vente*, Brugge, die Keure, 2002, 17 e.v.; B. DUBUISSON, “Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel”, *Ann.dr.Louvain* 1988, 177). Daarnaast bestaan ook vermoedens gegrond op het gewoonterecht, zoals bijvoorbeeld, in handelszaken, het vermoeden van hoofdelijkheid van conventionele medeschuldenaars (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 371, nr. 512).

AFDELING V

OVERZICHT VAN ENKELE CONCRETE TOEPASSINGEN

149 De regeling van de subjectieve bewijslastverdeling lijkt op het eerste gezicht vrij eenvoudig. Toch ligt de concrete toepassing ervan vaak niet voor de hand. Er is een overvloedige rechtspraak op dit punt, ook en vooral van het Hof van Cassatie (D. MOUGENOT, *La preuve*, 94, nr. 28; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 153-169, nrs. 149-162). Het is onmogelijk in te gaan op alle concrete problemen. Wij beperken ons hier tot een overzicht van de meest courante kwesties.

§ 1. Bestaan en inhoud van de ingeroepen verbintenis

150 Degene die de uitvoering vordert van een verbintenis, moet het bestaan en de inhoud daarvan bewijzen (art. 1315, eerste lid BW). Die regel geldt voor alle verbintenissen, ongeacht de bron daarvan.

A. VERBINTENIS UIT OVEREENKOMST OF RECHTSHANDELING

151 Degene die zich op een overeenkomst of een rechtshandeling beroept, draagt de bewijslast van het bestaan en van de inhoud ervan (Cass. 20 november 1970, *Arr.Cass.* 1971, 263, noot W.G.; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 11, nr. 17; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 384, nr. 677). Zo bijvoorbeeld dragen de erfgenamen die op basis van een contract de teruggave vorderen van de tegenwaarde van goederen die aan de overledene hebben toebehoord, de bewijslast van het bestaan van dat contract waaruit de teruggaveverplichting voortvloeit (Bergen 22 februari 2010, *JLMB* 2011, 1296, noot). In dezelfde zin draagt de internetoperator de bewijslast van de inhoud van de overeenkomst houdende de internetverbinding waarvan het bestaan vaststaat (Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 6 november 2008, *T.Vred.* 2012, 363, noot R. STEENNOT; in dezelfde zin Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360).

Dat impliceert dat de eiser in principe moet aantonen dat aan alle geldigheidsvoorwaarden is voldaan, alsook dat alle eigenschappen van die rechtshandeling of overeenkomst voorhanden zijn en dat tevens is voldaan aan alle ontstaansvoorwaarden van zijn daaruit voortvloeiende recht.

152 In eerste instantie moet de eiser dus bewijzen dat aan alle geldigheidsvereisten van de ingeroepen overeenkomst of rechtshandeling (toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak) is voldaan (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 57, nr. 99). Het voorhanden zijn van een aantal geldigheidsvoorwaarden wordt evenwel wettelijk vermoed.

In principe is iedereen handelingsbekwaam, zodat iedereen in beginsel contracten kan aangaan of rechtshandelingen kan stellen, tenzij de betrokkene onbekwaam verklaard mocht zijn (art. 1123 BW; Rb. Gent 27 april 2010, *TVV* 2011, 55).

Krachtens artikel 1132 BW is een overeenkomst geldig, hoewel de oorzaak ervan niet is uitgedrukt. Hetzelfde geldt voor een eenzijdige rechtshandeling, bijvoorbeeld een schuldbekentenis (Cass. 10 november 2008, C.06.0632.F, www.cass.be en *JT* 2009, 13, noot PG J.-F. LECLERCQ). Aangenomen wordt dat artikel 1132 BW de bewijslast omkeert (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome premier, *Introduction. Sources des obligations (Première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 322, nr. 206). Degene die een dergelijke overeenkomst inroept, moet de oorzaak daarvan niet bewijzen: ze wordt vermoed te bestaan en geoorloofd te zijn.

De eiser die zich op het bestaan van een overeenkomst of een rechtshandeling beroept, moet dus enkel het bewijs leveren van de toestemming en van het voorwerp van daarvan.

153 Daarnaast moet de eiser ook aantonen dat alle specifieke eigenschappen van de ingeroepen overeenkomst of rechtshandeling aanwezig zijn.

Dat is bijvoorbeeld het geval voor degene die een rechtsvordering instelt op grond van:

- een contract van concessie van alleenverkoop voor onbepaalde duur: de verdeler die beweert concessionaris te zijn, moet bewijzen dat hij voldoet aan de vereiste voorwaarden om zich te kunnen beroepen op de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop (Luik 27 april 1989, *RRD* 1990, 79);
- een verkoopovereenkomst: er moet worden aangetoond dat er een akkoord bestaat over essentiële voorwaarden zoals het betalen van een voorschot en de datum waarop de voorlopige overeenkomst wordt getekend (Rb. Brugge 24 maart 1997, *T.Not.* 1998, 54, noot);
- een leningsovereenkomst (Cass. 14 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 359; Bergen 21 november 1994, *JLMB* 1995, 269; Luik 25 februari 1997, *RRD* 1997, 202, noot C. GOUX; Gent 13 juni 2002, *TGR* 2002, 218; Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599; Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874; Rb. Dendermonde 24 november 1998, *TGR* 1999, 5; Kh. Bergen 4 januari 2007, *DAOR* 2007, 258): het bewijs van het overhandigen van het bedrag volstaat niet om het bestaan van een dergelijk contract te bewijzen (omdat de overhandiging van een geldbedrag zijn oorzaak kan vinden in tal van transacties); wanneer de rechter vaststelt dat het bewijs van de door de verweerder aangevoerde lening niet geleverd is, keert hij de bewijslast niet om ten voordele van de eiser (Cass. 12 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1579);
- een overeenkomst van bewaargeving: wie een zaak in bewaring heeft gegeven en ze terugvoert, moet de overeenkomst van bewaargeving bewijzen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 385, nr. 677; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005VI.2-3, nr. 5111);
- een overeenkomst van schenking: hij die beweert dat een overschrijving van zijn bankrekening een onrechtstreekse schenking uitmaakt, moet de wil om te begiftigen bewijzen (Rb. Namen 8 oktober 1984, *Rec.gén.enr.not.* 1985, 281, noot A.C.); hetzelfde geldt voor een handgift (Bergen 11 juni 2009, *JLMB* 2011, 1286, noot H. ROSOUX; Antwerpen 24 januari 2011, *NJW* 2011, 582, noot K. VANDENBERGHE);
- een aannemingsovereenkomst: de bewaarnemer van een verongelukt voertuig moet het akkoord bewijzen van de eigenaar waardoor hij werd belast met de herstelling van het voertuig (Rb. Brussel 9 november 2010, *JT* 2011, 96);
- een mandaat *ad litem*: al naargelang het geval wie optreedt als eiser, draagt de cliënt van de advocaat de bewijslast (Rb. Brussel 11 februari 2010, *JLMB* 2010, 1443, noot), dan wel de advocaat zelf (Rb. Brussel 22 september 2009, *T.Vred.* 2012, 394, noot F. DE PATOUL);
- een contract van lastgeving (Luik 28 mei 2009, *JLMB* 2012, 488);
- een arbeidsovereenkomst (Arbh. Luik 25 juni 2009, *Ors.* 2010, 24);
- een overeenkomst van borgstelling: degene die zich beroept op een overeenkomst van borgstelling, moet het bestaan en de inhoud daarvan bewijzen (Gent 7 mei 2012, *TGR-TWVR* 2012, 246);
- ...

Ook in dit verband kunnen wettelijke vermoedens een rol spelen. Zo wordt hoofdelijkheid niet vermoed (art. 1202 BW).

154 Ten slotte moet de eiser ook aantonen dat is voldaan aan alle ontstaansvoorwaarden van het recht dat hij uitoefent (Cass. 15 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 59; Cass. 6 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2073; Cass. 2 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 594; Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537).

Wanneer verbintenissen uit overeenkomst werden aangegaan onder een of meer opschortende voorwaarden, geldt eenzelfde bewijslastverdeling. Degene die de uitvoering van de verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen. Aan de verweerder behoort het aan te tonen dat de verbintenis werd aangegaan onder opschortende voorwaarde. Ten slotte moet de eiser bewijzen dat de opschortende voorwaarde zich heeft gerealiseerd of dat de vervulling van de voorwaarde verhinderd werd door een fout van de schuldenaar (Cass. 18 februari 1926, *Pas.* 1926, I, 255; Cass. 26 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 436; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 385, nr. 677; H. DE PAGE, *Traité*, 732, nr. 727). De realisatie van de opschortende voorwaarde is immers een ontstaansvoorwaarde van het recht dat de schuldeiser uitoefent (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 95, nr. 173).

In dezelfde zin heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat, wegens de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen van de partijen bij een wederkerige overeenkomst, de partij bij zo'n overeenkomst die de uitvoering vordert van de op de tegenpartij rustende verbintenissen nadat eerstgenoemde haar eigen verbintenissen heeft uitgevoerd, moet bewijzen dat zij die verbintenissen heeft uitgevoerd of minstens heeft aangeboden ze uit te voeren (Cass. 25 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1237).

155 Wie de geldigheid betwist van een overeenkomst of van een andere rechtshandeling moet aantonen dat die overeenkomst of rechtshandeling niet rechtsgeldig werd aangegaan (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 61, nr. 73; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 69, nr. 108).

Zo moet de verweerder die beweert dat de bewezen toestemming gebrekkig is (bv. door dwaling of bedrog) daarvan het bewijs leveren (Cass. 6 april 1916, *Pas.* 1917, I, 77; Cass. 25 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 478; Gent 8 oktober 2008, *DCCR* 2010, 77, noot E. SWAENPOEL; Brussel 17 oktober 2008, *DCCR* 2010, 86, noot E. SWAENPOEL; Brussel 17 september 2009, *TBH* 2011, 331, noot R. HARDY). Ook hier spelen soms wettelijke vermoedens: krachtens artikel 1116 BW wordt bedrog niet vermoed.

Toepassingen zijn bijvoorbeeld:

- de verzekeraar die de nietigheid inroept van de verzekeringsovereenkomst wegens opzettelijke verzwijging door de verzekeringsnemer (Cass. 3 november 1955, *Pas.* 1956, I, 204; Luik 2 maart 2009, *T.Verz.* 2010, 188);
- degene die de nietigverklaring vordert van een testament wegens ongezondheid van geest van de testator (Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 141, concl. DE RIEMAECKER; Bergen 25 juni 1985, *Rev.not.b.* 1986, 344, noot J.S.; Bergen 16 januari 2009, *JLMB* 2011, 1282, noot S. DESIR);
- degene die de nietigheid inroept van een testament wegens captatie (Brussel 7 juni 1979, *Rev.not.b.* 1982, 43, noot F.L.; Bergen 20 juni 1979, *Rec.gén.enr.not.* 1981, 214, noot; Bergen 12 november 1980, *Rec.gén.enr.not.* 1981, 247; Bergen 25 juni 1985, *Rev.not.b.* 1986, 344, noot J.S.).

Maar, wanneer een wettige erfgenaam een beroep doet op een eigenhandig testament waarin een vroeger authentiek testament wordt herroepen en de door het authentiek testament aangewezen

algemene of bijzondere legatarissen (conform art. 1323 BW) verklaren dat zij de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen, rust de bewijslast en het bewijsrisico nopens de echtheid van het eigenhandig testament op de wettige erfgenaam (Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS). Dat laatste is geen kwestie van geldigheid van de overeenkomst, doch wel van geldigheid van het bewijs daarvan.

Uit artikel 1123 BW volgt impliciet dat de bewijslast van de handelingsonbekwaamheid van de eiser op de verweerder rust (Rb. Gent 27 april 2010, *TVV* 2011, 55; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 58, nr. 100, voetnoot 6).

Hetzelfde geldt voor de schuldenaar die beweert dat de overeenkomst zonder oorzaak werd aangegaan of een valse of ongeoorloofde oorzaak heeft. Aan de feitenrechter behoort het dan na te gaan of er een oorzaak is en die te bepalen. Dat betekent meer bepaald dat de feitenrechter de bewijselementen moet waarderen die door de schuldenaar worden ingeroepen om het bestaan van een oorzaak te betwisten of de gebreken daarvan in te roepen. Enkel wat betreft de ongeoorloofde oorzaak, moet de rechter dat onderzoek ambtshalve doen, aangezien het dan gaat om de openbare orde (Cass. 25 november 1982, *RW* 1984-85, 1437, noot E. DIRIX; Cass. 17 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 927; Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503; Cass. 10 november 2008, C.06.0632.F, www.cass.be en *JT* 2009, 13, noot PG J.-F. LECLERCQ; Gent 9 januari 1981, *RW* 1980-81, 2079; Brussel 15 januari 1985, *JT* 1985, 595, noot F. GLANSDORFF; Brussel 30 april 2003, *RW* 2005-06, 589, noot; Luik 13 maart 2007, *JLMB* 2007, 1355; Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301, noot H. ROSOUX; Rb. Doornik 11 april 1984, *RRD* 1984, 194).

Eenzelfde bewijslastverdeling geldt ten aanzien van degene die beweert dat een constitutief bestanddeel van een overeenkomst of andere rechtshandeling ontbreekt. Denk bijvoorbeeld aan degene die de nietigverklaring vordert van een contract van lijfrente wegens afwezigheid van een kans (Luik 8 juni 1989, *JT* 1990, 11).

Artikel 5 van het koninklijk besluit van 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens van de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen legt ter bescherming van de koper een relatieve nietigheid op wegens de niet-naleving van de bepalingen van dat koninklijk besluit, waarbij de koper die deze nietigheid wenst in te roepen, moet aantonen dat door de toevoeging of wijziging aan de bepalingen van het koninklijk besluit, de rechten die hij haalt uit wettelijke bepalingen, rechtstreeks of onrechtstreeks worden opgeheven of beperkt (Cass. 26 november 2010, *NJW* 2011, 465, noot R. STEENNOT).

B. ONEIGENLIJKE CONTRACTEN

156 Ongeacht de grondslag van de verbintenis in kwestie, moet degene die het bestaan van de verbintenis inroept dat bestaan bewijzen door aan te tonen dat alle constitutieve elementen van die bron van verbintenis voorhanden zijn.

Dat geldt ook ten aanzien van de oneigenlijke contracten (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 384, nr. 677).

157 Zo moet degene die zich beroept op vermogensvermeerdering zonder oorzaak de afwezigheid van een oorzaak van zijn verarming bewijzen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 53, nr. 42), bijvoorbeeld de afwezigheid in zijn hoofde van enige wil om te begiften (Bergen 4 januari 1982, *Rev.not.b.* 1982, 297).

158 Degene die een onverschuldigde betaling terugvordert, moet het bewijs leveren van de betaling en van het onverschuldigd karakter (Luik 21 december 2010, *Or.* 2011, 186; *Arbh.* Luik 21 december 2010, *Ors.* 2011, 26). Tot bewijs van het onverschuldigd karakter moet hij evenwel niet bewijzen niets verschuldigd te zijn uit hoofde van geen enkele oorzaak. Aangenomen wordt dat hij kan volstaan met het bewijs dat hij bij vergissing heeft betaald (art. 1377 BW). Wanneer bijvoorbeeld krachtens de wet of de overeenkomst de werkgever een bepaald bedrag verschuldigd is, kan hetgeen hij teveel betaald heeft vermoed worden onverschuldigd aan de werknemer te zijn betaald (Luik 21 december 2010, *Or.* 2011, 186; *Arbh.* Luik 21 december 2010, *Ors.* 2011, 26) Maar, de eiser zal slechts dan moeten bewijzen dat hij die betaling bij vergissing heeft begaan, indien twijfel mogelijk is betreffende de oorzaak van de bedoelde betaling (Cass. 10 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1044). Indien derhalve de verweerder zich er niet toe beperkt te bevestigen dat de eiser in gebreke blijft te bewijzen dat zijn betaling onverschuldigd is geschied, maar integendeel de rechtshandeling (bv. een overdracht van aandelen) opgeeft uit hoofde waarvan hij de betaling heeft verkregen, dan kan de eiser volstaan met het bewijs van het feit dat die rechtshandeling onbestaande is (Luik 26 februari 1985, *JL* 1985, 384, noot G. DE LEVAL; *anders*: Cass. 21 april 1966, *Pas.* 1966, I, 1057).

C. ANDERE

159 Zo moet de overheid die een belasting oplegt, het bestaan en het bedrag van de aanslag in de belasting aantonen, wanneer die door de belastingschuldige wordt betwist (Cass. 17 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 947).

160 Zo ook moet de werknemer het bewijs leveren van zijn arbeidsongeschiktheid die hem zijn recht op gewaarborgd weekloon garandeert (Cass. 5 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 476).

161 De regels inzake de bewijsvoering en de bewijslast worden geschonden door de rechter die, met betrekking tot de toepassing van artikel 8, § 2 KB 18 december 1979 houdende reglementering, voor het Vlaamse Gewest, van het huurstelsel betreffende de woningen die aan de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting of aan door haar erkende vennootschappen toebehoren, oordeelt dat een erkende vennootschap niet ertoe gehouden is ter staving van de aangerekende bedragen verantwoordingsstukken aan haar huurders voor te leggen, op grond dat zij enkel de onderrichtingen van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting moet volgen en die overlegging haar door deze laatste niet is opgelegd (Cass. 25 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 697 en *RW* 1985-86, 1155, noot B. HUBEAU).

162 Volgens artikel 14 van de statuten van de Waarborgkas van de wisselagenten, aangenomen bij koninklijk besluit van 19 november 1986, is het waarborgfonds bestemd voor het aanzuiveren van de beroepsverbintenissen van de leden voor zover deze verbintenissen betrekking hebben op de roerende waarden. Wie een beroep wil doen op de interventie van dat waarborgfonds, moet aantonen dat de voorwaarden voor een dergelijke interventie vervuld zijn (Cass. 28 juni 2010, *Pas.* 2010, 2086).

163 Het neerleggen van een door hem opgemaakt plan van zijn jachtterrein ontslaat de indiener ervan niet om in geval van betwisting van zijn jachtrechten voor de rechtbank, dit jachtrecht te bewijzen (Cass. 24 juni 2010, *TMR* 2011, 622).

§ 2. Uitvoering van de verbintenis

164 Eens het bestaan en de inhoud van de verbintenis bewezen is, bestaat ten voordele van de schuldeiser een (impliciet) wettelijk vermoeden van algehele niet-uitvoering van de verbintenis. Aan de schuldenaar behoort het bijgevolg de uitvoering van zijn verbintenis te bewijzen.

In een geval waarin een koper door de verkoper was gedagvaard tot betaling van lege vaten die hij beweerde te hebben teruggegeven, was door de feitenrechter geoordeeld dat op de verkoper de bewijslast rustte dat de vaten niet waren teruggegeven. Die uitspraak werd door het Hof van Cassatie verbroken wegens schending van artikel 1315 BW (Cass. 26 december 1911, *Pas.* 1912, I, 58).

Overeenkomstig artikel 533 Venn.W. moet de oproeping van de aandeelhouders ten minste vijftien dagen voor het plaatsvinden van de algemene vergadering geschieden. De bewijslast inzake het naleven van de termijn rust op de vennootschap (Brussel 5 mei 2010, *TBH* 2012, 43, noot N. COOREMAN en H. DE WULF).

De lasthebber die beweert de contractuele verbintenis van rekening en verantwoording (art. 1993 BW) te hebben uitgevoerd, draagt daarvan de bewijslast (Antwerpen 1 februari 2010, *P&B* 2011, 42).

§ 3. Onvolledige of slechte uitvoering

165 De schuldeiser die van oordeel is dat de door de schuldenaar aangevoerde feiten geen volledige uitvoering impliceren of dat die uitvoering gebrekkig is, draagt daarvan de bewijslast.

A. CONTRACTUELE, DELICTUELE OF QUASI-DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID

166 Bij een delictuele of *quasi*-delictuele aansprakelijkheidsvordering gegrond op de artikelen 1382-1383 BW moet het slachtoffer het bestaan bewijzen

zen van een fout of van een gebrek aan voorzorg van degene die wordt aangesproken, van schade en van het oorzakelijk verband tussen beide (Cass. 5 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1233, noot; Cass. 13 oktober 1995, *Arr.Cass.* 1995, 886; Cass. 23 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 847; Cass. 19 juni 1998, *RW* 1999-2000, 147; Cass. 1 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 549, concl. T. WERQUIN, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *RW* 2004-05, 106, noot I. BOONE, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN en *J.dr.jeun.* 2004, 44, noot; Cass. 12 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1914, *RGAR* 2007, nr. 14296, noot en *RW* 2008-09, 667, noot; Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE; Cass. 17 december 2009, *TBH* 2010, 278 en *TROS-Nieuwsbrief* 2010, 6, noot D. LINDEMANS; Cass. 18 november 2011, www.cass.be (12 december 2011), concl. WERQUIN).

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat degene die de aansprakelijkheid van het RIZIV betrokken acht wegens toepassing van een onwettig ministerieel besluit, moet aantonen dat dit ministerieel besluit onwettig is, dat het RIZIV een fout heeft begaan door dat onwettig besluit toe te passen en dat die fout oorzaak is van de schade waarvan hij vergoeding vordert (Arbh. Bergen 1 februari 2012, *JLMB* 2012, 1482).

167 Wordt een samengestelde aansprakelijkheid (bv. de artikelen 1384, 1385 of 1386 BW) ingeroepen of een objectieve aansprakelijkheid (bv. de productaansprakelijkheid), dan moet de benadeelde alle toepassingsvoorwaarden van de desbetreffende wetsbepalingen bewijzen. Zie bijvoorbeeld inzake aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken: Cass. 11 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 857, noot; Cass. 28 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 163; Cass. 17 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 645; Bergen 10 april 1984, *RRD* 1985, 41; Luik 27 juni 2011, *Rev.dr.ULg* 2011, 543, noot P. LECOCQ en A. SALVE. Zie bijvoorbeeld inzake aansprakelijkheid voor schade aan derden op het aardoppervlak veroorzaakt door buitenlandse luchtvaartuigen: Cass. 1 februari 2010, *RW* 2012-13, 211; in dezelfde zaak: Antwerpen 7 december 2011, *NJW* 2012, 599, noot I. BOONE; X., “Wie moet bewijzen dat ballon (niet) te laag vliegt?”, *Verzekeringsnieuws* 2012, afl. 40, 1-3.

168 Een gelijkaardige regeling geldt bij contractuele aansprakelijkheid. Het slachtoffer draagt de bewijslast van een contractuele wanprestatie, van schade en van oorzakelijk verband tussen beide. Wanneer bijvoorbeeld een werknemer meent dat zijn werkgever misbruik heeft gemaakt van het recht om hem te ontslaan, moet hij (voor zover hij het misbruik van het ontslagrecht op contractuele grondslag steunt) de contractuele wanprestatie van de werkgever, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide aantonen (Arbrb. Namen 8 november 2010, *Rev.dr.commun.* 2011, 15).

B. HET ONDERSCHIED TUSSEN RESULTAATSVERBINTENISSEN EN INSPANNINGSVERBINTENISSEN

169 Ongeacht de bron van de verbintenis in kwestie (contract of andere), is inzake de subjectieve bewijslast bij aansprakelijkheid de kwalificatie van de betrokken verbintenis en in het bijzonder het onderscheid tussen resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen van groot belang (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, *Introduction. Sources des obligations (Première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 39 e.v., nr. 15 e.v.; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 661; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 67-68, nr. 84; D. MOUGENOT, *La preuve*, 95, nr. 28; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 77-79, nr. 128 e.v.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 176-180, nrs. 174-178).

170 Met een resultaatsverbintenis (de enige soort verbintenis die de wetgever bij de redactie van artikel 1315 BW voor ogen had) verbindt de schuldenaar zich ertoe om een bepaald resultaat te bereiken. De schuldeiser die inroept dat de schuldenaar van een dergelijke verbintenis in gebreke blijft, moet enkel het bestaan van de verbintenis bewijzen. Een fout of onzorgvuldigheid van de schuldenaar moet niet worden bewezen (Cass. 23 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 357). De fout wordt hier vermoed zodat de bewijslast verschuift naar de schuldenaar (Cass. 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1718). Wil de schuldenaar ontkomen aan aansprakelijkheid, dan moet hij de nakoming van de verbintenis bewijzen of het bewijs leveren dat de niet-nakoming gerechtvaardigd wordt door overmacht of, meer algemeen, door enige rechtvaardigingsgrond (Cass. 10 december 1953, *Pas.* 1954, I, 290; Cass. 26 november 1954, *Pas.* 1955, I, 271; Cass. 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1718). Wanneer een sanctie (bv. de betaling van een schadevergoeding) “van rechtswege” is bedongen in geval van vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, moet de contractuele schuldeiser niet het bewijs leveren van het feit dat die vertraging het gevolg is van de wanprestatie van de schuldenaar (Cass. 23 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 357). Het volstaat dat de schuldeiser het bestaan van de verbintenis bewijst. Aan de schuldenaar komt het vervolgens toe aan te tonen dat het overeengekomen resultaat ofwel werd bereikt, ofwel niet werd bereikt door toeval of overmacht (*anders*: Antwerpen 20 september 2010, *TBBR* 2012, 277).

171 Met een inspanningsverbintenis verbindt de schuldenaar zich ertoe om de nodige inspanningen te leveren of om bepaalde middelen aan te wenden om een beoogd of gewenst resultaat te bereiken, zonder dat hij belooft daarin te zullen slagen. De schuldeiser die beweert dat de schuldenaar een door hem aangegane inspanningsverbintenis niet is nagekomen, moet niet slechts het bestaan van de verbintenis bewijzen, doch – in geval van afwezigheid van bewijs door de schuldenaar van het bereiken van het resultaat – ook het specifieke gebrek aan voorzorg dat heeft geleid tot die niet-nakoming van de verbintenis. De schuldeiser zal dus ook moeten aantonen dat de schulde-

naar zich niet heeft gedragen als een goede huisvader, zijnde als een normaal zorgvuldig en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde concrete externe omstandigheden (Cass. 26 februari 1962, *Pas.* 1962, I, 723, noot; Cass. 26 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 773; Brussel 26 maart 2009, *TBH* 2011, 353). Bij een inspanningsverbintenis is de bewijslast voor de schuldeiser dus aanzienlijk zwaarder dan bij een resultaatsverbintenis. Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de bewijslast dat de kredietgever in gebreke is gebleven aan zijn verplichting tot onderzoek van de financiële toestand en van de capaciteit tot terugbetaling van de consument die een kredietovereenkomst heeft aangevraagd, op de consument rust, onverminderd de verplichting van de kredietgever om, binnen de wettelijk bepaalde grenzen, bij te dragen tot het bewijs (Cass. 10 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1998; Vred. Zomergem 14 juli 2009, *RW* 2010-11, 122). Slaagt de consument in die bewijslast, dan gaat de kredietgever enkel vrijuit wanneer hij bewijst dat overmacht zijn gedrag rechtvaardigt.

Een andere mooie illustratie van de subjectieve bewijslastverdeling bij inspanningsverbintenissen is te vinden in de rechtspraak aangaande de al dan niet uitvoering van de informatieverplichting die dikwijls op professionelen (artsen, notarissen, bankiers, architecten, advocaten...) rust (zie daarover o.m.: J. GOEMAERE, "Libris propos sur la charge de la preuve relative au devoir de conseil du notaire", in X., *Liber amicorum Jean-François Taymans*, Brussel, Bruylant, 2012, 195-201). In zijn arrest van 16 december 2004 (Cass. 16 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 2081, *RW* 2004-05, 1553, noot H. NYS en *T.Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN), dat betrekking heeft op de informatieverplichting van de geneesheer, overweegt het Hof van Cassatie dienaangaande dat:

- krachtens artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek, iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert;
- bij een civielrechtelijke betwisting inzake te vergoeden schade, de bewijslast van de fout, de schade en het oorzakelijk verband behoort aan degene die vergoeding vordert voor de schade die hij heeft geleden;
- hieraan geen afbreuk wordt gedaan door artikel 1315, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek volgens hetwelk hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht;
- hieruit volgt dat de patiënt die aanvoert dat de arts niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, en dat hij daardoor schade heeft geleden, het bewijs daarvan moet leveren;
- de rechter weliswaar vermag te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigd feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermag de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen;
- het arrest oordeelt dat de eisers in de gegeven omstandigheden de last dragen om het bewijs te leveren dat hun rechtsvoorganger zich op correcte wijze van zijn informatieverplichting heeft gekweten en aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt.

Zie in dezelfde zin Brussel 23 september 2010, *TBH* 2012, 357, noot O. STEVENS (*inzake bankiers*); Rb. Brussel 4 januari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14.654; Rb. Brussel 11 februari 2010, *JLMB* 2010, 1443, noot; Vred. Gent 11 juli 1997, *T.Vred.* 1998, 562.

Afwijkende rechtspraak op dit punt: Cass. 14 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2200, concl. J. DU JARDIN; Cass. 28 februari 2002, *T.Gez.* 2002-03, 12, concl. G. DUBRULLE; Luik 30 april 1998, *T.Gez.* 1998-99, 139, noot T. VANSWEEVELT; Antwerpen 22 juni 1998, *T.Not.* 1998, 506; Luik 8 december 2009, *JLMB* 2010, 1325, noot.

172 Het onderscheid tussen resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen is ingegeven door redenen van *bewijs geschiktheid* (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 79, nr. 134). Om dezelfde reden wordt

het op het vlak van de subjectieve bewijslastverdeling in een dubbel opzicht gematigd:

- bij een resultaatsverbintenis om iets niet te doen, moet de schuldeiser bewijzen dat de schuldenaar de verboden handeling wel heeft gesteld (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005VI.2-3, nr. 5106; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 68, nr. 85; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 80-81, nr. 136 e.v.);
- ingeval de resultaatsverbintenis gedeeltelijk of slecht werd uitgevoerd, moet de schuldeiser het ontoereikend karakter aantonen van de uitvoering die aan de verbintenis werd gegeven (Cass. 10 december 1953, *Pas.* 1954, I, 290; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 81-83, nr. 139 e.v.).

173 Welk soort verbintenis precies voorhanden is, wordt soeverein door de feitenrechter beoordeeld. Die beoordeling ontsnapt aan de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie (Cass. 7 februari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 529; Cass. 5 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2662, *RW* 2005-06, 420, noot A. VAN OEVELEN en *TBBR* 2004, 203, noot W. GOOSSENS; D. MOUGENOT, *La preuve*, 95, nr. 28). Wanneer de verbintenis haar oorsprong vindt in een overeenkomst of in een eenzijdige rechtshandeling, is de bedoeling van de partij(en) beslissend (Cass. 3 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1147, concl. E. KRINGS; Cass. 18 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1195, noot). De bedoeling van de partijen kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn geuit. Aan de rechter behoort het die bedoeling vast te stellen, desnoods via de regels van de uitlegging van overeenkomsten (art. 1156 e.v. BW). Gaat het daarentegen om een verbintenis die voortvloeit uit de wet, dan is de bedoeling van de wetgever doorslaggevend. Ook die kan uitdrukkelijk of stilzwijgend uitgedrukt zijn. Kan de rechter de bedoeling van de partijen of van de wetgever niet achterhalen, dan kan hij teruggrijpen naar het criterium van de kans dat het beoogde resultaat normalerwijze niet wordt bereikt. Is die kans onbestaande of miniem (bv. de verbintenis van de vervoerder om personen of goederen naar een bepaalde bestemming te brengen), dan is de betrokken verbintenis een resultaatsverbintenis. Is die kans daarentegen min of meer bestaande (bv. de verbintenis van de geneesheer om een patiënt te genezen) dan gaat het om een inspanningsverbintenis (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, *Introduction. Sources des obligations (Première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 41, nr. 16).

C. DE EXCEPTIE VAN NIET-UITVOERING VAN EEN WEDERKERIGE OVEREENKOMST

174 Bij herhaling heeft het Hof van Cassatie beslist dat in een wederkerige overeenkomst een partij de uitvoering van haar verbintenissen mag opschorten indien zij bewijst dat haar

medecontractant in gebreke is gebleven zijn verbintenissen uit die overeenkomst uit te voeren (Cass. 24 april 1947, *RCJB* 1949, 131, noot DE BERSAQUES; Cass. 13 januari 1949, *Arr.Cass.* 1949, 26; Cass. 2 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 946; Cass. 15 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1112; Cass. 21 november 2003, *TBBR* 2006, 39, noot P. WERY; Cass. 13 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 845; Cass. 28 januari 2005, *RW* 2006-07, 476, noot; Cass. 29 november 2007, *RW* 2010-11, 1052; Cass. 24 september 2009, *RW* 2010-11, 1346, noot J. DE WEGGHELEIRE en *TBBR* 2012, 158, noot M. DAMBRE; in dezelfde zin Antwerpen 9 december 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 112, noot H. VAN GOMPEL).

175 Betwisting bestaat over de vraag of deze cassatierechtspraak al dan niet verenigbaar is met het cassatiearrest van 25 juni 2004 (*Arr.Cass.* 2004, 1237) waarbij wordt geoordeeld dat, wegens de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen van de partijen bij een wederkerige overeenkomst, de partij bij zo'n overeenkomst die de uitvoering vordert van de op de tegenpartij rustende verbintenissen nadat zijzelf haar eigen verbintenissen heeft uitgevoerd, moet bewijzen dat zij die verbintenissen heeft uitgevoerd of minstens heeft aangeboden ze uit te voeren (D. MOUGENOT, "La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?", *DAOR* 2006, 310 e.v.).

Sommigen bekritisieren eerstbedoelde cassatierechtspraak omdat de *exceptio non adimpleti contractus* geen bevrijding van de schuldenaar teweegbrengt en daarom ten aanzien van de schuldenaar die zich daarop beroept, geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 1315, tweede lid BW. Aan de schuldeiser komt het wel integendeel toe de grondslag van zijn recht te bewijzen, meer bepaald de uitvoering van zijn eigen verbintenissen (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, 120-124).

Anderen menen de hierboven bedoelde cassatierechtspraak te kunnen verzoenen door erop te wijzen dat de verweerder die zich beroept op de exceptie van niet-uitvoering het bestaan van de overeenkomst erkent en daardoor, conform artikel 1315 BW, de bewijslast overneemt, terwijl de verweerder die enkel aanvoert dat de eiser niet slaagt in het bewijs van zijn recht op betaling de bewijslast niet overneemt. In dat laatste geval moet de eiser eerst de grondslag van zijn vordering (de uitvoering van zijn eigen verbintenissen) aantonen. Afhankelijk van de houding van de verweerder zou de eiser derhalve al dan niet de bewijslast behouden (L. SIMONT, "La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation" in X., *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 29; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)", *P&B* 2010, 22, nr. 53).

Terecht wordt gewezen op nog een derde weg om de ogenschijnlijk onderling tegenstrijdige cassatierechtspraak waarvan hierboven sprake te verzoenen (B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit

Gent, 2010, 13, nr. 18; vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 91-94, nr. 162 e.v.). Uitgangspunt is dat de eiser het bewijs moet leveren van alle ontstaansvoorwaarden van zijn recht. Hij moet dus het bestaan van de verbintenissen van de verweerder en de uitvoering van zijn voorafgaande verbintenissen aantonen. Wat betreft het bewijs van de uitvoering van zijn voorafgaande verbintenissen, kan de eiser ermee volstaan feiten aan te tonen die als een dergelijke uitvoering kunnen gelden. De verweerder die meent dat de aldus door de eiser aangevoerde feiten niet bewezen zijn en dus geen volledige uitvoering impliceren of dat die uitvoering gebrekkig is, voegt aan de betwisting een nieuw element toe en dus een exceptie in de zin van artikel 1315, tweede lid BW waarvan hij derhalve de bewijslast draagt (vgl. Cass. 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537).

Die derde zienswijze kent bijval in de rechtsleer (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597, nr. 16). Een eenvoudig criterium laat toe de kwestie op te lossen: de schuldeiser moet het bestaan van de uitvoering bewijzen, terwijl de schuldenaar moet aantonen dat de uitvoering niet naar behoren is gebeurd.

D. GERECHTELIJKE ONTBINDING EN EENZIJDIGE BUITENGERECHTELIJKE ONTBINDING

176 Eenzelfde bewijslastverdeling geldt wanneer de verweerder zich niet beperkt tot het inroepen van de exceptie van niet-uitvoering van de overeenkomst, doch wel integendeel een vordering tot ontbinding op grond van artikel 1184 BW formuleert, al dan niet met bijkomende schadevergoeding (Cass. 13 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2237; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313).

177 Ook bij eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding draagt de schuldeiser de bewijslast van de (ernstige) contractuele wanprestatie van de schuldenaar (Bergen 22 oktober 2007, *TBBR* 2010, 38).

§ 4. Tenietgaan van de verbintenis (anders dan door uitvoering)

178 De schuldenaar die beweert bevrijd te zijn van de bewezen verbintenis, moet het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht (art. 1315, tweede lid BW). Schendt de regels van de bewijslast niet, het arrest dat aan de schuldenaar die beweert bevrijd te zijn van de uitvoering van zijn verbintenis, de bewijslast oplegt van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht (Cass. 26 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 436).

Zo werd beslist dat de partij in een arbeidsovereenkomst (werkgever) die beweert bevrijd te zijn van haar verplichtingen om die overeenkomst uit te voeren omdat de andere partij (werknemer) in gebreke is gebleven (herhaalde

ongerechtvaardigde afwezigheden op het werk) en aldus haar wil te kennen heeft gegeven de overeenkomst te wijzigen en bijgevolg te beëindigen, het bewijs moet leveren van de wil van de andere partij. Het arrest dat uitspraak doet over de vordering van de werknemer tot het betalen van een opzeggingsvergoeding en een eindejaarspremie en daarbij de bewijslast van de intentie van de werknemer om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te beëindigen bij de werkgever legt, schendt de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. niet (Cass. 22 oktober 2012, AR S.11.0087.F, www.cass.be).

179 Zo werd geoordeeld dat degene die zich op de in artikel 2272, eerste lid BW bepaalde kwijtende verjaring beroept, daarvan het bewijs moet leveren (Cass. 15 januari 1999, *RW* 2001-02, 451).

180 De schuldenaar die een ontbindende voorwaarde inroept, moet bewijzen dat die voorwaarde zich heeft gerealiseerd (Cass. 5 april 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1018).

181 Wie zich beroept op een wettelijke grond tot aansprakelijkheidsontheffing, draagt de bewijslast van het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden daarvan. In het geval dat heeft geleid tot het cassatiearrest van 26 januari 2001 (*Arr.Cass.* 2001, 170) sprak de verzekeraar, gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar, de reder aan tot vergoeding van de schade wegens niet-nakoming van zijn leveringsplicht. De reder beriep zich evenwel op artikel 91, § IV, 2, b van de zeewet dat voorziet in een aansprakelijkheidsontheffing wegens brand. Het hof van beroep oordeelde dat de reder niet met voldoende zekerheid kon aantonen hoeveel balen katoen er precies door de brand werden vernield en dat hij bij gebreke van dit bewijs de koopwaar integraal moest vergoeden. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest niet en oordeelde dat het arrest dat aan de reder die beweert bevrijd te zijn de bewijslast oplegt van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht, de regels van de bewijslast niet schendt.

182 De bewijslast van overmacht ligt bij de schuldenaar (Cass. 18 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1059; Kh. Luik 3 maart 1962, *JL* 1962-63, 172, noot M.H.; Kh. Brussel 27 december 1962, *JCB* 1963, 15, noot R. DEB).

183 In een geval waarin de aansprakelijke een eigen fout van het slachtoffer inriep, oordeelde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 september 1997 (*Arr.Cass.* 1997, 364) dat:

- bij civielrechtelijke betwisting inzake te vergoeden schade de bewijslast van fout, schade en oorzakelijk verband behoort aan degene die vergoeding vordert en inzake de aanvoering van een eigen fout van het slachtoffer en het oorzakelijk verband hiermee aan degene die op deze grond de gevorderde vergoeding betwist;
- derhalve bij eigen fout van het slachtoffer de schadevorderende partij niet moet bewijzen dat er geen oorzakelijk verband is tussen een fout van het

slachtoffer en de schade zoals deze zich *in concreto* heeft voorgedaan, maar de in schadevergoeding aangesproken partij bewijslast heeft voor de feiten die naar haar bewering de schadevordering zouden aantasten.

Eenzelfde regeling geldt wanneer de bewaker van een dier het (onweerlegbaar) aansprakelijkheidsvermoeden van artikel 1385 BW poogt te ontlopen door de eigen fout van het slachtoffer in te roepen (Cass. 16 september 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 62; Cass. 12 oktober 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 284).

184 Op dit punt heeft het delictuele karakter van de aansprakelijkheidsvordering zijn invloed op de bewijslastverdeling (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 597, nr. 15). Wanneer een rechtsvordering voor de burgerlijke rechter gegrond is op een strafrechtelijk misdrijf, dan gelden de bewijsregels in strafzaken wat betreft het bewijs van dat misdrijf (omdat het toepasselijke bewijsstelsel niet afhankelijk is van de aard van de procedure) en moet de eiser bijgevolg bewijzen dat alle constitutieve bestanddelen van dat misdrijf voorhanden zijn, alsook aantonen dat het misdrijf aan de verweerder kan worden aangerekend (Cass. 5 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1233; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 567; Cass. 16 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 782; Cass. 4 december 1992, *RW* 1992-93, 1387; Cass. 30 september 1993, *RW* 1993-94, 784; Cass. 22 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1158; Cass. 13 november 1997, *Bull.ass.* 1998, 233; Cass. 21 januari 2000 *Arr.Cass.* 2000, 170; Cass. 30 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1492; Cass. 7 maart 2005, *RW* 2005-06, 785, noot S. MOSSELMANS; Cass. 11 juni 2010, *Pas.* 2010, 1844; Brussel 8 januari 2007, *RGAR* 2007, nr. 14.286). Roept de verweerder een rechtvaardigingsgrond in die niet van alle geloofwaardigheid is ontbloot, dan zal de eiser bovendien moeten aantonen dat die rechtvaardigingsgrond niet voorhanden is (Cass. 8 september 1960, *Arr.Cass.* 1961, 29; Cass. 7 september 1972, *Arr.Cass.* 1973, 25 en *RCJB* 1975, 370, noot A. KOHL; Cass. 7 februari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 614; Cass. 17 oktober 1974, *Arr.Cass.* 1975, 232; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 567; Cass. 3 juni 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1340; Cass. 31 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1148; Cass. 4 december 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1387; Cass. 30 september 1993, *Arr.Cass.* 1993, 784; Cass. 22 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1158; Cass. 14 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2200, concl. J. DU JARDIN; Cass. 2 januari 2003, www.cass.be, concl. PG J. DU JARDIN; Cass. 30 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1492; Cass. 7 maart 2005, *RW* 2005-06, 785, noot S. MOSSELMANS; Cass. 11 juni 2010, *Pas.* 2010, 1844; Luik 18 oktober 1993, *JLMB* 1994, 1322; Bergen 10 juni 1994, *JLMB* 1995, 711; Brussel 8 januari 2007, *RGAR* 2007, nr. 14.286; Rb. Luik 15 februari 2011, *T.Verz.* 2012, 279). Dat belet de wetgever niet een strafrechtelijk gesanctioneerde resultaatsverbintenis in het leven te roepen, in welk geval het aan de schuldeiser toekomt te bewijzen dat het resultaat niet werd bereikt en aan de schuldenaar de afwezigheid van een fout van zijn kant door aan te tonen dat die toestand te wijten is aan een vreemde oorzaak die als een volstreekte onmogelijkheid van uitvoering moet worden begrepen (Cass. ARP. 11.1611.F 14 november 2012, <http://www.cass.be>).

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de beslissing waarbij de BA-autoverzekeraar die zich beroept op overmacht in hoofde van haar verzekerde ertoe wordt verplicht de onvoorzienbaarheid te bewijzen van de hartstoornis die als verantwoordingsgrond werd aangevoerd, zonder vast te stellen dat deze grond ontdaan is van elk gegeven dat toestaat er geloof aan te hechten, niet wettelijk verantwoord is (Cass. 30 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1492).

In dezelfde zin werd beslist dat de beweerde overtreder van de Wegcode, die aanvoert dat de gebeurlijk foutieve aanrijding het gevolg was van het hinderend rijgedrag van een onbekende bestuurder, bij gebrek aan vaststelling dat die rechtvaardigingsgrond alle geloofwaardigheid mist, bezwaarlijk het bewijsrisico kan dragen (Cass. 7 maart 2005, *RW* 2005-06, 785, noot S. MOSSELMANS).

Voorwaarde is wel dat beklagde met een aannemelijke waarschijnlijkheid aanbrengt dat een crisis van epilepsie, die hij niet kon voorzien noch beheersen, aan de basis lag van een ongeval. Pas dan rust op de vervolgende partij of op de burgerlijke partij de last te bewijzen dat deze verschoningsgrond niet bestaat. Door zich ertegen te verzetten dat de gerechtelijk deskundige in het kader van de feiten, voorwerp van het geding, en gelet op zijn medische voorgaanden kennisneemt van zijn medisch dossier, brengt de beklagde geen geloofwaardige grond van overmacht aan (Corr. Hoei 2 oktober 2009, *T.Pol.* 2011, 37).

De oorzaak van die zwaardere bewijslast bij burgerlijke vorderingen tot schadeloosstelling gegrond op een strafrechtelijk misdrijf moet worden gezocht in de essentiële kenmerken van het strafrechtelijk bewijsrecht. In strafzaken geldt het beschikkingsbeginsel niet. Aan de strafrechter is het wel toegestaan om actief naar de objectieve waarheid te zoeken. Het bewijs van het misdrijf moet in strafzaken door het Openbaar Ministerie worden geleverd volgens de regels van het Wetboek van Strafvordering, met inachtneming van het vermoeden van onschuld van de verdachte. Dat laatste geldt evenzeer voor het slachtoffer dat een op een strafrechtelijk misdrijf gegronde vordering tot schadeloosstelling formuleert in een burgerlijk geding (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 654-655).

De verplichting voor de vervolgende partij om aan te tonen dat een verweermiddel onjuist is slaat niet op de beweringen die geen verband houden zowel met de bestanddelen van het misdrijf als met de omstandigheden op grond waarvan het misdrijf als onbestaande of als verschoond moet worden beschouwd (Cass. 28 maart 2012, www.cass.be (11 april 2012), concl. VANDERMEERSCH).

§ 5. Enkele bijzondere overeenkomsten

A. DE HUUROVEREENKOMST

185 De huurder die aanspraak maakt op huurhervorming draagt de last van het bewijs dat er een huurovereenkomst bestaat die het recht op huurhervorming voor hem insluit (Cass. 14 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 168).

186 De huurder die aanspraak maakt op de vergoeding bepaald in artikel 3, § 2 huurwet 1991 moet bewijzen dat de verhuurder het goed niet heeft betrokken onder de voorwaarden en binnen de termijnen die in dat artikel zijn bepaald (Cass. 20 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1368).

187 In dezelfde zin werd geoordeeld dat de huurder die regelmatig zijn wil heeft te kennen gegeven om gebruik te maken van het recht op hernieuwing van een handelshuur, doch wiens aanbod is afgewezen ten gevolge van het aanbod van een meerbiedende derde, en die beweert recht te hebben op de vergoeding waarin artikel 25, 4° handelshuurwet voorziet ten gunste van de huurder die een ernstig aanbod heeft gedaan, moet bewijzen dat hij de wettelijke voorwaarden vervult en bijgevolg onder meer aantonen dat zijn aanbod ernstig is (Cass. 21 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 751).

188 Het behoort aan de verhuurder die zich beklaagt over een tekortkoming van de huurder aan diens verplichting tot teruggave van het gehuurde pand in goede staat, daarvan het bewijs aan te brengen (Vred. Zomergem 9 mei 2008, *Huur* 2010, 101). De verhuurder die op het einde van de huur de sleutels van het pand zonder voorbehoud en zonder plaatsbeschrijving aanvaardt, verliest alle mogelijkheid tot bewijs van huurschade (Rb. Luik 4 juni 1984, *JL* 1984, 372). De bewijslast van slijtage ingevolge normaal gebruik, overmacht of fout van een derde ligt bij de huurder (Vred. Zomergem 9 mei 2008, *Huur* 2010, 101).

B. DE PACHTOVEREENKOMST

189 De verpachter van een landeigendom die een rechtsvordering instelt tot geldigverklaring van de opzegging om het verpachte goed zelf te exploiteren, moet het bewijs leveren dat de door hem aangevoerde reden gegrond is en dat zijn voornemen oprecht is (Cass. 3 januari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 482; Cass. 1 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 135, *RW* 1976-77, 1575, noot en *Rec.gén.enr.not.* 1978, 296, noot).

C. DE AANNEMINGSOVEREENKOMST

190 Het behoort aan de bouwheer die beweert dat de architect zijn prestaties kosteloos heeft verricht, het vermoeden van bezwarend karakter van de aannemingsovereenkomst te weerleggen (Luik 9 december 1988, *JLMB* 1990, 443, noot P.H.).

191 Het arrest dat oordeelt dat de opdrachtgever die zich heeft beroepen op het voordeel van (het door het KB van 29 januari 1997, *BS* 13 februari 1997, opgeheven) artikel 43 MB 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten (om te eisen dat de werken die niet aan de bepalingen en voorwaarden van de opdracht voldoen of niet volgens de regels van vakmanschap en bouwkunde zijn uitgevoerd, moesten worden gesloopt en herbouwd), moet bewijzen dat de voorwaarden voor toepassing van dat artikel vervuld zijn, miskent de aard van de aangevoerde verplichting niet en verlegt evenmin de bewijslast (Cass. 22 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1237). Aanvaard werd dat de aannemer het bewijs van het bestaan van de verbintenis van de opdrachtgever (tot voorlopige oplevering van de werken en tot betaling van het saldo van de aannemingsprijs) had geleverd (doordat vaststond dat de litigieuze werken tijdig waren uitgevoerd). Aangezien het geschil betrekking

had op de toepassing van het voormelde artikel 43 en dus op een moeilijkheid die was ontstaan na de uitvoering van de werken (de bekleding van een trap zou niet op de juiste wijze zijn gekleefd), moest de opdrachtgever die daarom beweerde bevrijd te zijn daarvan het bewijs leveren. De stelling van de opdrachtgever dat de aannemer, die de nakoming vorderde van de verplichting van de opdrachtgever tot voorlopige oplevering van de werken, behoorde aan te tonen dat de voorwaarden voor de oplevering vervuld waren en dat de oplevering bijgevolg onterecht was geweigerd (omdat de bekleding van de trap volgens de regels van vakmanschap werd uitgevoerd), werd afgewezen.

D. DE VERKOOPOVEREENKOMST

192 Bewijsrechtelijk geeft de verkoopovereenkomst aanleiding tot diverse problemen (zie daarover F. MOURLON-BEERNAERT, “La preuve de la vente” in *Manuel de la Vente*, Kluwer, 2010, 119 e.v.). Wat de subjectieve bewijslast betreft, situeren die problemen zich vooral op het vlak van de leveringsplicht van de verkoper en van de stilzwijgende aanvaarding door de koper van de factuur.

1. Bestaan van de verkoopovereenkomst

193 Het sluiten van een verkoopovereenkomst met de Belgische staat is krachtens het lastenboek onderworpen aan de goedkeuring van de minister. Het bewijs van die goedkeuring komt ten laste van de Belgische staat die het contract inroept (Cass. 14 februari 1946, *Arr.Cass.* 1946, 64).

2. De leveringsplicht van de verkoper

194 Een bijzondere kwestie betreft de vraag naar de subjectieve bewijslastverdeling in verband met de leveringsplicht van de verkoper (zijnde een resultaatsverbintenis). Krachtens zijn leveringsplicht is de verkoper ertoe gehouden aan de koper de verkochte zaak te leveren, of, indien het om soortzaken gaat, zaken die beantwoorden aan deze voorwerp van de verkoopovereenkomst. Daartegenover staat de verplichting van de koper om de geleverde zaak te aanvaarden en daardoor te bevestigen dat de geleverde zaak overeenstemt met de verkochte zaak en dat zij niet behept is met zichtbare gebreken. Op wie rust de bewijslast in geval van betwisting tussen de verkoper en de koper omtrent de conformiteit van de geleverde zaak met de verkochte zaak?

195 In de rechtsleer zijn de meningen daarover verdeeld (zie daarover D. MOUGENOT, *La preuve*, 96, nr. 28; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2278-2279, nr. 1666).

Sommigen verdedigen dat, krachtens artikel 1315, tweede lid BW, de bewijslast van de conformiteit in ieder geval bij de verkoper ligt (H. DE PAGE, *Traité élémentaire du droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1972, t. IV, nr. 99-2^o). Anderen zijn daarentegen van oordeel dat de niet-conformiteit altijd door de koper moet worden bewezen (Kh. Sint-Niklaas 5 maart 1957, *RW* 1957-58, 1913; Kh. Sint-Niklaas 27 april 1965, *Pas.* 1966, III, 59; Kh. Kortrijk 16 februari 1995, *RW* 1995-96, 1351).

Doorgaans wordt in de rechtsleer en in de rechtspraak een meer genuanceerde opvatting verdedigd waarbij de bewijslast soms op de verkoper, soms op de koper wordt gelegd (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 62, nr. 75; P. COPPENS, noot onder Luik 19 januari 1949, *JL* 1949, 56).

196 Een meerderheidsopvatting (Luik 16 november 1948, *RCJB* 1950, 117 noot P. COPPENS; Luik 18 januari 1949, *JL* 1949, 56; Gent 1 februari 1952, *RCJB* 1952, 2002, noot J. HEENEN; Bergen 10 januari 1989, *TBH* 1991, 230; Luik 17 juni 1999, *TBH* 2000, 198; D. MOUGENOT, *La preuve*, 96, nr. 28; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, 1962, nr. 424 e.v.) volgt in dat verband de stelling van J. HEENEN ("Preuve de la conformité des marchandises vendues", *RCJB* 1952, 214-216) die vier hypothesen onderscheidt al naargelang de procespositie (eiser of verweerder) die de verkoper en de koper innemen. Omdat elke partij de bewijslast draagt van de ontstaansvoorwaarden van het recht dat zij uitoefent, kan die bewijslast immers niet systematisch bij de verkoper of bij de koper worden gelegd.

Wanneer de verkoper dagvaardt in betaling van de prijs (a) of wanneer hij de ontbinding van de verkoopovereenkomst vordert wegens niet-betaling of wegens gebrek aan afhaling (b), moet hij de conformiteit van de levering bewijzen.

In het eerste geval (a) geldt de hierboven reeds aangehaalde cassatierechtspraak die stelt dat, wegens de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen van de partijen bij een wederkerige overeenkomst, de partij bij zo'n overeenkomst die de uitvoering vordert van de op de tegenpartij rustende verbintenissen nadat eerstgenoemde haar eigen verbintenissen heeft uitgevoerd, moet bewijzen dat zij die verbintenissen heeft uitgevoerd of minstens heeft aangeboden ze uit te voeren (*Cass.* 25 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 237). De verkoper die betaling van de prijs eist, heeft maar recht op die betaling indien hij de verkochte zaak geleverd heeft en de levering conform is, zodat in die hypothese hij de conformiteit van de levering moet bewijzen.

In het tweede geval (b) moet de verkoper de contractuele wanprestatie van de koper aantonen. De koper is niet gehouden tot betaling van de prijs of tot afhaling van de verkochte zaak, wanneer zij niet conform is. Zonder bewijs van de conformiteit kan de verkoper dus niet aantonen dat de koper zich schuldig maakt aan contractuele wanprestatie.

Wanneer integendeel de koper dagvaardt in ontbinding van de verkoopovereenkomst of in betaling van schadevergoeding wegens niet-conforme levering (c), draagt hij de bewijslast van die niet-conformiteit, omdat de tekortkoming van de verkoper de grondslag is van het recht op ontbinding of op schadeloosstelling dat de koper inroept.

Dagvaardt de koper daarentegen tot uitvoering van de leveringsplicht (d), dan moet hij enkel het bestaan van de verkoopovereenkomst bewijzen waaruit zijn recht op levering voortvloeit. Eens dat bewijs is geleverd, draagt de verkoper de bewijslast van de conformiteit. Hij moet dan aantonen, ofwel dat hij conforme zaken heeft geleverd, ofwel dat hij heeft aangeboden ze te leveren.

197 De oplossing aldus voorgesteld door J. HEENEN is, inzonderheid wat de twee eerste hypothesen daarvan betreft, niet in overeenstemming met de vaststaande cassatierechtspraak omtrent de subjectieve bewijslastverdeling inzake de exceptie van niet-uitvoering van de overeenkomst (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 89, nr. 158). Mede daarom wordt in recente rechtsleer geopperd dat de kwestie anders kan worden benaderd (B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 13-14, nr. 19; vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 91-94, nr. 162 e.v.). Hierboven werd reeds uiteengezet dat de eiser het bewijs moet leveren van feiten die de ontstaansvoorwaarden van het door hem ingeroepen recht impliceren, terwijl de verweerder die dat bewijs aanvecht een nieuw element aan het debat toevoegt en daarvan de bewijslast draagt (o.a. *Cass.* 2 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 594; *Cass.* 6 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 537). Wanneer nu een onderscheid wordt gemaakt tussen het feit zelf van de levering en het al dan niet conform karakter daarvan, geeft dat toegepast in de vier hypothesen waarvan hierboven sprake het volgende resultaat:

- indien de verkoper dagvaardt in betaling van de verkoopprijs of in ontbinding van de verkoopovereenkomst, moet hij aantonen dat hij geleverd heeft of heeft aangeboden te leveren (een wezenlijke ontstaansvoorwaarde van zijn recht op betaling of ontbinding, gelet op het wederkerig karakter van de verkoopovereenkomst), terwijl de koper die betwist dat de geleverde zaak niet-conform is daarvan de bewijslast draagt;

- dagvaardt de koper tot uitvoering van de leveringsplicht, dan moet hij het bestaan en de inhoud van de koopovereenkomst bewijzen, alsook zijn aanbod tot betaling van de verkoopprijs (steeds gelet op het wederkerig karakter van de koopovereenkomst); op zijn beurt moet de verkoper aantonen dat hij geleverd heeft; voert de koper vervolgens aan dat de levering niet-conform is, dan moet hij dat bewijzen (vgl. Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT en *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE);
- dagvaardt de koper in ontbinding van de koopovereenkomst, dan moet hij bewijzen dat die overeenkomst bestaat; vervolgens moet de verkoper bewijzen dat hij geleverd heeft of minstens heeft aangeboden te leveren, waarna de koper het niet-conform karakter van de levering moet aantonen.

3. De stilzwijgende aanvaarding van de (aankoop)factuur

198 Een verkoper die zijn vordering tot betaling baseert op de wegens gebrek aan tijdig protest stilzwijgend aanvaarde factuur (art. 25, tweede lid W.Kh.), moet het bewijs aanbrengen van de datum van ontvangst van de factuur door de koper (zie verder, nr. 914). Wordt die datum betwist (in dit geval beweerde de verweerder dat de facturen slechts maanden later waren ontvangen), kan de rechter zijn beslissing dat de facturen werden ontvangen rond de factuurdatum niet steunen op de enkele grond dat geen bewijs voorligt dat de facturen niet op deze datum zouden verzonden zijn aan de koper. Zo niet wordt de bewijslast onterecht omgekeerd (Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK; Cass. 8 november 1991, *TBH* 1992, 134).

E. DE BEWAARGEVING

199 De bewaarnemer die beweert dat de zaak buiten zijn fout is tenietgegaan of dat hij volmacht had om de in bewaring gegeven zaak te verkopen en dat de vordering tot teruggave van de eigenaar daarom moet worden afgewezen, moet zijn beweringen bewijzen (Cass. 20 maart 1924, *Pas.* 1924, I, 262). In beide gevallen erkent de schuldenaar immers dat hij slechts houder was van de zaak die hem door de eigenaar werd overhandigd en bijgevolg dat hij verplicht was tot teruggave (verbintenis waarvan de bewijslast normaal op de eigenaar rust en waarvan het bewijs hier is geleverd ingevolge de houding van de verweerder). Aan de schuldenaar komt het derhalve toe het feit aan te tonen dat hem heeft bevrijd van die verplichting tot teruggave (H. DE PAGE, *Traité*, 732-733, nr. 727).

F. DE VERZEKERINGSOVEREENKOMST

200 Ook inzake verzekeringsovereenkomsten vertoont de subjectieve bewijslastverdeling meerdere problemen. De belangrijkste daaronder doen zich voor bij de gronden van uitsluiting en verval, de regresvordering en de duurtijd van de overeenkomst.

1. Omschrijving van het verzekerd risico en gronden van uitsluiting en verval

201 Een interessant toepassingsgeval van de problematiek van de subjectieve bewijslastverdeling vormt de kwestie van de omschrijving van het verzekerde risico en de gronden van uitsluiting en verval bij de verzekeringsovereenkomst. Wat moet de verzekerde bewijzen die tegenover zijn verzekeraar aanspraak maakt op de dekking van de polis? Wat moet de verzekeraar bewijzen die beweert bevrijd te zijn? (zie daaromtrent M. FONTAINE, “Déchéances, exclusions, définition du risque et charge de la preuve en droit des assurances” (noot onder Cass. 18 januari 2002), *RCJB* 2003, 5; J.L. FAGNART, “Le risque de la preuve en matière d’assurance” in B. DUBUISSON, P. JADOUX (eds.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre. Dix années d’application*, Brussel, Bruylant, 2002, 117-146; 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*, Gent, Larcier, 2007, 174-191, nr. 22-45; *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2007*, 56).

202 Uiteraard behoort het, overeenkomstig artikel 1315, eerste lid BW, aan de verzekerde die aanspraak maakt op vergoeding van een schadegeval door zijn verzekeraar, het bestaan te bewijzen van het schadegeval en van een verzekeringsovereenkomst die het risico van dergelijke schadegevallen waarborgt, alsook van het bestaan en van de omvang van de schade (Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14.718; M. FONTAINE, “Déchéances, exclusions, définition du risque et charge de la preuve en droit des assurances”, *RCJB* 2003, 63; L. SIMONT, “La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation” in X., *Actualité du droit des obligations*, 2005, 31-36; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 14, nr. 20; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 63, nr. 76). Wat inzonderheid het bewijs van het schadegeval betreft, heeft het Hof van Cassatie die regel herhaaldelijk bevestigd.

Inzake diefstal (feit waarvan het bewijs dikwijls moeilijk te leveren valt) oordeelt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 10 april 2003 (Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935) als volgt dat:

- de verzekerde, met alle toelaatbare bewijsmiddelen, het bewijs moet leveren van de diefstal waarvan hij beweert het slachtoffer te zijn;
- de rechter oordeelt of het bewijs al dan niet is geleverd, zonder dat hij evenwel de bewijslast kan omkeren;
- het arrest beslist dat eiseres, in haar hoedanigheid van verzekeraar, gehouden is tot schade-loosstelling van verweerder, haar verzekerde, wegens de diefstal van zijn voertuig, op grond dat verweerder onmogelijk het bewijs kan leveren waartoe hij normaal gehouden is en dat het derhalve aan eiseres staat aan te tonen dat de uitleg van verweerder niet waarheidsgetrouw of geloofwaardig is, welk bewijs zij te deze niet levert;
- het arrest aldus de bewijslast omkeert en artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek schendt.

In dezelfde zin werd geoordeeld dat in de regel degene die vergoeding vordert het bewijs moet leveren van het toevallig feit dat hij aanvoert teneinde van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds herstel van de schade te verkrijgen (Cass. 10 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 338).

203 Onenigheid heeft bestaan omtrent de vraag wie de subjectieve bewijslast draagt van een grond van uitsluiting van dekking, zijnde een clause die op negatieve wijze afbakt wat niet onder de in de verzekeringsovereenkomst bepaalde dekking valt. Uitsluitingsgronden kunnen door de partijen vrij worden bedongen. Zo kan in de polis bijvoorbeeld bepaald worden dat lichamelijke schade gedekt is bij ongevallen, uitgezonderd parachutesprongen. Valt het bewijs van die uitsluitingsgrond onder het bewijs van de dekking (ten laste van de verzekerde) of onder het bewijs van de bevrijding (ten laste van de verzekeraar)?

Lange tijd heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de verzekerde, naast de geleden schade, de gebeurtenis die de schade veroorzaakt heeft en het bestaan van de verzekeringsovereenkomst die het risico van dergelijke gebeurtenissen waarborgt, ook de afwezigheid van een uitsluitingsgrond moet bewijzen (Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19; Cass. 13 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 310; Cass. 25 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 484 en *TBH* 2001, 455, noot J.L.; Cass. 17 november 2005, *TBH* 2006, 757, noot C. VAN SCHOU BROECK). Het verval van dekking, dat een sanctie vormt voor een door de verzekeringnemer of door de verzekerde begane welbepaalde contractuele wanprestatie in oorzakelijk verband met het schadegeval (art. 11, eerste lid wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst) en dat de verzekeraar bevrijdt (bv. het beding dat de diefstalverzekeraar geen dekking verschuldigd is wanneer de verzekerde heeft nagelaten de alarminstallatie in werking te stellen), moet daarentegen door de verzekeraar zelf worden bewezen (Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE, *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK en *Pas.* 2010, 2241, concl. J. GENICOT; Cass. 13 september 2010, *JT* 2010, 737, noot J. KIRKPATRICK; Brussel 14 december 2010, *RGAR* 2011, nr. 14.738, noot; Brussel 20 september 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.826; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 63, nr. 76, voetnoot 163).

Die cassatierechtspraak is inmiddels gewijzigd naar aanleiding van gevallen waarin er sprake was van een wettelijke uitsluitingsgrond, meer bepaald het opzettelijk karakter van het feit dat aan de basis ligt van het schadegeval. De verzekerde moet voortaan enkel nog aantonen dat hij onder het algemene toepassingsgebied van de verzekeringsovereenkomst valt. Slaagt hij hierin, dat wordt, bij toepassing van artikel 1315, tweede lid BW, de bewijslast op de verzekeraar gelegd van de wettelijke uitsluitingsgrond bedoeld bij artikel 16 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen in het algemeen (Cass. 7 juni 2001, *RW* 2001-02, 890, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2003, 5, noot M. FONTAINE) en bij artikel 8 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (Cass. 18 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 212, concl. Adv. Gen. HENKES en *RCJB* 2003, 15, noot M. FONTAINE; Cass. 2 april 2004, *T.Verz.* 2004, 751, concl. Adv. Gen. X. DE RIEMAECKER, noot D. DE MASENEIRE; Cass. 19 mei 2005, *TBH* 2006, 748, noot C. VAN SCHOU BROECK en *RGAR* 2006, nr. 14124, noot O. DELOGNE; Cass. 24 november 2008, *AR C.06.0392.F*, www.cass.be). Zie in dezelfde zin Bergen 13 juni 2006, *JLMB* 2007, 433; Luik 15 maart 2007, *JLMB* 2008, 965; Bergen 17 april 2009, *T.Verz.* 2010, 77.

Ook in verband met andere wettelijke uitsluitingsgronden wordt de bewijslast door het Hof van Cassatie sindsdien op de verzekeraar gelegd:

- de eiser (het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds) die beweert ingevolge artikel 17, § 1, 3° KB van 16 november 1981 houdende inwerkingstelling en uitvoering van de artikelen 79 en 80 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen van dekking jegens de houder van het voertuig bevrijd te zijn, moet, conform artikel 1315, tweede lid BW, bewijzen dat die houder wist dat de burgerlijke aansprakelijkheid waartoe het voertuig aanleiding kon geven, niet regelmatig gedekt was (Cass. 4 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1747);
- de verzekeraar die beweert ingevolge artikel 4, § 2 WAM-wet van dekking bevrijd te zijn wegens het deelnemen van het motorrijtuig aan snelheids-, regelmatigheids- of behendigheidsritten of -wedstrijden, moet, ingevolge artikel 1315, tweede lid BW, bewijzen dat het schadegeval gebeurde in de omstandigheden bepaald in dit artikel, en dus dat er geen schriftelijke toestemming was van de overheid of geen bijzondere verzekering gesloten was (Cass. 13 april 2007, *Arr.Cass.* 2007, 776, *RW* 2007-08, 1078, noot D. SIMOENS, *TBH* 2007, 797, noot C. VAN SCHOU BROECK en *T.Pol.* 2007, 203, noot).

Met advocaat-generaal X. DE RIEMAEKER (zie zijn hierboven bedoelde conclusie) moet verder worden aangenomen dat deze bewijslastverdeling van toepassing is op alle uitsluitingsgronden, ongeacht of ze wettelijk dan wel contractueel zijn. Daarmee wordt meteen een einde gesteld aan de verschillende behandeling van gronden van uitsluiting en gronden van verval inzake de subjectieve bewijslast (*Jaarverslag Cass.* 2000-01, 64; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2280-2281, nr. 1667).

204 In zijn arrest van 26 oktober 2007 heeft het Hof van Cassatie vervolgens geoordeeld dat de partij die vergoeding vordert van schade op grond van artikel 29bis WAM-wet, overeenkomstig artikel 1315, eerste lid BW, moet bewijzen dat het schadegeval beantwoordt aan het in dat artikel omschreven risico. Bijgevolg moet die partij het bewijs leveren dat zij een door artikel 29bis beschermd slachtoffer is en dus dat zij niet de bestuurder is van het bij het ongeval betrokken motorrijtuig of diens rechthebbende (Cass. 26 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 52, noot J. BOGAERT, *JLMB* 2008, 960, noot J. TINANT, *NJW* 2008, 166, noot G. JOCQUE en *RGAR* 2008, nr. 14406, concl. Adv. Gen. A. HENKES, noot N. ESTIENNE; in dezelfde zin, zie Cass. 20 december 2007, *T.Pol.* 2008, 179, noot G. JOCQUE; Cass. 24 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1090, concl. C. VANDEWAL; *Pol.* Nijvel 19 januari 2009, *JLMB* 2010, 790).

Omtrent dit arrest staat in het jaarverslag 2007 (*Jaarverslag Cass.* 2007, 56) te lezen dat in dit arrest het Hof zijn rechtspraak bevestigt dat het stelsel van de bewijslast niet samenhangt met het onderscheid tussen uitsluiting en verval van de dekking, maar wel met het onderscheid tussen uitsluiting en omschrijving van het risico. De verzekeraar die het bestaan van een grond van uitsluiting of verval aanvoert om de dekking te weigeren, moet het aangevoerde feit bewijzen. Het staat daarentegen aan de verzekerde te bewijzen dat het ongeval valt onder de omschrijving van het risico dat door de verzekeringsovereenkomst is gedekt. In zijn conclusie in deze zaak had het OM beklemtoond dat de hoedanigheid van het slachtoffer niet moet worden begrepen als een grond van uitsluiting waardoor de verzekeraar zou moeten bewijzen dat zijn verplichting ver-

vallen is, maar als een element van het krachtens de voormelde bepaling gedekte risico, waarvan het bewijs door de rechthebbende van het slachtoffer moet worden geleverd.

205 Inzake de subjectieve bewijslastverdeling moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen:

- enerzijds de omschrijving van het verzekerd risico, zijnde het risico dat door de verzekeringsovereenkomst wordt gedekt: in welk verband de verzekerde die vergoeding wenst, conform artikel 1315, eerste lid BW, moet bewijzen dat het ingeroepen risico datgene is dat in de polis wordt omschreven;
- en anderzijds de uitsluiting van dekking, zijnde de wettelijke of contractuele bepalingen die het verzekerde risico beperken (het ingeroepen risico valt binnen het voorwerp van de polis, maar er zijn gevallen bedongen waarin de overeenkomst in een uitzondering op de dekking voorziet): in welk verband de verzekeraar die beweert daardoor bevrijd te zijn, conform artikel 1315, tweede lid BW, de bewijslast draagt.

Enkele recente illustraties van dat onderscheid zijn te vinden in de rechtspraak van de feitenrechters.

In een vonnis van 19 januari 2010 oordeelde de rechtbank van koophandel te Antwerpen (*RHA* 2010, 72):

- dat in een diefstalverzekering van een diamantmuseum als een dekkingsvoorwaarde (en niet als een grond tot uitsluiting of verval) moet worden aangezien, het beding dat de verzekeringnemer de verplichting oplegt de verzekerde voorwerpen behoorlijk te beveiligen en te beschermen;
- dat bijgevolg, krachtens artikel 1315, eerste lid BW, op de verzekerde de bewijslast rust dat deze dekkingsvoorwaarde werd nageleefd.

Zo ook moet de zwakke weggebruiker (ter zake de fietser) die aanspraak maakt op het vergoedingsstelsel van artikel 29bis WAM aantonen dat alle voorwaarden daartoe vervuld zijn, meer bepaald dat zijn val veroorzaakt werd (mede) ingevolge de rol van een motorvoertuig (Pol. Brugge 17 september 2009, *T.Pol.* 2010, 80; in dezelfde zin Pol. Brussel 23 november 2009, *VAV* 2010, 93).

Op 1 april 2010 besliste de rechtbank van eerste aanleg te Brugge (*RW* 2010-11, 1100) dat de onverschoonbare fout (ter zake zelfmoord) van de zwakke weggebruiker in de zin van artikel 29bis, § 1, vijfde lid WAM-wet een grond van uitsluiting is, zodat de bewijslast daarvan rust op de verzekeraar van het bij het verkeersongeval betrokken motorrijtuig. Zie in dezelfde zin Rb. Hasselt 3 mei 2006, *RW* 2009-10, 1398.

Aan de familiale verzekeraar behoort de ingeroepen grond van uitsluiting (deelname aan vechtpartijen) te bewijzen (Bergen 10 februari 2010, *JLMB* 2010, 603).

Maar afwijkende rechtspraak, waarbij het onderscheid tussen een wettelijke (opzettelijk feit in de zin van art. 8 landverzekeringsovereenkomstenwet) en een contractuele (zelfmoord van de verzekerde) grond van uitsluiting wordt aangenomen, blijft bestaan. Zie bijvoorbeeld Bergen 1 december 2009, *VAV* 2010, 6.

2. Regresvordering

206 Indien de verzekeraar op grond van artikel 88 landverzekeringsovereenkomstenwet een regresvordering instelt tegen de verzekeringnemer, draagt de verzekeraar de bewijslast van het feit dat hij de slachtoffers heeft vergoed conform zijn wettelijke en contractuele verplichtingen (Cass. 11 mei 2000, *De Verz.* 2001, 88, noot J. MUYLDERMANS en *RW* 2000-01, 1381, noot P. COLLE; Cass. 7 juni 2002, *TBH* 2005, 850, noot). Daarnaast moet hij ook de contractuele wanprestatie van de verzekerde en het oorzakelijk verband met het schadegeval aantonen (zie o.m. Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 13 september 2010, *JT* 2010, 737, noot J. KIRKPATRICK; Rb. Brugge 21 januari 2010, *RW* 2012-13, 552; Rb. Brugge 24 april 2007, *RW* 2010-11, 849; anders: Rb. Mechelen 3 januari 2012, *T.Pol.* 2012, 61, noot D. VAN TRIMPONT). Het komt de verzekeraar

tevens toe aan te tonen dat de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van zijn verhaalsrecht, dat gesteund is op het verzekeringscontract, vervuld zijn (Pol. Brugge 21 juni 2012, *VAV* 2012, 398, noot J. MUYLDERMANS).

3. Duurtijd van de overeenkomst

207 Wie het bestaan aanvoert van een afwijking op de duur van één jaar van de WAM-verzekeringsovereenkomst, moet het bewijs daarvan leveren (Cass. 16 januari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 164).

§ 6. Enkele bijzondere rechtsdomeinen

A. HET ZAKENRECHT

208 Degene die een zaak revindiceert moet het bewijs leveren, hetzij van zijn eigendomsrecht of enig ander zakelijk recht op die zaak, hetzij dat hij gemachtigd is dergelijke teruggave te vorderen (Cass. 25 oktober 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 189; Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301, noot H. ROSOUX; Bergen 22 februari 2010, *JLMB* 2011, 1296, noot). Wie beweert eigenaar te zijn en in die hoedanigheid van een derde een zaak revindiceert die laatstgenoemde in zijn bezit heeft, moet het feit bewijzen (contract, testament, verjaring...) waaruit zijn eigendomsrecht voortvloeit alsook het bezit van de derde (Cass. 13 november 1969, *Pas.* 1970, I, 232; Antwerpen 30 juni 2009, *TBBR* 2011, 183). De verzetdoende partij moet de waarschijnlijkheid aantonen van zijn bezit van de effecten aan toonder en van zijn ongewilde buitenbezitstelling (Brussel 15 december 1988, *JLMB* 1989, 1157).

209 De derde die beweert dat de eigendomssituatie inmiddels is gewijzigd, bijvoorbeeld door titelomzetting (art. 2231 en 2238 BW), schenking of verkrijgende verjaring, moet die feiten aantonen (Bergen 15 oktober 1980, *Pas.* 1981, II, 10, noot en *Rec.gén.enr.not.* 1983, 31, noot; Bergen 26 november 1980, *Pas.* 1981, II, 19, noot en *Rev.not.b.* 1983, 288, noot J. SACE; Antwerpen 1 december 2008, *TBBR* 2011, 125; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 384, nr. 677; H. DE PAGE, *Traité*, 731, nr. 726). Degene die het bezit betwist, grondslag van de verkrijging van de eigendom van gronden door dertigjarige verjaring, moet bewijzen dat het bezit gebrekkig is (Cass. 10 maart 2006, *Res Jur.Imm.* 2006, 295).

210 De toestand is bijzonder inzake roerende goederen wanneer de verweerder tegen de revindicatievordering de wettelijke bescherming van zijn bezit inroept. Artikel 2279, eerste lid BW (dat voorschrijft dat inzake roerende goederen het bezit geldt als titel) creëert ten gunste van de bezitter een weerlegbaar wettelijk vermoeden van bestaan van een geldige eigendomstitel (Cass. 24 september 2007, *RW* 2008-09, 825, noot R. JANSEN). Ook zijn bezit als eigenaar (art. 2230 BW) en zijn goede trouw (art. 2268 BW) worden vermoed.

De werkelijke eigenaar die een revindicatievordering instelt, draagt de bewijslast dat de verweerder slechts detentor is of dat sprake is van verlies of diefstal (art. 2279, tweede lid BW). Hetzelfde geldt voor de afwezigheid van goede trouw in hoofde van de bezitter (Gent 16 juni 2008, *TBBR* 2011, 130). Ook moet de revindicant die beweert dat het bezit gebrekkig is, dat bewijzen (Cass. 4 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 449; Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 646; Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 214 en *Not.Fisc.M.* 1999, 68, noot P. HEURTERRE; Cass. 24 september 2007, *RW* 2008-09, 825, noot R. JANSEN; Antwerpen 22 februari 1994, *Not.Fisc.M.* 1995, 25; Antwerpen 23 februari 1994, *Not.Fisc.M.* 1995, 26, noot K. BROECKX; Antwerpen 1 december 2008, *TBBR* 2011, 125; Antwerpen 30 juni 2009, *TBBR* 2011, 183; Bergen 22 februari 2010, *JLMB* 2011, 1296, noot; Antwerpen 27 september 2010, *Juristenkrant* 2011, 6; Rb. Ieper 17 december 1990, *TBBR* 1993, 274; Kh. Dendermonde 24 september 2009, *TBBR* 2011, 179; H. DE PAGE, *Traité*, 734, nr. 727 die benadrukt dat de bewijslast van het regelmatig karakter van het bezit in

principe wel op de verweerder rust omdat het hier gaat om toepassingsvoorwaarden van het wettelijk vermoeden).

Slaagt de werkelijke eigenaar in zijn bewijslast, dan moet de verweerder aantonen dat hij is bevrijd van zijn verbintenis tot teruggave (Bergen 22 februari 2010, *JLMB* 2011, 1296, noot; Antwerpen 27 september 2010, *Juristenkrant* 2011, 6; H. DE PAGE, *Traité*, 733, nr. 727).

211 De partij die de goede trouw betwist van degene die beweert zijn eigen dom te hebben verkregen door verjaring, moet de kwade trouw bewijzen. Als degene die beweert eigenaar te zijn door verjaring, hiertoe bij zijn eigen bezit dat voegt van zijn rechtsvoorganger teneinde op die wijze de termijn te verkrijgen waarvan sprake in artikel 2265 Burgerlijk Wetboek, dan geldt het vermoeden van goede trouw eveneens voor die rechtsvoorganger. De partij die de goede trouw van de rechtsvoorganger betwist, moet diens kwade trouw bewijzen (Cass. 13 mei 2011, *TBO* 2012, 108).

212 Degene die een vordering tot erkenning van een erfdiensbaarheid instelt, moet het bestaan van de erfdiensbaarheid bewijzen (Vred. Landen 20 november 2008, *T.Vred.* 2011, 250). Degene die integendeel een vordering tot ontkenning instelt, moet het niet-bestaan van de erfdiensbaarheid aantonen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 385, nr. 677; H. DE PAGE, *Traité*, 731, nr. 726; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 55, nr. 94). Zo werd geoordeeld dat de partij die aanvoert dat het recht van uitweg over de buurtweg waarvan de bodem haar toebehoort, tenietgegaan is doordat die weg gedurende dertig jaar niet tot het openbaar nut heeft gediend, dat feit moet bewijzen (Cass. 28 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1709).

B. HET HUWELIJKSVERMOGENSRECHT EN ERFRECHT

213 De echtgenoot die vergoeding vordert ten voordele van het gemeenschappelijk vermogen, moet niet bewijzen dat de aangroei van het eigen vermogen van een van de echtgenoten met gelden uit het gemeenschappelijk vermogen is gefinancierd. Het is aan de echtgenoot die de vordering tot betaling van een vergoeding betwist, het vermoeden van artikel 1405, vierde lid BW te weerleggen en aan te tonen op welke manier hij de aangroei van zijn eigen vermogen heeft gefinancierd (Cass. 18 maart 2011, *Act.dr.fam.* 2012, 65, noot D. PIGNOLET, *JT* 2011, 725, noot I. SCHUERMANS, A. VERBEKE, *Rev.not.b.* 2011, 887, noot Y. LELEU, J. LARUELLE en *T.Fam.* 2011, 193, noot K. BOONE). Uit de samenlezing van artikel 815, eerste lid BW en artikel 870 Ger.W. volgt dan weer dat diegene die de verdeling van een onverdeeldheid vordert, het bestaan van de onverdeeldheid moet bewijzen (Cass. 12 oktober 2012, AR C.12.0077.N, www.cass.be).

C. HET CONSUMENTENRECHT

I. Overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming

214 Wat betreft overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming in de zin van artikel 58, § 1, 1° wet marktpraktijken, rust op de onderneming de bewijslast van het feit van de voorafgaande en uitdrukkelijke aanvraag door de consument van het bezoek van de onderneming, met de bedoeling te onderhandelen over de aankoop van een welbepaald product of dienst, om alzo de toepassing van de wettelijke regeling uit te sluiten (art. 59, 1° wet marktpraktijken) (Gent 14 september 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 471; Gent 12 oktober 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 475; Gent 7 december 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 479; Gent 28 juni 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 379; Gent 4 oktober 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 383).

2. Consumentenkrediet

215 Op de kredietgever rust de verplichting tot onderzoek naar de informatie over de financiële toestand en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument die een kredietovereenkomst heeft aangevraagd. De bewijslast dat de kredietgever in gebreke is gebleven rust op de consument, onverminderd de verplichting van de kredietgever om, binnen de wettelijk bepaalde grenzen, tot het bewijs bij te dragen (Cass. 10 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL, *RCJB* 2005, 680, noot J. BUYLE en *T.Vred.* 2007, 392, noot R. STEENNOT).

D. HET BANKRECHT

216 In geval van betwisting van een afhaling door de cliënt, komt het aan de bank toe de betwiste verrichting te bewijzen (Kh. Brussel 24 juni 1992, *TBH* 1993, 987, noot J.P. BUYLE, X. THUNIS; Kh. Brussel 21 maart 1994, *TBH* 1995, 1014, noot J.P. BUYLE, X. THUNIS).

217 De financiële instelling draagt de bewijslast van de volmacht tot uitvoering van verrichtingen in financiële instrumenten. De bekrachtiging van verrichtingen in financiële instrumenten kan evenwel het gevolg zijn van een omstandig stilzwijgen van de klant. Door in die zin te beslissen, ontlast de bodemrechter de financiële instelling niet op onwettige wijze van de bewijslast die op haar weegt, maar beslist de rechter, met verwijzing naar de feitelijke elementen die de grondslag vormen voor de bekrachtiging, dat de financiële instelling hiervan het bewijs heeft geleverd (Cass. 6 juni 2011, *TBH* 2011, 947).

E. HET MERKENRECHT

218 Wanneer de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzet tegen het gebruik van het merk, draagt degene die door de merkhouder wordt aangesproken en zich op uitzetting beroept, daarvan de bewijslast (Cass. 6 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1348, *RABG* 2004, 246, noot A. DAMSEAUX en *TBH* 2004, 258, noot J. VERLINDEN; Voorz. Kh. Brussel 22 april 2009, *RABG* 2009, 1449, noot F. PETILLION).

219 Wanneer het door de eiser in vervallenverklaring aangevoerde niet-gebruik van het merk waarschijnlijk voorkomt, kan de rechter de merkhouder belasten met het leveren van een positief bewijs van gebruik (Cass. 3 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 965).

F. DE DWANGSOM

220 Het bewijs dat de voorwaarden voor de dwangsom vervuld zijn, moet weliswaar worden geleverd door de partij die de tenuitvoerlegging van de dwangsom vordert (KG Rb. Brugge 22 april 2009, *TGR-TWVR* 2009, 311; Bergen 3 december 2010, *JLMB* 2011, 1186), maar geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat de beslagrechter, als hij de door die partij gevorderde onderzoeksmaatregel beveelt, de op voornoemde partij rustende bewijslast omkeert (Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot K.W.).

HOOFDSTUK II

HET BEWIJS VAN AFDOENDE WAARSCHIJNLIJKHEID

221 Hierboven werd reeds gezegd dat volgens een vaststaande cassatierechtspraak in principe een zeker bewijs vereist wordt (Cass. 2 maart 1956, *Arr.Cass.* 1956, 534; Cass. 19 december 1963, *RW* 1964-65, 425; Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759; Cass. 19 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1158, noot; Cass. 22 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 543; Cass. 16 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1407; Cass. 1 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 549, concl. T. WERQUIN, *J.dr.jeun.* 2004, 44, noot, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *RW* 2004-05, 106, noot I. BOONE en *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN; Cass. 26 juni 2008, *Pas.* 2008, 1688; Cass. 23 oktober 2008, *Pas.* 2008, 2351).

De feitenrechters en de rechtsleer daarentegen nemen, behoudens wettelijke uitzondering, doorgaans genoegen met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid (Pol. Brussel 24 november 2003, *Verkeersrecht* 2003, 361; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de impasse van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 65; O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 363 e.v., nr. 2; D. MOUGENOT, *La preuve*, 80, nr. 17; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 41, nr. 66; H. DE PAGE, *Traité*, 738, nr. 729.B en 744-745, nr. 734; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 175-176, nr. 239; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 232, nr. 194; anders in de zin van absolute zekerheid B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1”, *P&B* 2010, 10, nr. 22; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit gent, 2010, 21, nr. 32). Het cassatiearrest van 3 mei 2010 (AR S.09.0024.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER) lijkt zich daarbij aan te sluiten.

222 Om de soms onbillijke gevolgen van een strakke toepassing van de verdeling van de subjectieve bewijslast te mildereren, aanvaardt ook het Hof van Cassatie niettemin dat ten aanzien van negatieve feiten de bewijslast met redelijkheid moet worden ingevuld. Het bewijs moet immers mogelijk blijven. Vandaar dat de (cassatie)rechtspraak in dat geval aanvaardt dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit hoeft te worden geleverd en genoegen neemt met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid in plaats van zekerheid (Cass. 20 maart 1947, *Arr.Cass.* 1947, 91; Cass. 27 februari 1958, *Arr.Cass.* 1958, 460 en *RCJB* 1959, 42, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 6 april 1962, *Pas.* 1962, I, 880; Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 19; Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935 en *T.Verz.* 2004, 124, noot D. DE MAESENEIRE; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553,

noot H. Nys en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN; Cass. 18 november 2011, *TBH* 2012, 313; Luik 5 november 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.085; Brussel 10 januari 2002, *RGAR* 2004, nr. 13.834; Gent 20 februari 2003, *Not.Fisc.M.* 2005, 33, noot J. FACQ en *NjW* 2003, 1304, noot BW; Antwerpen 8 september 2004, *Limb.Rechtsl.* 2005, 92; Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. Nys en *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 310, noot J. DEL CORRAL en *NjW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Luik 11 oktober 2007, *JLMB* 2010, 734; Bergen 5 november 2008, *JLMB* 2010, 1184; Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, 1189, noot N. SCHMITZ; Luik 5 januari 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 238, noot P. DE PAGE; Kh. Brussel 31 mei 1996, *JLMB* 1996, 1588; Kh. Hasselt 2 februari 2005, *RW* 2006-07, 1493; Rb. Antwerpen 21 februari 2007, *T.Gez.* 2006-07, 373; Rb. Brussel 4 januari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14.654). Daarbij kan het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid bijvoorbeeld via feitelijke vermoedens voortvloeien uit het (zeker) bewijs van een ander positief feit (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 105, nr. 118; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 24; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 386, nr. 680; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 54-55, nrs. 92 en 94). Maar het louter aannemelijk maken van een negatief feit volstaat niet (Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, 3022; Pol. Brussel 22 september 2011, *RGAR* 2011, nr. 14798).

Voorbeelden van gevallen waarin ten aanzien van een negatief feit genoegzaam wordt genomen met het bewijs van waarschijnlijkheid zijn (zie daaromtrent R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 386-387, nr. 680; D. MOUGENOT, *La preuve*, 87, nr. 23):

- de verplichting van de ouders die aansprakelijkheid willen ontlopen om te bewijzen dat ze de schadeverwekkende onrechtmatige daad van hun minderjarig kind niet hebben kunnen beletten (art. 1384, vijfde lid BW): in beginsel volstaat het bewijs van een goede opvoeding en van behoorlijk toezicht (in plaats van het bewijs van de afwezigheid van elke mogelijke tekortkoming);
- de verplichting van degene die zich beroept op een onverschuldigde betaling om het onverschuldigd karakter van de betaling te bewijzen (art. 1235 en 1376 BW): in beginsel volstaat het bewijs dat per vergissing werd betaald (in plaats van het bewijs van de afwezigheid van elke mogelijke schuld);
- de verplichting van de schuldeiser die een rechtshandeling van zijn schuldenaar aanvecht om het bedrog van de schuldenaar te bewijzen (art. 1167 BW): in beginsel volstaat het bewijs van het abnormale karakter van de rechtshandeling (in plaats van het bewijs van de afwezigheid van elke mogelijke goede trouw).

223 Eenzelfde correctie op de subjectieve bewijslastverdeling wordt om dezelfde reden aangenomen ten aanzien van positieve feiten waarvan een zeker bewijs onmogelijk kan worden geleverd. Ook hier wordt genoegzaam genomen met het bewijs van afdoende waarschijnlijkheid (H. DE PAGE, *Traité*, 739, nr. 730; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 41, nr. 66).

Zo wordt bijvoorbeeld ten gunste van de schuldenaar feitelijk vermoed dat de teruggave bedoeld bij de artikelen 1282 en 1283 BW vrijwillig is geschied. Een ander voorbeeld betreft het bewijs

door de verzekerde van de diefstal van het verzekerde voorwerp. Hier wordt door de rechtspraak zelfs bewijswaarde toegekend aan eenzijdige beweringen. Zo werd geoordeeld dat, aangezien het bewijs van het bestaan van een diefstal bijzonder moeilijk kan worden geleverd, en gelet op de vertrouwensrelatie die moet bestaan tussen de verzekeraar en zijn verzekerde, er aan deze laatste geloof moet worden gehecht voor zover zijn verklaring geloofwaardig is en er geen enkel ander gegeven is dat van aard is om twijfel te zaaien over zijn verklaringen (Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14718; zie in dezelfde zin Brussel 2 november 1978, *RGAR* 1981, nr. 10.374, noot; Luik 5 november 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.085; Bergen 25 juni 2002, *Bull.ass.* 2003, 40, noot H. DE RODE; Gent 10 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.660; Bergen 3 maart 2003, *TBBR* 2006, 217, noot H. GEENS; Brussel 24 mei 2004, *JLMB* 2007, 448; Luik 30 mei 2005, *JLMB* 2007, 450 (2 zaken); Antwerpen 5 oktober 2005, *NJW* 2006, 652, noot G. JOCQUE; Luik 27 maart 2006, *T.Verz.* 2010, 181; Bergen 21 februari 2008, *RGAR* 2010, nr. 14.667; Gent 20 maart 2008, *TGR-TWVR* 2008, 263; Bergen 5 november 2008, *JLMB* 2010, 1184; Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, 1189, noot N. SCHMITZ; Luik 23 november 2009, *RGAR* 2011, nr. 14.764; Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14.178; Luik 1 maart 2011, *T.Verz.* 2012, 244; Brussel 20 september 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.836; Brussel 3 oktober 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.847; Kh. Antwerpen 15 oktober 2001, *TBH* 2003, 696, noot; Rb. Luik 23 december 2003, *RGAR* 2005, nr. 14.018; Rb. Charleroi 17 februari 2009, *VAV* 2010, 89; Pol. Brussel 22 september 2011, *RGAR* 2011, nr. 14798). Een gelijkaardige beslissing werd door het Hof van Cassatie niet verbroken (Cass. 22 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 227). Niettemin blijft de (cassatie)rechtspraak wel als regel huldigen dat de rechter die zijn beslissing steunt op loutere beweringen, de regels van de bewijslast miskent (Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780; Cass. 11 maart 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 908; Cass. 17 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 947; Cass. 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; Cass. 14 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 109; Corr. Brussel 6 juni 2006, *CRA* 2007, 27, noot; Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435, noot P. BUYLE).

HOOFDSTUK III

DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST EN DE BEWIJSGARING

AFDELING I

PROBLEEMSTELLING

224 De soms onbillijke gevolgen van een strakke toepassing van de regeling van de subjectieve bewijslastverdeling worden nog op een tweede manier gemilderd.

Het recht op verdediging houdt in dat men in principe zijn verweer vrij mag organiseren. Dat recht impliceert in beginsel de vrijheid van de verweerder om louter passief te blijven in de bewijsvoering en daaraan niet mee te werken. In ons rechtssysteem bestaat geen algemene verplichting om aan de rechter of aan de tegenpartij de voor de beoordeling van het geschil belangrijke bewijselementen te verschaffen. Het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter verhindert daarenboven dat de rechter op het vlak van de bewijsgaring actief zou tussenkomen (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 10, nr. 15).

Maar, tegenover het recht op verdediging van de verweerder staat het recht op bewijs van de eiser, zijnde het recht om enerzijds de bewijzen waarover men beschikt, voor te leggen en anderzijds te verzoeken dat de bewijzen waarover men nog niet beschikt zouden vergaard worden aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen (vgl. Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot). Bewijselementen zijn vaak in het bezit van degene die de regeling inzake de subjectieve bewijslastverdeling begunstigt. Daardoor komt degene op wie de subjectieve bewijslast rust vaak in een onevenredig nadelige positie, soms zelfs in de volstrekte onmogelijkheid om te voldoen aan de op hem rustende bewijslast. Sommigen spreken hier van een situatie van bewijsnood of “informatiedeficit”. Denk hier bijvoorbeeld aan het geval waarin de partij die de uitvoering vordert van een wederkerig contract haar origineel buiten het geval voorzien door artikel 1348, 4° BW verloren heeft, terwijl vaststaat dat het contract bestaat en de tegenpartij in het bezit is van het tweede origineel van de onderhandse akte, of nog, aan de situatie van de ex-partner die in een geschil met betrekking tot de uitkering tot onderhoud na echtscheiding aanvoert dat de andere partner over verborgen inkomsten beschikt (B. ALLEMERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*”, Brugge, die Keure, 2010, 39, nr. 7; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 196, nr. 105; J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, 49,

nr. 33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 30, nr. 50; W. VANDEN-BUSSCHE en I. SAMOY, "Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs", *T.Fam.* 2012, 152-157).

Een daadwerkelijke bescherming van het legitieme belang van degene op wie de subjectieve bewijslast rust, vereist dat het aan de verweerder wordt verboden een volstrekt passieve houding aan te nemen en dat aan de rechter een actieve rol in de bewijsgaring wordt toebedeeld. De wetgever is in die richting geëvolueerd.

AFDELING II

EVOLUTIE IN DE WETGEVING

225 Als uitgangspunt van het Burgerlijk Wetboek gold traditioneel het adagium dat niemand wordt verondersteld bewijs tegen zichzelf aan te brengen (*nemo tenetur edere contra se*). Men kon zijn verweer dus vrij organiseren en desgewenst een volstrekt passieve houding in de bewijsgaring aannemen (H. DE PAGE, *Traité*, 731, nr. 726; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 31, nr. 51). De rechter was ertoe verplicht passief te blijven en zich te beperken tot het luisteren naar de partijen en het beoordelen van het door hen gebruikte bewijsmateriaal (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 381, nr. 673). Alleen bedrog werd gesanctioneerd. Krachtens artikel 1133, 2° Ger.W. kon een verzoek tot herroeping van het gewijsde worden ingediend indien er, sedert de beslissing, beslissende stukken waren aan het licht gekomen die door toedoen van een partij waren achtergehouden.

Sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek is definitief een einde gekomen aan dat uitgangspunt. De partijen zijn voortaan verplicht mee te werken aan de bewijsgaring en de taak van de rechter is voortaan niet meer beperkt tot de bewijswaardering. De actieve deelname van zowel de partijen als van de rechter aan de bewijsgaring is meer bepaald wettelijk verankerd in de artikelen 871 tot en met 1016 *bis* Ger.W. Naderhand werd een vergelijkbare regeling voorzien in artikel 1253*quinquies* Ger.W. (inzake vorderingen van echtgenoten betreffende hun wederzijdse rechten en verplichtingen) en recent in artikel 1214, § 4 Ger.W. (inzake gerechtelijke vereffening-verdeling).

Door de wet van 25 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509*quater* van het Strafwetboek, werd vervolgens de greep van de rechter op het verloop van het deskundigenonderzoek aanzienlijk uitgebreid. Daarenboven werd de verplichting van de procespartijen tot medewerking uitdrukkelijk in de wet opgenomen en werd tevens expliciet wettelijk

bepaald dat de niet-meewerkende partij een sanctie kan oplopen. Artikel 972*bis*, § 1 Ger.W. schrijft voor dat de partijen verplicht zijn mee te werken aan het deskundigenonderzoek, en dat, bij gebreke daarvan, de rechter daaruit de conclusies kan trekken die hij geraden acht.

Ten slotte moet worden vermeld dat de rechter ook kan handelen conform de procedure in verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken (*Pb.L.* 174 van 27 juni 2001, 1-24) (zie daarover D. MOUGENOT, "Le règlement européen sur l'attention des preuves", *JT* 2002, 17-21).

AFDELING III

DE ACTIEVE ROL VAN DE RECHTER IN DE BEWIJSGARING

226 De actieve deelname van de rechter aan de bewijsgaring wordt geregeld in de artikelen 871 tot en met 1016*bis* Ger.W.

Enerzijds wordt de mogelijkheid voor de rechter gecreëerd om de medewerking van de procespartijen inzake bewijsvoering te verzekeren en zelfs, in bepaalde gevallen, om derden tot deelneming daaraan te dwingen (art. 871 en 877-882 Ger.W.).

Anderzijds wordt de rechter ertoe gemachtigd om een aantal onderzoeksmaatregelen (het schriftonderzoek, de valsheidprocedure, het getuigenverhoor, de overleggingen van schriftelijke verklaringen, het deskundigenonderzoek, de plaatsopneming, de persoonlijke verschijning van de partijen...) op te leggen die hij nuttig acht (art. 883 t.e.m. 1016*bis* Ger.W.).

§ 1. De overlegging van bewijsmateriaal

227 Krachtens artikel 871 Ger.W. kan de rechter aan iedere gedingvoerende partij bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit, over te leggen. Meer specifiek schrijft artikel 877 Ger.W. voor dat, wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, de rechter kan bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd. De enkele omstandigheid dat de rechter een partij, conform artikel 877 Ger.W., het bevel geeft over te gaan tot overlegging van stukken impliceert geen omkering van de subjectieve bewijslast, doch is enkel een toepassing door de rechter van de gemeenrechtelijke bewijsregels (Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424).

228 De rechter kan de overlegging van stukken ambtshalve bevelen (Cass. 7 april 1976, *Arr.Cass.* 1976, 908; Cass. 7 december 1979, *Pas.* 1980, I, 443). Hij is daartoe evenwel niet verplicht (Cass. 2 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1019; Cass. 14 december 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1128; Cass. 17 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1130; Antwerpen 18 januari 2010, *Limb.Rechtsl.* 2011, 171, noot S. TORMANS) en beoordeelt vrij de opportuniteit (Cass. 24 juni 2011, *T.Fam.* 2012, 151, noot W. VANDENBUSSCHE, I. SAMOY). Het recht op een eerlijk proces, neergelegd in artikel 6 EVRM, verzet zich daartegen niet (Cass. 18 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 123; Cass. 24 juni 2011, *T.Fam.* 2012, 151, noot W. VANDENBUSSCHE, I. SAMOY).

229 De rechter kan de overlegging van bewijsmateriaal slechts bevelen als aan drie toepassingsvoorwaarden is voldaan (S. RUTTEN, “Beingselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 34-35; S. STIJNS, “De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek”, *Jura Falc.* 1984-85, 199-222; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 214-215, nr. 177; D. MOUGENOT, *La preuve*, 101, nr. 32; G.L. BALLON, “Overlegging van stukken in een proces”, *AJT* 1999-2000, 725-726; W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, “Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs”, *T.Fam.* 2012, 154-155, nr. 6):

– het bevel tot neerlegging moet betrekking hebben op een bepaald stuk:

aan de procespartijen of derden kan dus niet worden gevraagd om verklaringen af te leggen; enkel de neerlegging van stukken kan worden bevolen;

een stuk is daarbij zeer ruim te interpreteren en omvat bijvoorbeeld een onderhandse akte, een authentieke akte, een foto, een plan, een geluidsopname, een strafdossier (Rb. Luik 8 december 1983, *Rev.trim.dr.fam.* 1986, 47), paswoorden en ID's van privébestanden die de werknemer heeft opgemaakt en die hij bewaart op de computer hem ter beschikking gesteld door de werkgever (Arbh. Gent, afd. Gent 23 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, 110)...; zelfs het gemotiveerd advies van de boedelnotaris omtrent de door de partijen aangebrachte beweringen en zwaarigheden werd als een dergelijk stuk in aanmerking genomen (Antwerpen 9 maart 2011, *Limb.Rechtsl.* 2011, 364, noot E. SMEETS); maar, het stuk moet wel reeds bestaan, zodat artikel 877 Ger.W. de rechter niet toestaat de derde te bevelen een opzoeking te doen, dankzij de gegevensbank waarover hij beschikt, en vervolgens een lijst op te stellen die het resultaat van deze opzoeking gedetailleerd weergeeft (Bergen 1 oktober 2002, *JT* 2002, 815);

dat stuk moet wel voldoende nauwkeurig worden aangeduid; de eiser (en ook de rechter ambtshalve) moet het stuk dus precies omschrijven zodat geen twijfel kan bestaan over welk stuk het gaat; er kan dus geen sprake zijn van een blinde jacht op stukken (“*fishing expedition*”) door de overlegging te

vorderen van alle nuttige documenten in de hoop bij toeval relevante bewijs-elementen te achterhalen (Rb. Brussel 3 februari 2011, *TRV* 2011, 199, noot);

– het neer te leggen stuk moet het bewijs inhouden van een ter zake dienend feit:

om te weten of het stuk het bewijs impliceert van een ter zake dienend feit, zou dat stuk reeds vooraf voorhanden moeten zijn; dat is precies niet het geval; wat derhalve bedoeld wordt is dat de eiser (en ook de rechter ambtshalve) moet kunnen aantonen dat het feit dat naar hun oordeel in het betrokken stuk neergelegd is, dienend is voor de oplossing van het geschil;

niet vereist is daarbij dat het stuk doorslaggevend of afdoend is, het volstaat dat het nuttig is (vgl. art. 875*bis* Ger.W.), hetgeen door de rechter soeverein wordt beoordeeld;

– het is verder noodzakelijk dat er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde dat stuk onder zich heeft:

de partij die om toepassing van artikel 877 Ger.W. vraagt (en ook de rechter ambtshalve) moet elementen aanvoeren waaruit redelijkerwijze kan worden afgeleid, dus bewijzen, dat het stuk zich in handen van de tegenpartij of van een derde bevindt;

irrelevant is op welke grondslag de partij of de derde houder is van het stuk; een juridische titel is daartoe niet vereist.

230 De modaliteiten van de procedure waarbij de overlegging van bepaalde stukken wordt bevolen, worden geregeld in artikel 878 e.v. Ger.W.

De rechter mag daarbij niet uit het oog verliezen dat ten aanzien van openbare ambtenaren voorafgaande machtigingen vereist zijn, zoals bijvoorbeeld voor een notariële akte door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, voor een strafdossier door het Openbaar Ministerie (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1176)...

Bij het bevel tot mededeling van bepaalde stukken moet de rechter ook rekening houden met het beroepsgeheim (art. 929 Ger.W.), dat evenwel niet absoluut is (Cass. 29 oktober 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 197; Cass. 24 mei 2005, *T.Gez.* 2006-07, 174, noot F. BLOCKX). Stukken die evident daaronder vallen, mag hij in principe niet doen voorleggen (Cass. 18 mei 1972, *Pas.* 1972, I, 861). Dat is bijvoorbeeld niet het geval ten aanzien van bankiers (Cass. 25 april 1978, *JT* 1979, 371, noot A. BRUYNEEL). Was de rechter niet op de hoogte van het beroepsgeheim op het moment dat hij het bevel heeft opgelegd, dan kan

dat naderhand worden rechtgezet door degene van wie de voorlegging van het stuk wordt gevraagd (art. 878, tweede lid Ger.W.).

Ook andere wettige redenen kunnen de verplichting van de partijen en/of derden tot medewerking inzake de bewijsgaring, zelfs na bevel van de rechter, beperken en hen toelaten de overlegging van documenten te weigeren. Voorbeelden daarvan (kunnen) zijn: de bescherming van het privéleven, het vertrouwelijk karakter van briefwisseling tussen een partij en haar advocaat (Bergen 12 juli 1985, *JT* 1986, 345), de vertrouwelijkheidsplicht van een partij... Geoordeeld werd ook dat de bankier als derde er niet toe gehouden is stukken over te leggen die dateren van een eerdere periode dan de contractuele (Reglement van bankverrichtingen) of wettelijke (boekhoudwet) bewaarstermijn van tien jaar (Gent 6 januari 2011, *DAOR* 2011, 567, noot D. BLOMMAERT).

De rechter oordeelt of al dan niet sprake is van een wettige reden. Zo werd beslist dat de rechter moet nagaan of de arts en zijn tuchtoverheid zich terecht beroepen op het beroepsgeheim om bepaalde stukken niet over te leggen (*in casu* over de vraag te weten of een medisch getuigschrift al dan niet zonder voorafgaand medisch onderzoek was afgeleverd) (Cass. 20 maart 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 835 en *JT* 1990, 194, noot P. LAMBERT; Cass. 29 oktober 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 197). Twijfelt de rechter, dan kan hij bevelen dat het document hem voorafgaand wordt voorgelegd (Cass. 19 december 1994, *RW* 1995-96, 1207, noot S. VAN OVERBEKE en *T.Gez.* 1996-97, 257, noot C. NENNAU-HUBLET). Ook kan de rechter ambtshalve een deskundigenonderzoek bevelen aangaande de door de derde ingeroepen onmogelijkheid tot overlegging van de betrokken stukken (Rb. Brugge 23 april 2010, *TGR-TWVR* 2010, 255).

Het vonnis waarbij de mededeling van stukken wordt bevolen is niet vatbaar voor verzet of hoger beroep (art. 880, tweede lid Ger.W.). In geval van wetsovertreding is wel cassatieberoep mogelijk (D. MOUGENOT, *La preuve*, 101, nr. 32). Door het Hof van Cassatie werd in dat verband geoordeeld (Cass. 30 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 632, concl. Adv. Gen. F. DUMON):

- dat een procespartij die toepassing wil maken van artikel 871 Ger.W. er niet mee kan volstaan in haar conclusie de tegenpartij te verzoeken over te gaan tot overlegging van een stuk en dat wel integendeel de *actio ad exhibendum* effectief moet worden ingesteld;
- van miskennis van artikel 871 Ger.W. pas sprake is, wanneer een procespartij de rechter heeft verzocht de wederpartij te bevelen dat stuk over te leggen en de rechter met schending van die wetsbepaling niet op dat verzoek is ingegaan.

§ 2. Onderzoeksmatregelen

231 Het Gerechdelijk Wetboek biedt de rechter de mogelijkheid om een aantal onderzoeksmatregelen op te leggen, zoals onder meer het schriftonderzoek (art. 883-894 Ger.W.), de valsheidprocedure (art. 895-914 Ger.W.), het getuigenverhoor (art. 915-961 Ger.W.), het deskundigenonderzoek (art. 962-991*bis* Ger.W.) (Cass. 21 november 2006, *Pas.* 2006, 2442), het verhoor van partijen (art. 992-1004), de plaatsopneming (art. 1007-1016), de vaststelling van overspel bij gerechtduurwaarder (art. 1016*bis* Ger.W.), alsook het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtduurwaarder (art. 516 Ger.W.) (zie in dat laatste verband M.E. STORME, “De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een deurwaarder op verzoek van particulieren”, *RW* 1994-95, 345-352).

Door de wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechdelijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging (*BS* 3 augustus 2012) werd recent de schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmatregel (art. 961/1-3 Ger.W.) ingevoerd (zie daarover B. SAMYN, “Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmatregel”, *De Juristenkrant* 2012, afl. 254, 7; D. MOUGENOT, “La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil”, *JT* 2012, 633-637).

De vraag kan daarbij worden gesteld of de rechter ook nog andere dan de wettelijk bepaalde onderzoeksmatregelen (bv. een autopsie, een opgraving, een psychisch onderzoek door een maatschappelijk assistent in familiezaken) kan bevelen. In de rechtsleer wordt die vraag positief beantwoord (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierchtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 61, nr. 32). Er wordt verwezen naar twee bepalingen in het Gerechdelijk Wetboek die dat standpunt ondersteunen. Enerzijds bepaalt artikel 19, tweede lid Ger.W. dat, alvorens recht te doen, de rechter, in elke stand van de rechtspleging, een voorafgaande maatregel kan bevelen om de vordering te onderzoeken of een tussengeschild te regelen dat betrekking heeft op een dergelijke maatregel, dan wel de toestand van de partijen voorlopig te regelen (V. D’HUART, “La médiation au coeur du barreau” (noot onder Arbrb. Hoei 11 februari 1998), *JLMB* 1998, 695; G. DE LEVAL, “Le juge peut-il ordonner des mesures d’instruction non-prévues par la loi?” (noot onder Vred. Louviègné 20 oktober 1988), *Ann.dr.Lg.* 1990, 415). Anderzijds bepaalt artikel 889 Ger.W. dat de rechter in het kader van een schriftonderzoek tot alle dienstige onderzoeksmatregelen kan besluiten, die hij zelf verricht of onder zijn leiding doet verrichten, en wordt daarbij als voorbeeld de schrijfproef gegeven.

232 Al die onderzoeksmatregelen mogen door de rechter ambtshalve worden bevolen, behalve de vaststelling van overspel en het schriftonderzoek, alhoewel dat laatste in de rechtsleer wordt betwist (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatie-

rechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 60, nr. 30; D. MOUGENOT, *La preuve*, 100, nr. 32). De rechter kan ook aan een andere rechtbank of aan een andere rechter een ambtelijke opdracht geven om daden van onderzoek te doen verrichten (art. 11, 873 en 874 Ger.W.) en in een aantal gezinsrechtelijke geschillen zelfs aan het Openbaar Ministerie (art. 872 Ger.W.). Voor grensoverschrijdende bewijsverzekrijging in burgerlijke en handelszaken is er de verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten.

233 De rechter beoordeelt soeverein de opportuniteit van de onderzoeksmaatregel, mits het eruit voortvloeiende bewijs wettig is en hij het recht op bewijs niet miskent (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 2007, 409, nr. 99; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 386, nr. 679).

Wel wordt bij artikel 875*bis* Ger.W. (ingevoegd bij art. 2 wet 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van art. 509*quater* van het Strafwetboek, *BS* 22 augustus 2007), dat deel uitmaakt van de afdeling “Voorafgaande bepalingen” van het hoofdstuk in het Gerechtelijk Wetboek dat handelt over het “Bewijs”, voorgeschreven dat de rechter de keuze van de onderzoeksmaatregel beperkt tot wat volstaat om het geschil op te lossen, waarbij de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur geniet. Daarmee wordt, in navolging van bepaalde rechtsleer (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 14) expliciet het principe van de subsidiariteit van de onderzoeksmaatregel ingevoerd. Daarenboven wordt uitdrukkelijk vermeld dat de meest eenvoudige, snelle en goedkope maatregel de voorkeur verdient. Terecht wordt de bedenking gemaakt dat de wetgever, met het oogmerk om te verhelpen aan de gerechtelijke achterstand, daarmee eerder lijkt te kiezen voor snelheid dan voor waarheid en dat dit merkwaardig is omdat het verlaten van de traditionele opvatting van de lijdelijkheid van de rechter net verdedigd werd (M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 315) vanuit de overtuiging dat, op grond van de door de partijen gestelde feiten, de objectieve waarheid veeleer dan de juridische waarheid door de rechter moet worden achterhaald (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 61, nr. 33).

In ieder geval blijft gelden dat de bewijsvoering in eerste orde een partijwerkzaamheid is. De partijen moeten in eerste instantie zelf de nodige inspanningen doen om de bewijsvoering te bevorderen. Indien blijkt dat zij daarin schromelijk zijn tekort geschoten, is het niet de taak van de rechter om aan de tekortkoming van de partijen te verhelpen (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 426). In een geval waarin was gebleken dat beeerde gebreken in uitgevoerde aannemingswerken inmiddels waren hersteld,

werd bijvoorbeeld een vordering tot aanstelling van een deskundige afgewezen, onder de motivering dat een dergelijk onderzoek met de nodige terughoudendheid moet worden bevolen en deze onderzoeksmaatregel niet dient om het in gebreke blijven van een partij bij het verzamelen van bewijzen op te vangen (Antwerpen 9 december 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 112, noot H. VAN GOMPEL; in dezelfde zin Rb. Brugge 20 november 2009, *T.Vred.* 2011, 381).

Opdat de rechter onderzoeksmaatregelen zou kunnen opleggen, moet wel steeds aan twee voorwaarden zijn voldaan. De opgelegde maatregelen moeten betrekking hebben op feiten die door de gedingvoerende partijen worden aangevoerd (*b e s c h i k k i n g s b e g i n s e l*). Daarenboven moet de rechter het *b e g i n s e l* van de *t e g e n s p r a a k* respecteren (Cass. 11 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 62).

234 Onderzoeksmaatregelen zijn als dusdanig geen bewijsmiddelen, maar kunnen wel toegelaten bewijsmiddelen opleveren, zoals bekentenissen of feitelijke vermoedens, waarmee de rechter rekening mag houden binnen de perken van het gereguleerd bewijsstelsel (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 662; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 167, nr. 224; *anders*: L. CORNELIS, *De verbintenis*, 240, nr. 202, die meent dat het ook hier gaat om bewijsmiddelen; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2260, nr. 1649, die het discussiepunt aanhaalt, maar zelf geen standpunt inneemt).

Vooraf het deskundigenonderzoek speelt op bewijsvlak een steeds grotere rol. Deskundigen verlenen niet slechts een (voor de rechter niet-bindend) advies over de technische aspecten van het geschil. Hun werk draagt ook bij tot de vaststelling van de feitelijke elementen van het dossier. In die feiten kan de rechter, wanneer het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is, door een in cassatie onaantastbare beoordeling feitelijke vermoedens vinden zoals bedoeld bij artikel 1349 BW, die bewijs kunnen opleveren onder de voorwaarden van artikel 1353 BW (Cass. 14 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 88). Daarbij komt dat bepaalde situaties zo snel evolueren dat zonder uitstel vaststellingen moeten gebeuren die riskeren onmogelijk nog gedaan te kunnen worden in het kader van een procedure ten gronde. Uitermate belangrijk in het licht van de verzameling van bewijselementen is bijgevolg ook artikel 584 Ger.W. dat voorschrijft:

- in een eerste en tweede lid, dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (in alle materies) en de voorzitters van de arbeidsrechtbank en van de rechtbank van koophandel (in de materies die tot de respectieve bevoegdheden van hun rechtbanken behoren), in gevallen die zij spoedeisend achten, bij voorraad uitspraak doen;
- in een vierde lid, punt 2, dat de voormelde voorzitters onder meer “om het even welke vaststellingen of deskundige onderzoeken (kunnen) bevelen, zelfs met raming van de schade en opsporing van de oorzaken ervan”.

Aangezien het niet gaat om bewijsmiddelen wordt hier niet verder ingegaan op de onderzoeksmaatregelen, met dien verstande dat het schriftonderzoek en de valsheidprocedure wel aan bod komen bij de behandeling van de bewijskracht van de akte.

§ 3. Mogelijke sancties

A. HET BESCHIKKINGSBEGINSEL

235 Niettegenstaande de actieve rol van de rechter inzake de bewijsgaring, volgt uit het beschikkingsbeginsel en uit het accusatoir karakter van het burgerlijk proces dat de partijen uiteindelijk het laatste woord hebben bij de afbakening van het geschil. Ook en zelfs wanneer de rechter ambtshalve een onderzoeksmaatregel heeft opgelegd, kunnen de partijen in onderling akkoord steeds verzaaken aan de uitvoering van deze maatregel, behalve wanneer de materie de openbare orde raakt. In dat geval zal de rechter zijn uitspraak moeten baseren op de door de partijen reeds aangebrachte bewijzen (Cass. 2 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1173 en *Pas.* 2005, 1167, concl. A. HENKES; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 87; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 208, nr. 171). Afgezien daarvan moet de vraag worden gesteld naar de gevolgen van het feit dat één partij weigert mee te werken aan de bewijsvoering, zelfs na bevel daartoe van de rechter.

B. FEITELIJK VERMOEDEN TEGEN DE ONWILLIGE PARTIJ

236 Er bestaat geen wettelijk vermoeden dat zou toelaten het gebrek aan medewerking van een partij aan de bewijsgaring te bestempelen als het bewijs van het betwiste feit dat door de tegenpartij wordt aangevoerd (Bergen 21 juni 1995, *RGAR* 1997, nr. 12793).

237 Of in dat verband sprake kan zijn van een feitelijk vermoeden, wordt betwist.

Sommigen verdedigen dat uit de weigering van een partij om mee te werken aan de bewijsvoering door de rechter niet mag worden afgeleid dat het betwiste feit als door de wederpartij bewezen moet worden beschouwd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2265, nr. 1651). Zo mag de rechter uit de enkele weigering een onderzoek door een deskundige te ondergaan, geen enkel vermoeden afleiden in verband met de feiten waarvan het bewijs moet worden aangebracht (Cass. 7 maart 1975, *RW* 1974-75, 2335).

Anderen verdedigen terecht dat uit de deloyale houding van een procespartij die weigert zijn verplichting tot medewerking inzake bewijsvoering na te komen, de rechter de conclusies kan trekken die hij geraden acht (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 33; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 162, nr. 32; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 45, nr. 36, voetnoot 110). Zo kan de rechter die weigering beoordelen en uit de weigering

zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden afleiden (Cass. 17 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1141, *R.Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS en *RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN; Arbrb. Brussel 7 december 2010, *JTT* 2011, 317, noot; D. MOUGENOT, *La preuve*, 103, nr. 33). Dat laatste standpunt wordt sinds kort in artikel 972*bis*, § 1 Ger.W. (ingevoegd bij art. 10 wet 15 mei 2007) uitdrukkelijk bevestigd inzake het deskundigenonderzoek.

C. VEROORDELING TOT EEN GELDBOETE EN/OF TOT SCHADEVERGOEDING WEGENS MISBRUIK VAN PROCESRECHT

238 Bij artikel 780*bis* Ger.W. wordt voorgeschreven dat de partij die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk vertragende of onrechtmatige doeleinden kan worden veroordeeld tot een geldboete van 15,00 EUR tot 2.500,00 EUR, onverminderd de schadevergoeding die gevorderd zou worden. In dat geval wordt in dezelfde beslissing daarover uitspraak gedaan voor zover schadevergoeding voor tergend of roekeloos geding wordt gevorderd en toegekend. Indien zulks niet het geval is, worden de partijen verzocht toelichting te geven overeenkomstig artikel 775 Ger.W. De Koning kan het minimum- en maximumbedrag om de vijf jaar aanpassen aan de kosten van het levensonderhoud. De boete wordt geïnd door de administratie van de Registratie en Domeinen met aanwending van alle middelen van recht (zie daarover o.m.: P. TAELEMAN en B. DECONINCK, “Quid pro quo omtrent de nietigheden en de sancties?”, in X., *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2008, 119-152).

D. VEROORDELING TOT DE GEDINGKOSTEN

239 Bij artikel 1017, eerste lid Ger.W. wordt voorgeschreven dat, tenzij bijzondere wetten anders bepalen, ieder eindvonnis, zelfs ambts-halve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst. Aangenomen wordt dat artikel 1382 BW een bijzondere wet is in de zin van deze wetsbepaling (Cass. 24 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 965; Cass. 14 mei 2001, *Arr.Cass.* 2011, 885). Wanneer de kosten veroorzaakt zijn of minstens nadelig werden beïnvloed door de fout van een procespartij (hier bestaande uit een tekortkoming aan de verplichting tot medewerking inzake bewijsvoering), kunnen, ingeval de andere partij de in het ongelijk gestelde partij is, de kosten op grond van artikel 1382 BW anders worden verdeeld (S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 38-39). Zo kan de verweerder worden veroordeeld tot de helft van de kosten van het deskundigenonderzoek dat zij door haar weigering tot medewerking nutteloos heeft gemaakt, ook al wordt de vordering van de eiser ongegrond verklaard (Kh. Luik 3 februari 1978, *RCJB* 1979, 451, noot E. CEREXHE en *JCB* 1980, 387, noot D. DESSARD).

E. OPLEGGEN VAN EEN DWANGSOM

240 Indien de procespartij die een onderzoeksmaatregel vordert zulks vraagt, kan de rechter de onderzoeksmaatregel in principe bevelen onder verbeurte van een dwangsom (Cass. 12 november 1999, *RW* 2000-01, 728, noot; Bergen 12 juli 1985, *JLMB* 1987, 16; Rb. Luik 2 juli 1980, *JL* 1980, 241, noot G. DE LEVAL; Rb. Hoei 30 december 1981, *JL* 1982, 137, noot G. DE LEVAL; Kh. Luik 3 maart 1993, *JLMB* 1993, 1274; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 36; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 215, nr. 177; D. MOUGENOT, *La preuve*, 103, nr. 33; anders: Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 786). Niet alleen een eindveroordeling, doch ook het bevel tot uitvoering van een onderzoeksmaatregel in een vonnis alvorens recht te doen, is te bestempelen als een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1385bis Ger.W. (Beneluxhof 29 november 1993, *RW* 1993-94, 705, met concl. Adv. Gen. D’HOORE). Alhoewel ook daar nog belangenafweging mogelijk blijft, wordt het opleggen van een dwangsom wel beperkt door het recht op fysieke integriteit (B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 446-448, nr. 144).

F. TOEPASSING VAN ARTIKEL 882 GER.W.

241 Ook buiten het specifieke geval van misbruik van procesrecht, kunnen, krachtens artikel 882 Ger.W., de partijen of derden die zonder wettige reden (bv. beroepsgeheim of overmacht) nalaten uitvoering te geven aan het bevel van de rechter om een stuk te voegen bij het dossier van de rechtspleging, aansprakelijkheid oplopen (S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 37-38; D. MOUGENOT, *La preuve*, 103, nr. 33). De nalatige partij of derde zal tot schadevergoeding kunnen veroordeeld worden, op voorwaarde dat de eiser de schade (het verlies van de kans op succes) kan bewijzen die hij daardoor lijdt. Terecht wordt opgemerkt dat zulks, bij ontstentenis van het stuk zelf, eigenlijk een niet te verwezenlijken klus is (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 215, nr. 177).

G. HERROEPING VAN HET GEWIJSDE

242 Artikel 1133, 2° Ger.W. laat een procespartij toe, ingeval de andere partij een beslissend stuk heeft achtergehouden en zulks pas na de uitspraak aan het licht is gekomen, een verzoek tot herroeping van het gewijsde in te dienen.

H. STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING

243 Ten slotte is er nog artikel 495 *bis* Sw. dat correctionele straffen voorziet voor hem die een stuk dat hij onder zich heeft en waarvan de overlegging in rechte bij een vonnis werd bevolen, bedrieglijk vernietigt, verandert of verbergt.

AFDELING IV

DE VERPLICHTING VAN DE PARTIJEN TOT SAMENWERKING AAN DE BEWIJSGARING

244 Uit wat voorafgaat vloeit voort dat ingevolge de hierboven beschreven wettelijke evolutie in hoofde van de procespartijen in principe de verplichting bestaat om mee te werken aan onderzoeksmaatregelen die de rechter beveelt en dat de rechter de onwillige procespartij op allerhande wijzen kan sanctioneren. De vraag is vervolgens te weten of die wettelijke evolutie ook het bestaan impliceert van een algemene verplichting van de procespartijen tot samenwerking aan de bewijsgaring. Daarover blijft betwisting bestaan. Er kunnen twee kampen worden onderscheiden.

245 Een minderheidsopvatting staat een strikt legalistische benadering voor. Bij gebrek aan uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor, wordt de idee van een algemene samenwerkingsplicht voor de partijen inzake de bewijsgaring verworpen (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 54, nr. 11; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 211, nr. 174 en 214, nr. 177). Verdedigd wordt dat de wetgever slechts in beperkte mate is afgeweken van het adagium *nemo tenetur edere contra se*. De artikelen 871 en 877 Ger.W. vereisen de tussenkomst van de rechter. Zij geven aan de rechter een mogelijkheid, maar leggen hem geen verplichting op om de overlegging van stukken te bevelen. Zij moeten dan ook beperkend worden geïnterpreteerd. Ook de plaats van artikel 871 in het Gerechtelijk Wetboek bevestigt dit. Het daaraan voorafgaande artikel 870 Ger.W. legt de bewijslast uitdrukkelijk bij iedere partij afzonderlijk, zonder verwijzing naar samenwerking. De voorbereidende werken voorzien daarenboven enkel in een plicht tot medewerking van de partijen met de rechter wat betreft de uitvoering van de door hem bevolen onderzoeksmaatregelen, zonder tot een samenwerkingsgedachte tussen de partijen te besluiten. Een correcte toepassing van het principe van de bewijsmedewerking houdt dan ook in dat een procespartij op verzoek van de rechter moet meewerken aan het bewijs dat de andere gedingpartij moet aanbrengen, zonder evenwel zover te gaan dat de eerste procespartij haar versie van de feiten moet aanbrengen als blijkt dat de eiser niet in zijn bewijs slaagt of elk stuk moet aanbrengen dat zij in haar bezit heeft (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 137, nr. 130).

246 Een meerderheidsopvatting verdedigt het bestaan van een algemene verplichting van de partijen tot samenwerking inzake de bewijsgaring, gegrond op het beginsel van de goede trouw (Brussel 28 juni 1993, *JT* 1993, 688; Gent 20 juni 1997, *TBH* 1998, 445; Arbh. Brussel 19 december 2006, *Soc.Kron.* 2008, 552; Antwerpen 21 oktober 2009, *P&B* 2010, 116; Rb. Nijvel 18 oktober 1995, *JLMB* 1995, 1669; KG Rb. Luik 27 februari 1995, *RGAR* 1997, nr. 12716; Kh. Hasselt 20 mei 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 317, noot A. CLABOTS; Besl. Gent 13 oktober 2009, *RW* 2010-11, 1267; Pol. Brussel 7 december 2011, *T.Pol.* 2012, 41; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 385, nr. 679; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandius, Universiteit Gent, 2010, 4, nr. 5 en 10, nr. 15; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348, 349-350 en 469-470; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 85 en 88; O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 371; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.2-3, nr. 5104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 100, nr. 31; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 156 en 162; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2262-2263, nr. 1651 en 2265-2266, nr. 1652; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 43 en 46; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 186 e.v.; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 187; G. DOMEZ, “La participation des parties à l’administration de la preuve” (noot onder Cass. 16 mei 1974), *RCJB* 1976, 158-159; D. DESSARD, noot onder Voorz. Kh. Luik 3 februari 1978, *BRH* 1980, 392; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 1987, 64-66 en 353-354; W.G., noot onder Cass. 20 november 1970, *Arr.Cass.* 1971, 263 e.v.; J. LAENENS, B. BROECKX *et al.*, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 535-536; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 29-30; L. VERHAEGEN, *Het getuigenbewijs*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 29-31; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 162, nr. 32; G. STEVIGNY, “De bewijslast in het burgerlijk proces”, *RW* 1957-58, 153-154; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 661-662; E. KRINGS, “Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding”, *RW* 1983-84, 353-354; M.E. STORME, “De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrechts- en bewijsrecht”, *TPR* 1990, 356; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 45, nr. 36; vgl. H. DE PAGE, *Traité*, 737-738, nr. 729.A; W. VANDENBUSSCHE en I. SAMOY, “Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs”, *T.Fam.* 2012, 154, nr. 5). Hier wordt verdedigd dat op iedere procespartij de plicht rust op eerlijke wijze bij te dragen tot de bewijsvoering en de tegenpartij op dat

vlak waar mogelijk te helpen. Het adagium dat niemand wordt verondersteld bewijs tegen zichzelf aan te brengen (*nemo tenetur edere contra se*), is verlaten en maakt geen deel meer uit van het burgerlijk (proces)recht. De voorbereidende werken wijzen in die zin (verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 212). Het rechtsvertrouwen vereist dat de voorrang van de rechtsbedeling op de eigenrichting een rechtvaardig en correct resultaat niet in de weg staat. Loyauteit in de procesvoering, gegrond op het beginsel van de goede trouw, en een volwaardige waarheidsvinding, met eerbiediging van de beperkingen opgelegd door de proceseconomie en door het recht op een eerlijk proces, zijn daarbij cruciaal.

247 Het Hof van Cassatie heeft zich inmiddels in meerdere arresten aangesloten bij de meerderheidsopvatting.

Reeds in een arrest van 8 december 1953 (*JT* 1954, 293) oordeelde het Hof van Cassatie dat wanneer de eiser een negatief bewijs moet aanbrengen, de verweerder moet meehelpen bij het vinden van de waarheid.

In zijn arrest van 25 september 2000 (*Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot K.W., dat een bevestiging inhoudt van Cass. 15 juni 1967, *Arr.Cass.* 1967, 1264) is het Hof van Cassatie een stap verdergegaan en heeft het Hof het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel erkend volgens hetwelk de partijen verplicht zijn mee te werken aan de bewijsvoering en dat onder meer is neergelegd in de artikelen 870 en 871 Ger.W. (andere toepassingen van datzelfde algemeen rechtsbeginsel zijn te vinden in art. 877 e.v. Ger.W., alsook in art. 1253*quinquies* Ger.W.). De rechter die weigert de door de schuldeiser gevorderde onderzoeksmaatregel (mededeling door de schuldenaar van een dwangsom op grond van boekhoudkundige stukken van het juist aantal, sedert een bepaalde datum verkochte flessen, onder toezicht van een accountant, om te bewijzen dat aan de voorwaarden van het verschuldigd zijn van de dwangsom is voldaan) te bevelen omdat zulks zou neerkomen op een omkering van de bewijslast, schendt dat algemeen rechtsbeginsel. Het bewijs dat de voorwaarden voor de dwangsom vervuld zijn moet weliswaar worden geleverd door de partij die de tenuitvoerlegging van de dwangsom vordert, maar geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat de beslagrechter, als hij de door die partij gevorderde onderzoeksmaatregel beveelt, de op voornoemde partij rustende bewijslast omkeert.

In een arrest van 10 december 2004 (*Arr.Cass.* 2004, 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL, *RCJB* 2005, 680, noot J. BUYLE en *T.Vred.* 2007, 392, noot R. STEENNOT) heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat op de kredietgever de verplichting rust tot onderzoek naar de informatie over de financiële toestand en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument die een kredietovereenkomst aanvraagt en dat de bewijslast dat de kredietgever in gebreke is gebleven rust op de consument, onverminderd de verplichting van

de kredietgever om, binnen de wettelijk bepaalde grenzen, tot het bewijs bij te dragen.

In zijn arrest van 18 januari 2007 (*Res Jur.Imm.* 2007, 27) oordeelde het Hof van Cassatie:

- dat de verplichting opgelegd door het lastenboek aan de aannemer om de veiligheid en het verkeer van de boten niet te belemmeren en om een ankerplaats van minstens drie meter te behouden tijdens de duur van de werken, geen middelenverbintenis, maar een resultaatsverbintenis is;
- dat door te overwegen dat de aannemer niet bewijst de minste maatregel te hebben genomen teneinde de veiligheid van de binnenschippers te garanderen, ondanks de aanwezigheid van rotsblokken, het arrest het Waalse Gewest niet vrijstelt om aan te tonen dat de aannemer niet alle nuttige veiligheidsmaatregelen heeft genomen en de aannemer evenmin oplegt te bewijzen dat zij dergelijke maatregelen had genomen;
- dat het arrest enkel de mate bepaalt waarin deze partij, gehouden tot een plicht tot samenwerking bij de bewijslevering, zich nader moest verklaren over wat zij had gedaan om de schade te voorkomen.

In de gevallen die hebben geleid tot de cassatiearresten van 10 december 2004 en 18 januari 2007 had de rechter geen onderzoeksmaatregelen bevolen. Ongeacht of door de rechter al dan niet een onderzoeksmaatregel werd genomen, bestaat volgens het Hof van Cassatie voor de partijen dus wel degelijk een algemene verplichting om samen te werken aan de bewijsgaring en zich bijgevolg uit te spreken over de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen. De verplichting van de partijen is zodoende niet beperkt tot medewerking aan de uitvoering van door de rechter bevolen onderzoeksmaatregelen (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 596, nr. 10; anders: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 136, nr. 128).

HOOFDSTUK IV

DE SUBJECTIEVE BEWIJSLAST EN HET BEWIJSRISICO

248 Wat voorafgaat leert dat een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de subjectieve bewijslast (de last om een betwist feit te bewijzen die steeds op één van de procespartijen rust) en anderzijds de bewijsgaring (het bijbrengen van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal dat tegelijk de zaak kan zijn van alle procespartijen) (R. DEKKERS, “De la collaboration des plaideurs dans l’administration de la preuve” (noot onder Luik 31 januari 1956), *RCJB* 1959, 148 e.v.; G. DEMEZ, “La participation des parties dans l’administration de la preuve” (noot onder Cass. 16 mei 1974), *RCJB* 1976, 158, nr. 23; D. MOUGENOT, *La preuve*, 93, nr. 27). De vraag kan worden gesteld hoe de subjectieve bewijslast en de bewijsgaring zich onderling verhouden.

249 Subjectieve bewijslast en bewijsgaring beïnvloeden elkaar in principe niet. De verplichting die de rechter oplegt aan een van de partijen om bepaald bewijsmateriaal over te leggen, wijzigt de subjectieve bewijslastverdeling (Luik 26 februari 1985, *JL* 1985, 384, noot G. DE LEVAL; Kh. Luik 3 februari 1978, *RCJB* 1979, 451, noot E. CEREXHE; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 31). Toch is onrechtstreeks wel sprake van onderlinge beïnvloeding. Hoe meer bewijselementen zijn verzameld in het raam van de bewijsgaring, hoe kleiner de onduidelijkheid die omtrent de betwiste feiten overblijft en bijgevolg hoe geringer de rol van de subjectieve bewijslast (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 101-102, nr. 113). Dat heeft zijn belang op het vlak van het bewijsrisico, zijnde de kans op het verliezen van het proces omdat de rechter van oordeel is dat geen afdoende bewijs van de betwiste feiten wordt geleverd (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 212, nr. 173; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 157-158, nr. 9).

250 Wanneer alle procespartijen hun bewijselementen hebben bijgebracht, beslecht de rechter het geschil op grond van die elementen die hem overtuigen, zonder dat daarbij van belang is wie de subjectieve bewijslast draagt. Vandaar trouwens de vele rechterlijke beslissingen die in het ongewisse laten of de rechter al dan niet toepassing heeft gemaakt van artikel 1315 BW (D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 93, nr. 27). Het is evenwel allesbehalve uitgesloten dat de rechter, na alle voor hem aangebrachte elementen te hebben overwogen en na desgevallend, zelfs ambtshalve, een onderzoeksmaatregel te hebben bevolen, toch van oordeel is dat er twijfel blijft over de stelling van een van de partijen. Ook in dat geval moet de rechter uitspraak doen, zo niet maakt hij zich schuldig aan rechtsweigering zoals bedoeld bij artikel 5 Ger.W. (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het

bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005VI.2-3, nr. 5104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 93, nr. 27).

251 Een vaststaande cassatierechtspraak (Cass. 19 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 594; Cass. 10 december 1976, *Arr.Cass.* 1977, 406; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1119; Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS; Cass. 20 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 645) oordeelt dat de onzekerheid of de twijfel die blijven bestaan na de bewijsvoering in aanmerking moeten worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt. De partij op wiens schouders de last rust de feiten te bewijzen waaraan de rechter na de gedane bewijsvoering nog steeds twijfelt, wordt dus geacht in haar bewijsvoering te hebben gefaald en zal bijgevolg het proces verliezen. Op degene die de subjectieve bewijslast draagt, rust aldus het zogenaamde bewijsrisico. Zo zal de schuldeiser die schadevergoeding vordert en de door hem geleden schade niet kan bewijzen, worden afgewezen. Zo ook zal de twijfel die blijft bestaan over de tot ontslag ingeroepen dringende reden of over de naleving van de termijnen die daarbij moesten worden geëerbiedigd, worden aangenomen in het nadeel van degene die de subjectieve bewijslast droeg, zijnde (krachtens art. 35, achtste lid arbeidsovereenkomstenwet) de partij die de dringende reden heeft ingeroepen (Arbh. Bergen 21 maart 2011, *Ors.* 2011, 25). In dezelfde zin Arbh. Bergen 15 maart 2010, *T.Verz.* 2010, 421.

252 Die cassatierechtspraak doet volgens de meerderheidsopvatting in de rechtsleer (die het bestaan erkent van een algemene verplichting van de partijen tot samenwerking aan de bewijsgaring) besluiten dat de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. eerder het bewijsrisico dan de verdeling van de subjectieve bewijslast regelen. Waar de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling neergelegd in deze wetsartikelen wordt afgezwakt enerzijds door de verplichting van de partijen tot samenwerking inzake bewijsgaring en anderzijds door de mogelijkheid van de rechter om dienaangaande actief op te treden, zou die verdeling vooral de rol van risicoregeling behouden. Aangezien alle partijen moeten samenwerken en bewijsmiddelen moeten aanbrenge(n), zou de essentie van de voormelde wetsartikelen de vraag betreffen wie het bewijsrisico draagt, meer bepaald wie in het ongelijk wordt gesteld wanneer de rechter (na alle bewijsmateriaal te hebben afgewogen) blijft twijfelen omtrent het gelijk van de ene of de andere partij en oordeelt dat een van de partijen tekortschiet bij het aanbrenge(n) van het bewijs dat zij moet leveren. De gemeenrechtelijke bewijslastverdeling zou dus enkel bepalen wie het risico draagt, bij gebrek aan bewijs, het proces te verliezen. Ze is bijgevolg een leidraad voor de rechter die ook in geval van twijfel het geschil moet beslechten (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 87-89; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke

zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.2-3, nr. 5104; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 43, nr. 68; F. BOULANGER, “Réflexions sur le problème de la charge de la preuve”, *Rev.trim.dr.civ.* 1966, 736, nr. 5; M.E. STORME, “Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht” in B. ALLEMEERSCH, P. LONDERS en S. SROKA (eds.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2007, 11; D. MOUGENOT, *La preuve*, 93, nr. 27 en 100, nr. 31; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 662; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 162, nr. 216; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2265-2267, nr. 1652; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 43, nr. 35 en 45, nr. 36; L. SIMONT, “La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation” in X., *Actualité du droit des obligations*, 2005, 23; O. MICHIELS, “L’article 1315 du Code Civil: contours et alentours”, *Act.dr.* 1998, 371). Een enkele auteur spreekt in dit verband van de “objectieve bewijslast” (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 35, nr. 3).

253 Een minderheidsopvatting in de rechtsleer (die het bestaan van een algemene verplichting van de partijen tot samenwerking aan de bewijsgaring verwerpt) gaat niet zover. Zij betwist dat de rangorde van artikel 1315 BW te vernauwen zou zijn tot het bewijsrisico. De regeling van de subjectieve bewijslast geldt integendeel in eerste orde tijdens de procedure en niet slechts op het einde daarvan. De rechter moet niet alle aangebrachte bewijsmateriaal als dusdanig afwegen, doch dit materiaal afwegen conform de rangorde van artikel 1315 BW. Het principe van de goede trouw kan enkel corrigerend tussenkomen. Het bewijsrisico is slechts een rechtsgevolg van de correct toegepaste bewijslastverdeling. Zo niet loopt de rechtszekerheid gevaar (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 56-59, nrs. 17-26; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 212, nr. 175; zie ook: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 145-152, nrs. 141-148).

TITEL V

HET MATERIEEL BURGERLIJK BEWIJSRECHT. HOE MAG/MOET WORDEN BEWEZEN?

254 Na de vraag wat moet worden bewezen en door wie, blijft te onderzoeken hoe de partij op wie de bewijslast rust dat bewijs in rechte mag en/of moet leveren. Het betreft de kwestie van de toegelaten bewijsmiddelen, zijnde dus de wijze waarop of datgene waarmee men het bewijs van een betwist feit mag leveren (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158, nr. 10).

Binnen het burgerlijk bewijsrecht moet op dat punt een fundamenteel onderscheid worden gemaakt tussen burgerlijke zaken en handelszaken (hoofdstuk I). Eerst wordt nader ingegaan op de draagwijdte van dat onderscheid (afdeling I) en op het onderscheidingscriterium (afdeling II). Daarna wordt het gemengd bewijsstelsel behandeld (afdeling III) dat bindend is voor de partijen en voor de rechter (afdeling IV).

In burgerlijke zaken geldt een principieel gereguleerd bewijsstelsel (hoofdstuk II).

Na het toepassingsgebied van dat bewijsstelsel te hebben omschreven (afdeling I), worden de toegelaten bewijsmiddelen (afdeling II) en de hiërarchie tussen die toegelaten bewijsmiddelen toegelicht (afdeling III). Vervolgens worden die bewijsmiddelen afzonderlijk onderzocht in volgorde van niveau van bewijskracht dat hen kenmerkt. Eerst worden de bewijsmiddelen met afdoende bewijskracht bestudeerd (afdeling IV): de bekentenis (§ 1) en de gedingbeslissende eed (§ 2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht (afdeling V): de wettelijke vermoedens (§ 1), de akten (§ 2) en de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften (§ 3). Ten slotte wordt stilgestaan bij de bewijsmiddelen met een vrije bewijswaarde (afdeling VI): het getuigenbewijs (§ 1), het bewijs door feitelijke vermoedens (§ 2) en de andere geschriften (§ 3).

Ook in handelszaken geldt een principieel gereguleerd bewijsstelsel met dien verstande dat het bewijsstelsel er soepeler is en meer vrijheid toelaat (hoofdstuk III). Onderzocht wordt vooreerst welke de inhoud en de draagwijdte is van de vrijheid van bewijs in handelszaken (afdeling I). Vervolgens komen de wettelijk geregelde bijzondere bewijsmiddelen in handelszaken aan bod (afdeling II), meer bepaald de aanvaarde factuur (§ 1), de regelmatig gehouden boekhouding (§ 2) en de andere (§ 3). Tot besluit wordt een vergelijking gemaakt tussen het bewijsrecht in handelszaken en dat in burgerlijke zaken (afdeling III).

HOOFDSTUK I

**HET ONDERSCHIED TUSSEN BURGERLIJKE ZAKEN EN
HANDELSZAKEN**

255 Wat de toegelaten bewijsmiddelen betreft, moet binnen het burgerlijk bewijsrecht een fundamenteel onderscheid worden gemaakt tussen burgerlijke zaken en handelszaken.

AFDELING I

DE DRAAGWIJDTE VAN HET ONDERSCHIED

256 In burgerlijke zaken kan het bewijs niet worden geleverd dan volgens de regels en in de vormen bij de wet bepaald (Cass. 11 december 1969, *Arr.Cass.* 1969-70, 356) en is het bewijsstelsel principieel gereguleerd (Rb. Gent 10 april 2012, *Juristenkrant* 2012, afl. 248, 1; H. DE PAGE, *Traité*, 697, nr. 708.C en 712, nr. 717). In de artikelen 1316 tot en met 1369 BW wordt bepaald welke bewijsmiddelen er wanneer toegelaten zijn, welke de bewijskracht is van de toegelaten bewijsmiddelen en welke de hiërarchie is onder die bewijsmiddelen.

257 Onder verwijzing naar artikel 1341, *in fine* BW en artikel 25, eerste lid W.Kh. wordt doorgaans vooropgesteld dat in handelszaken daarentegen het principe van de vrijheid inzake bewijs geldt (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 21, nr. 1.3.2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 85, nr. 2; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 25, nr. 40; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 159, nr. 16; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 11-12, nr. 020; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2222, nr. 1625; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 41, nr. 13). Daarmee wordt bedoeld dat de bewijsvoering er in de regel mag worden gedaan door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen, ongeacht de waarde van de rechtshandeling en zelfs tegen en boven de inhoud van akten (Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444; Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022) en dat het bewijsrecht er ontsnapt aan het formalisme van de artikelen 1325, 1326 en 1328 BW (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 599, nr. 20; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 1; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 34-39, nr. 2.1). Dat neemt evenwel niet weg dat ook in handelszaken het gereglemen-

teerd bewijsstelsel van het burgerlijk recht principieel geldt in die zin dat dezelfde bewijsmiddelen er op dezelfde wijze gereguleerd zijn en het voorwerp uitmaken van een hiërarchie, zij het onder een soepelere vorm gelet op enerzijds de gelijkschakeling met het bewijs door een akte van het bewijs door getuigen en door feitelijke vermoedens en anderzijds de niet-toepasselijkheid van het formalisme van de artikelen 1325, 1326 en 1328 BW (H. DE PAGE, *Traité*, 698, nr. 708.D; D. MOUGENOT, *La preuve*, 65, nr. 4; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 380, nr. 671). Daarnaast kent het handelsrecht ook een verruiming van het aantal toegelaten bewijsmiddelen, zodat de rechter niet verplicht is de bewijsmiddelen waaraan hij bewijswaarde toekent, te kwalificeren als een van de in burgerlijke zaken toegelaten bewijsmiddelen (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 19, nr. 1.3.1 en 26-27, nr. 1.3.4; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 105, nr. 18 en 107, nr. 31).

AFDELING II

HET ONDERSCHIEDINGSCRITERIUM

258 Om te weten of het bewijsstelsel in burgerlijke zaken dan wel het bewijsstelsel in handelszaken van toepassing is, speelt in beginsel enkel de burgerrechtelijke of handelsrechtelijke aard van het te bewijzen feit, inzonderheid van de te bewijzen rechtshandeling (Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 634; Cass. 6 november 2008, AR C.07.0476.F, www.cass.be; Gent 27 oktober 1998, *TGR* 1999, 109; Antwerpen 3 maart 2003, *TBBR* 2005, 423; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 599, nr. 20; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9 en 82, nr. 116; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 33, nr. 440; H. DE PAGE, *Traité*, 908, nr. 887.B; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 106; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 88, nr. 3; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 2; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 28, nr. 1.3.5).

Van geen belang is de rechter voor wie het geschil wordt gebracht (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 33, nr. 440; H. DE PAGE, *Traité*, 907, nr. 887.B; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 106; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 28, nr. 1.3.5). Zo moet zowel de

burgerlijke als de strafrechter het handelsrechtelijk bewijsstelsel toepassen wanneer het gaat om het bewijs van een handelsverbintenis (Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444).

Al evenmin enige rol speelt in principe de hoedanigheid van de bij de rechtshandeling betrokken partijen (Antwerpen 3 maart 2003, *TBBR* 2005, 423; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 599, nr. 20; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9 en 82, nr. 116; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 33, nr. 440; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62-63, nr. 106; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 88, nr. 3; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 28, nr. 1.3.5). Ook wanneer een niet-handelaar een objectieve daad van koophandel stelt, geldt tegenover hem de bewijsregeling in handelszaken. Zij blijft van toepassing indien geen van de betrokkenen nog handelaar is (Cass. 12 september 1966, *Arr.Cass.* 1967, 50; Cass. 6 november 2008, AR C.O7.0476.F, www.cass.be). Dat neemt niet weg dat in de praktijk de bewijsregeling in handelszaken doorgaans betrekking heeft op verhoudingen tussen handelaars. Bij toepassing van artikel 2, *in fine* W.Kh. worden, behoudens tegenbewijs, alle verbintenissen aangegaan door een handelaar immers vermoed een handelsrechtelijk karakter te hebben (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 82, nr. 116; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 33, nr. 440; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 88-89, nr. 3). Het bewijs van een door een handelaar aangegane verbintenis zal in principe dus kunnen worden geleverd volgens het bewijsstelsel dat geldt in handelszaken. Enkel wanneer de handelaar aantoont dat die verbintenis een oorzaak heeft die vreemd is aan zijn handel, zal de tegenpartij moeten bewijzen conform het bewijsrecht in burgerlijke zaken.

259 De burgerrechtelijke of handelsrechtelijke aard van de te bewijzen rechtshandeling moet beoordeeld worden in hoofde van degene tegen wie het bewijs gericht is (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 83, nr. 117; H. DE PAGE, *Traité*, 907-908, nr. 887.B; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 106; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 89, nr. 3; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 218, nr. 216).

Dat geldt ook wanneer ten aanzien van onderscheiden daarbij betrokken personen tegen wie moet worden bewezen, de aard van dezelfde rechtshandeling verschilt. Vandaar dat werd geoordeeld (Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503) dat:

- een schuldbekentenis die is ondertekend door twee personen, waarvan een koopman is, een volwaardig schriftelijk bewijs van de aangegane verbintenis uitmaakt tegenover de ondertekenaar die koopman is;
- hieraan geen afbreuk wordt gedaan doordat de schuldbekentenis eveneens uitgaat van een ondertekenaar die geen koopman is;
- het arrest dat oordeelt dat ook een schuldbekentenis van een koopman niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 1326 BW, alhoewel deze vormvereisten moesten worden nageleefd omdat een van de ondertekenaars geen handelaar was, artikel 1326 BW schendt.

Dezelfde regeling geldt inzake uitdoving van verbintenissen. Enkel de burgerlijke of commerciële aard van de rechtshandeling waaruit de uitgedoofde verbintenis voortvloeit in hoofde van de partij tegen wie het bewijs gericht is, bepaalt het toepasselijke bewijsregime (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 35, nr. 460).

260 Naargelang de te bewijzen rechtshandeling in hoofde van degene tegen wie moet worden bewezen, een burgerrechtelijk dan wel handelsrechtelijk karakter heeft, geldt respectievelijk het bewijsstelsel in burgerlijke zaken dan wel het bewijsstelsel in handelszaken (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 252, nr. 213; G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 116, nr. 23; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2234, nr. 1633; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 2; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 120, nr. 134; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 218, nr. 216).

Zo moet bijvoorbeeld het bewijs van het bestaan en van de omvang van de verbintenis die voor een koopman voortvloeit uit de inhuurneming van een onroerend goed om er zijn handel in te drijven, niet worden geleverd overeenkomstig de regels van het burgerlijk recht (Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 634). In dezelfde zin kan het bewijs van het bestaan van een contract van bewaargeving (afgifte van een kledingstuk in de vestiaire van een restaurant), alsmede van de waarde en van de aard van de in bewaring gegeven zaak, door de bewaargever tegen de bewaarnemer-handelaar geleverd worden door alle middelen van recht (Luik 17 november 1991, *TBBR* 1991, 256, noot L. HOSTE).

261 In een aantal gevallen bepaalt de wet evenwel uitdrukkelijk dat de bewijsregeling in handelszaken op de overeenkomst toepasselijk is (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 23, nr. 1.3.2). Dat is meer bepaald het geval met:

- artikel 1 vervoerwet, Titel VIIbis, Boek I W.Kh. (niet meer van toepassing op vervoer van zaken over de weg, doch wel op postvervoer verricht in het kader van een openbare dienst, begrafenisvervoer en verhuizingen: art. 38, § 2 en 3 wet 3 mei 1999 betreffende het vervoer van zaken

- over de weg): de vervoerovereenkomst wordt bewezen door alle wettelijke middelen, inzonderheid door de vrachtbrief;
- artikel 112 wet 21 augustus 1879 op de zee- en binnenvaart: de overeenkomst van scheepshuur wordt bewezen door de in zaken van koophandel toegelaten middelen;
 - artikel 2 wet 5 mei 1936 op de binnenbevrachting: de overeenkomst tot bevrachting van een binnenschip wordt bewezen door de in handelszaken toegelaten middelen;
 - artikel 2 wet 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel: het recht op vrije beschikking wordt bewezen door alle middelen die toegelaten zijn in zaken van koophandel;
 - artikel 6 wet 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijkezekerheidsvereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten: het sluiten van de bij de wet bedoelde zekerheidsvereenkomsten (al dan niet met handelskarakter) moet schriftelijk worden bewezen, inclusief op elektronische wijze en op elke andere duurzame drager, of via alle rechtsmiddelen die in commerciële aangelegenheden zijn toegestaan; dit geldt ook voor de identificatie van de activa waarop de zakelijkezekerheidsvereenkomst betrekking heeft, en, wat de financiële instrumenten betreft, voor hun verschaffing;
 - artikel 11 Verdrag der Verenigde Naties van 11 april 1980 inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken;
 - ...

AFDELING III

HET GEMENGD BEWIJSSTELSEL

262 In principe geldt een gemengd bewijssysteem voor gemengde rechtshandelingen, zijnde rechtshandelingen die in hoofde van één partij een daad van koophandel uitmaken, maar burgerlijk zijn voor de andere partij, zoals bijvoorbeeld de verkoop door een handelaar aan een niet-handelaar (zie o.m. B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 95, nr. 2; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 28, nr. 1.3.6; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2234, nr. 1633; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 2).

Het gemengd bewijssysteem komt hierop neer dat elke partij het bewijssysteem moet respecteren dat geldt bij bewijsvoering tegen zijn wederpartij (Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 6 november 2008, *T.Vred.* 2012, 363, noot R. STEENNOT; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *TBH* 2010, 537; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 95, nr. 2).

De handelaar moet tegenover de niet-handelaar bewijzen volgens het bewijsrecht dat in burgerlijke zaken geldt (RvS 23 juni 1992, nr. 39.776, *Arr.RvS* 1992; Antwerpen 3 februari 1998, *AJT* 1998-99, 723; Luik 1 april 1998, *TBBR* 1999, 208; Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724; Gent 4 maart 2009, *DCCR*

2009, 135, noot G.L. BALLON; Antwerpen 18 februari 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 32; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, 923; Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 545, noot C. LEBON; Rb. Brussel 25 april 1994, *RW* 1994-95, 441; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 6 november 2008, *T.Vred.* 2012, 363, noot R. STEENNOT; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *TBH* 2010, 537; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 95, nr. 2). Voor handelaars in hun betrekkingen met particulieren heeft dit als belangrijk praktisch gevolg dat zij er veelal goed aan doen zich een schriftelijk bewijs te verschaffen.

Omgekeerd kan de niet-handelaar tegen de handelaar bewijzen volgens de bewijsregeling die in handelszaken geldt (Cass. 22 februari 1962, *Pas.* 1962, I, 712; Cass. 18 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 660; Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829; Luik 2 april 1999, *JLMB* 2002, 1048; Antwerpen 22 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 116, noot P.V.; Bergen 19 januari 2010, *JLMB* 2010, 1033; Brussel 27 oktober 2010, *TBBR* 2011, 462; Kh. Gent 11 januari 2001, *TBH* 2002, 135; Pol. Mechelen 10 augustus 2012, *RW* 2012-13, 871). De omstandigheid dat de niet-handelaar (hier een architect) deontologisch verplicht is zijn overeenkomst schriftelijk vast te leggen, doet daaraan geen afbreuk (Gent 23 juni 1994, *TGR* 1995, 9, noot G. BAERT).

263 Dit gemengd bewijsstelsel impliceert een verschillende behandeling van de handelaar ten opzichte van de niet-handelaar. De verschillende behandeling van handelaars en niet-handelaars lijkt hier nochtans objectief en redelijk te verantwoorden, zodat dat onderscheid niet strijdig lijkt met de artikelen 10 en 11 Gec.G.w. (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 14, nr. 9, voetnoot nr. 33; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 35, nr. 460 en 35-36, nr. 490).

264 In bepaalde gevallen heeft de gemengde bewijsregeling weinig of geen praktische impact. Dat kan meer bepaald het geval zijn wanneer uitzondering wordt gemaakt op de principiële bewijsstelsels die respectievelijk in burgerlijke en in handelszaken gelden (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 29-30, nr. 1.3.6).

Wanneer bijvoorbeeld een beleggingsonderneming geïsoleerde orders (orders andere dan in het kader van vermogensbeheer) voor rekening van een cliënt uitvoert, dan is die transactie in hoofdte van de beleggingsonderneming commercieel, terwijl ze in hoofdte van de cliënt of een handelskarakter heeft (ingeval het voor hem om een daad van koophandel gaat) of een burgerlijk karakter. In dat laatste geval geldt in principe het gemengd bewijsstelsel. Algemeen wordt evenwel de praktijk van de mondeling (bv. telefonisch) gegeven orders aanvaard als een van artikel 1341 BW afwijkende vaststaande gewoonte (Antwerpen 11 april 1994, *TBH* 1995, 1063, noot J. BUYLE, X. THUNIS; Gent 17 maart 1999, *TRV* 2001, 330, noot J. TYTECA; Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE; Kh. Brussel 27 april 1992, *TBH* 1993, 1059, noot J. BUYLE, X. THUNIS; Kh. Brussel 31 augustus 1995, *TBH* 1996, 1096, noot P. BUYLE, X. THUNIS; Kh. Bergen 22 februari 2001, *TBH* 2003, 63, noot J.P. BUYLE, M. DELIER-

NEUX). Na de uitvoering van het order, moet de beleggingsonderneming de cliënt op een duurzame drager de belangrijkste informatie over de uitvoering van het order verstrekken (art. 21 KB 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten). Die documenten (rekeninguittreksels, borderellen) worden doorgaans als begin van bewijs door geschrift erkend (*anders*: Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMAIN en *TBH* 2011, 338, noot A. ANDRE-DUMONT), dit niettegenstaande ze niet uitgaan van degene tegen wie ze ingeroepen worden. Het gebrek aan tijdig protest door de cliënt wordt als een stilzwijgende aanvaarding van de transactie aangezien, dit ongeacht of de transactie voor de cliënt al dan niet een handelskarakter heeft (Antwerpen 11 april 1994, *TBH* 1995, 1063, noot J. BUYLE, X. THUNIS; Gent 17 maart 1999, *TRV* 2001, 330, noot J. TYTECA; Gent 18 februari 2004, *RABG* 2005, 297, noot D. BLOMMAERT; Brussel 14 maart 2008, *TBH* 2010, 109, noot O. STEVENS; S. DELAËY, “Mondelinge beursorders – Het stilzitten van de cliënt na ontvangst van de rekening-uittreksels en/of bevestigingsborderellen bevestigd”, *RW* 2008-09, 258-268; *anders*: Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMAIN en *TBH* 2011, 338, noot A. ANDRE-DUMONT).

Een gelijkaardig toestand doet zich voor wanneer voor de niet-professionele cliënt de dienst van vermogensbeheer wordt verricht. In dat geval moet daarvan vooraf een schriftelijke overeenkomst worden opgemaakt waarin de belangrijkste rechten en verplichtingen van de gereguleerde onderneming en van de cliënt zijn vastgelegd, evenals de overige voorwaarden waaronder de gereguleerde onderneming diensten voor de cliënt zal verrichten (art. 20, § 1 KB 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten; art. 27, § 7 wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten). Nadien verstrekt de beleggingsonderneming aan de cliënt op een duurzame drager een periodiek overzicht van de uitgevoerde activiteiten van vermogensbeheer, tenzij een dergelijk overzicht al door een andere persoon wordt verstrekt (art. 22 van het voormelde KB 3 juni 2007). Ook op die rapporten is de regeling die geldt voor borderellen en uittreksels in verband met geïsoleerde orders, toepasselijk (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 30, nr. 1.3.6).

Ook ten aanzien van contracten tussen een handelaar en een consument is de gemengde bewijsregeling niet steeds van toepassing, omdat de wetgever ook van de consument een schriftelijk bewijs vereist (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 32, nr. 1.3.6). Dat is bijvoorbeeld het geval voor kredietovereenkomsten die vallen onder toepassing van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (art. 14, § 1).

265 Soms voorziet de wet, ook buiten de hypothese van de gemengde rechtshandeling, in een gemengde bewijsregeling (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 31-32, nr. 1.3.6).

Dat is het geval met:

- overeenkomsten onderworpen aan de wet van 1 april 1976 betreffende de verticale integratie in de sector van de dierlijke productie: krachtens artikel 2 moet de integrator tegenover de geïntegreerde, alhoewel handelaar, beschikken over een schriftelijk bewijs van het bestaan, van de voorwaarden en van de wijzigingen van de overeenkomst, terwijl de geïntegreerde vrij mag bewijzen;
- overeenkomsten waarbij exploitatierechten inzake auteursrechtelijk beschermde werken via een cessie of een licentie worden verleend:
 - krachtens de artikelen 3, § 1, tweede lid, respectievelijk artikel 35, § 2, eerste lid auteurswet kunnen dergelijke overeenkomsten tegen de auteur, respectievelijk tegen de uitvoerende kunstenaar, handelaar of niet, slechts schriftelijk (niet noodzakelijk via een akte: Rb. Turnhout 7 januari 1999, *IRDI* 2000, 42) worden bewezen; die regel is van dwingend recht en geldt ook beneden de 375,00 EUR; de uitzonderingen op artikel 1341 BW, bedoeld bij de artikelen 1347 en 1348 BW zijn niet van toepassing (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 31-32, nr. 1.3.6; G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 119, nr. 27);

- de auteur of de uitvoerende kunstenaar mag daarentegen het bestaan en de inhoud van de overeenkomst aantonen volgens het bewijsrecht in burgerlijke zaken dan wel in handelszaken, al naargelang de hoedanigheid van zijn tegenpartij (H. VANHEES, "Auteurscontract" in E. DIRIX *et al.* (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 14, nr. 19);
- bij gebreke aan een uitdrukkelijke afwijkende regeling ter zake, geldt dit bewijsstelsel ook voor computerprogramma's (art. 1 wet 30 juni 1994 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's) en voor databanken (art. 20^{is}, eerste lid auteurswet), aangezien in die wetten naar de bescherming via het auteursrecht wordt verwezen indien het eigen beschermingsstatuut geen afwijkende regeling bevat (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 31, nr. 1.3.6, voetnoot 110).

AFDELING IV

BINDEND VOOR DE PARTIJEN EN VOOR DE RECHTER

266 De onderling afwijkende bewijsregeling die geldt in burgerlijke zaken en handelszaken bindt de partij op wie de bewijslast rust. Een partij kan in burgerlijke zaken, ingevolge het gereguleerd bewijsstelsel, haar aanspraak in principe niet bewijzen zoals zij dat wil, door alle middelen van recht, maar moet aanwending maken van de wettelijk toegelaten bewijsmiddelen met hun vaste bewijskracht (of gebrek daaraan) (Cass. 11 december 1969, *Arr.Cass.* 1969-70, 356). Maar ook de rechter die het geschil moet beoordelen, is gebonden door het toepasselijke bewijsstelsel. Artikel 876 Ger.W. schrijft voor dat de rechter het aanhangige geschil berecht volgens de bewijsregels die van toepassing zijn op de aard van het geschil. Van zijn kant mag dus ook de rechter in een burgerlijk geschil alleen rekening houden met de bewijsvoering die overeenkomstig dat gereguleerd bewijsstelsel wordt gedaan.

HOOFDSTUK II

HET BEWIJSSTELSEL IN BURGERLIJKE ZAKEN

AFDELING I

HET TOEPASSINGSGBIED

267 Het bewijsstelsel in burgerlijke zaken, zoals dat is neergelegd in de artikelen 1316 tot en met 1369 BW, geldt in zijn volle omvang (dit wil zeggen, geen van die wetsartikelen uitgezonderd) enkel voor het bewijs van verbintenissen uit rechtshandelingen en in de verhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Die begrenzing heeft te maken met de *ratio legis* van artikel 1341 BW (het principe van de voorrang van de akte) dat veronderstelt dat men de mogelijkheid heeft gehad om omtrent het te bewijzen feit *in tempore non suspecto* een schriftelijk bewijs op te stellen (H. DE PAGE, *Traité*, 704, nr. 713.B en 706, nr. 713.D; zie over art. 1341 BW verder meer). Handelszaken zijn uitgesloten.

§ 1. Enkel voor rechtshandelingen

268 Het gereguleerd bewijsstelsel geldt in zijn volle betekenis enkel voor het bewijs van verbintenissen uit rechtshandelingen (Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670; Cass. 26 oktober 2006, AR C.05.0167.F, www.cass.be; D. MOUGENOT, *La preuve*, 109-110, nr. 39 en 274, nr. 215; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 78, nr. 106; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 170; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 121, nr. 242). In beginsel kan van rechtshandelingen door de daarbij betrokken partijen *in tempore non suspecto* immers een schriftelijk bewijs worden opgesteld.

Onder rechtshandelingen wordt hier verstaan, zowel overeenkomsten, als eenzijdige wilsuitingen (Cass. 17 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 3; Cass. 21 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 403; Cass. 8 oktober 2009, *RW* 2011-12, 1033 noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 22 april 2010, *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY en *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY; Bergen 2 december 1981, *Rec.gén.enr.not.* 1983, 41, noot; Bergen 9 november 1982, *Rev.prat.soc.* 1985, 31, noot P. VANDENBROUCKE; Rb. Hoei 12 februari 1987, *Rev.not.b.* 1991, 344, noot L. RAUCENT; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 244, nr. 206; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 380, nr. 672; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 119, nr. 237, 129 e.v., nr. 258 e.v. en 151, nr. 311; H. DE PAGE, *Traité*, 884, nr. 857.A en 888, nr. 861; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition,

Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 170; D. MOUGENOT, *La preuve*, 109, nr. 39; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 244, nr. 206).

Het gaat meer bepaald om alle wilsuitingen die als rechtstreeks en onmiddellijk doel hebben het creëren, het wijzigen of het uitdoven van verbintenissen of rechten (Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651; Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1975-76, 114; Cass. 2 april 2010, AR C.08.0532.F, www.cass.be; Bergen 9 november 1982, *Pas.* 1983, II, 12; Luik 15 oktober 2002, *JT* 2003, 157; Gent 11 oktober 2004, *JT* 2005, 100; D. MOUGENOT, *La preuve*, 110, nr. 39, voetnoot 1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 144, nr. 297). Niet ter zake doet dus of het daarbij gaat om de totstandkoming van verbintenissen uit rechtshandeling dan wel om het tenietgaan ervan door betaling (Cass. 29 juli 1841, *Pas.* 1841, I, 15; Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670 en *RABG* 2004, 717, noot I. GEERS; Cass. 26 oktober 2006, AR C.05.0167.F, www.cass.be; Antwerpen 9 januari 2001, *TBBR* 2002, 399; Luik 6 september 2004, *Rev.not.b.* 2007, 16; Rb. Hasselt 7 oktober 1999, *RW* 2002-03, 548; Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, 873; D. MOUGENOT, *La preuve*, 111, nr. 40; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 426, nr. 746), of door wederzijdse herroeping (Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651; Vred. Namen 7 december 1999, *Echos log.* 2000, 88, noot L. THOLOME; Vred. Bree 17 april 2008, *Limb.Rechtsl.* 2008, 358; Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, 66, noot A. VANDERHAEGHEN). De omstandigheid dat de burgerlijke bewijsregeling in artikel 1316 e.v. BW is opgenomen onder hoofdstuk VI “Bewijs van de verbintenissen en bewijs van de betaling”, dat deel uitmaakt van titel III “Contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen”, doet daaraan geen afbreuk (H. DE PAGE, *Traité*, 700-702, nrs. 710-711; D. MOUGENOT, *La preuve*, 67, nr. 7).

269 Uitzonderlijk is het bewijs van rechtshandelingen niet onderworpen aan het gereguleerd bewijsstelsel. Artikel 1341 BW gaat ervan uit dat men de mogelijkheid heeft gehad om omtrent het te bewijzen feit *in tempore non suspecto* een schriftelijk bewijs op te stellen. Soms is die mogelijkheid evenwel absoluut (in tegenstelling tot de relatieve onmogelijkheid bedoeld bij art. 1348 BW waarover verder onder nrs. 729 e.v. meer) niet voorhanden, zodat de toepassing van artikel 1341 BW en bijgevolg van het gereguleerd bewijsstelsel moet wijken, ook al gaat het om het bewijs van rechtshandelingen (H. DE PAGE, *Traité*, 705-706, nr. 713.D).

Zo mag de stilzwijgende herroeping van een lastgeving met alle middelen van recht worden bewezen (Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, II, 867). Zo ook valt de bezetting *animus domini* van een stuk grond met het oog op verkrijgende verjaring buiten het toepassingsgebied van artikel 1341 BW (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen. Kluwer, 2009, VI.3-7, nr. 5210). Hetzelfde geldt voor de feiten die bezit uitmaken (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1674).

Soms wordt daarom verdedigd dat men zich hier buiten het toepassingsgebied van artikel 1341 BW bevindt en dat het dus niet gaat om een uitzondering op die wetsbepaling. Het gereguleerd bewijsstelsel in burgerlijke zaken zou enkel gelden in alle gevallen waarin het mogelijk is om zich bij het stellen van een handeling een schriftelijk bewijs te verschaffen (H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 853, 898, nr. 881, C en 923-924, nr. 899, A; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1674; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandaius Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 17, nr. 25; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 426, nr. 746).

270 Aangezien het gereguleerd bewijsstelsel in zijn volle omvang enkel van toepassing is op rechtshandelingen, geldt het niet voor het bewijs van louter materiële feiten en van rechtsfeiten. Het bewijs van louter materiële feiten en van rechtsfeiten (waarvan per definitie voorafgaand geen schriftelijk bewijs kan worden opgesteld) mag in principe worden geleverd door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 44; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 656; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 217, nr. 179; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 198, nr. 184).

Dat is bijvoorbeeld het geval voor het bewijs van:

- een wilsgebrek, zoals dwaling, bedrog, geweld of benadeling (Cass. 11 maart 1960, *Arr.Verbr.* 1960, 657; Cass. 28 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 835, noot; Cass. 25 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 478; Bergen 29 december 1987, *T.Verz.* 1989, 113, noot M. LAMBERT; Kh. Verviers 21 december 1976, *BRH* 1977, 233; Rb. Bergen 3 juni 1987, *JLMB* 1987, 1044; anders: Luik 29 november 1991, *Not.Fisc.M.* 1992, 50, noot W. VANHENCTXHOVEN);
- de ongeoorloofde oorzaak van een rechtshandeling, fraude of schending van een bepaling van openbare orde (vgl. art. 1353, *in fine* BW; Cass. 14 mei 1903, *Pas.* 1903, I, 216; Cass. 29 november 1951, *Arr.Cass.* 1952, 148, noot; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Brussel 28 juni 1956, *Pas.* 1958, II, 18; Brussel 28 juni 1976, *Rev.not.b.* 1977, 177; Brussel 7 maart 1980, *Rev.not.b.* 1980, 191; Bergen 10 januari 1983, *Pas.* 1983, II, 16; Bergen 31 oktober 1988, *TBBR* 1992, 141, noot W. DE BONDT; Antwerpen 27 februari 1989, *Pas.* 1989, II, 219; Luik 3 oktober 1995, *JLMB* 1996, 740; Arbh. Antwerpen 3 februari 1997, *JTT* 1997, 337; Arbh. Luik 19 januari 1998, *JTT* 1998, 434; Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301, noot H. ROSOUX; Rb. Doornik 19 juni 2001, *JLMB* 2002, 1794);
- oneigenlijke contracten zoals zaakwaarneming en vermogensvermeerdering zonder oorzaak (Cass. 8 juni 1893, *Pas.* 1893, I, 252; Brussel 13 maart 1901, *Pas.* 1901, II, 270) en misdrijven of oneigenlijke misdrijven (art. 1348, tweede lid, 1° BW; Brussel 13 maart 1901, *Pas.* 1901, II, 270);
- het gebrek van de zaak (Cass. 17 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 645);
- het bestaan van een conventioneel gebruik (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 159, nr. 212);
- gebreken van het bezit, bijvoorbeeld het dubbelzinnig karakter ervan (Rb. Namen 19 april 1990, *JLMB* 1990, 1203, noot);
- overmacht (Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 16);
- het onvrijwillig karakter van de zelfmoord (Brussel 7 februari 1989, *RGAR* 1991, nr. 11.849, noot P. COLLE);

- de door de werkgever ingeroepen dringende reden (Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747);
- de verzwijging of valse verklaring door een verzekeringnemer (Bergen 5 december 1990, *Pas.* 1991, II, 87);
- de bebouwbaarheid van een perceel (Cass. 27 januari 2006, *Pas.* 2006, 234);
- de inbreng in een nalatenschap (Cass. 6 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 323);
- de kennisneming van de aanvaarding bij op afstand gesloten overeenkomsten (Rb. Mechelen 16 november 1993, *Pas.* 1993, III, 43);
- de overhandiging van contante gelden, ook al kadert die overhandiging in de uitvoering van een rechtshandeling (Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874; Vred. Zelzate 24 april 2003, *RABG* 2004, 762, noot I. GEERS);
- de ontvangst van een brief per gewone post (door een werkloze en houdende een aanbod tot tewerkstelling) (Arbh. Bergen 15 juni 2011, *JLMB* 2012, 608);
- ...

Maar, ook ten aanzien van louter materiële feiten en van rechtsfeiten kan slechts aanwending worden gemaakt van een van de wettelijk toegelaten bewijsmiddelen. De bewijskracht die de wet toekent aan deze bewijsmiddelen, andere dan het schriftelijk bewijs, geldt onverminderd. Alleen hebben het schriftelijk bewijs (uitgezonderd de authentieke vermeldingen in authentieke akten) en de andere toegelaten bewijsmiddelen zonder bewijskracht (getuigen, feitelijke vermoedens...) ten aanzien van die feiten slechts bewijswaarde en zullen zij dus slechts in rekening worden gebracht in de mate waarin zij de rechter al dan niet van het bestaan van het betrokken feit weten te overtuigen. Het bewijsstelsel blijft derhalve ook hier gereguleerd, maar dan op een minder verregaande wijze (H. DE PAGE, *Traité*, 700-708, nrs. 710-713). Dit heeft tot concreet gevolg dat inzake het bewijs van louter materiële feiten en van rechtsfeiten het feitelijk vermoeden de vooraanstaande rol inneemt die het schriftelijk bewijs bij rechtshandelingen vervult.

271 In dit verband kan ten slotte worden opgemerkt dat het onderscheid tussen enerzijds rechtshandelingen en anderzijds rechtsfeiten en louter materiële feiten niet altijd absoluut te maken is. Zo is bijvoorbeeld de onverschuldigde betaling in hoofde van de ontvanger een *quasi*-contract en derhalve een rechtsfeit (te bewijzen door alle middelen van recht), terwijl de *solvens*, in geval van betwisting van zijn betaling van meer dan 375,00 EUR, het bewijs van een rechtshandeling (volgens het gereguleerd bewijsstelsel in burgerlijke zaken) zal moeten leveren (H. DE PAGE, *Traité*, 706, nr. 713.C).

§ 2. Enkel tussen en door de partijen

272 Het gereguleerd bewijsstelsel in burgerlijke zaken is verder enkel van toepassing in de verhouding tussen de bij de rechtshandeling betrokken partijen (Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 204; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, 2963; Brussel 17 november 1937, *Pas.* 1938, II, 56; Antwerpen 18 november 1997, *TBBR* 1998, 377; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 656). Alleen zij zijn in staat *in tempore non suspecto* van de rechtshandeling een schriftelijk bewijs op te stellen.

273 Wel geldt het gereglementeerd bewijsstelsel ook indien een van de partijen bij een rechtshandeling zich hierop wil beroepen tegenover een derde (Cass. 30 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1149; RvS 10 december 1968, nr. 13270, *Arr.RvS* 1968, 962; Brussel 16 december 1958, *Pas.* 1960, II, 43; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2287, nr. 1677; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 425, nr. 745; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; H. DE PAGE, *Traité*, 886, nr. 858; *anders*: L. CORNELIS, *De verbinten*, 244, nr. 206).

274 Voor derden zijn rechtshandelingen tussen anderen daarentegen rechtsfeiten (L. CORNELIS, *De verbinten*, 217, nr. 179 en 244, nr. 206). Bovendien zijn derden niet betrokken bij de rechtshandeling die tussen anderen is tot stand gekomen. Zij bevinden zich derhalve in de absolute onmogelijkheid om daarvan een geschrift op te stellen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1675 en 2287, nr. 1677; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 22, nr. 220; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 51; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 18, nr. 27). Vandaar dat artikel 1341 BW te hunnen aanzien niet geldt en rechtshandelingen door derden kunnen worden bewezen door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Cass. 5 januari 1953, *Pas.* 1953, I, 289; Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 204; Cass. 5 september 1961, *Pas.* 1962, I, 29; Cass. 12 oktober 1972, *Pas.* 1973, I, 156; Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307; Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, 2963; Brussel 17 november 1937, *Pas.* 1938, II, 56; Luik 8 februari 1973, *JL* 1972-73, 192; Gent 12 september 1979, *T.Not.* 1982, 50, noot; Bergen 12 november 1986, *Pas.* 1987, II, 16; Bergen 11 januari 1995, *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot; Brussel 6 augustus 1992, *Rev.prat.soc.* 1992, 248; Bergen 11 januari 1995, *JLMB* 1996, 501; Antwerpen 18 november 1997, *TBBR* 1998, 377; Antwerpen 14 februari 2005, *TBBR* 2007, 390). Derden kunnen al evenzeer met alle middelen van recht bewijzen tegen of boven de inhoud van een akte houdende een rechtshandeling tussen anderen (Bergen 11 januari 1995, *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 51; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 117, nr. 129; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; H. DE PAGE, *Traité*, 886, nr. 858 en 895, nr. 878).

Zo kunnen derden (bv. de fiscus) veinzing of simulatie tussen anderen vrij bewijzen, wanneer ze het opportuun achten zich, overeenkomstig de mogelijkheid die artikel 1321 BW hen biedt, te beroepen op de tegenbrief (Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, 169; Cass. 3 april 1941, *Pas.* 1941, I, 116; Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 256; Cass. 8 mei 1956, *Arr.Cass.* 1956, 755; Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 171; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Cass. 5

september 1961, *Pas.* 1962, I, 29; Cass. 12 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 156; Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 169, noot en *RCJB* 1975, 260, noot M. VAN QUICKENBORNE; Brussel 14 januari 1959, *T.Not.* 1960, 13, noot; Gent 28 november 1961, *T.Not.* 1962, 45; Brussel 5 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 4; Luik 8 februari 1973, *JL* 1972-73, 192; Bergen 9 september 1975, *Pas.* 1976, II, 98; Bergen 20 februari 2001, *TBBR* 2002, 392; Luik 5 januari 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 238, noot P. DE PAGE). Tussen partijen of door de partijen tegenover derden moet, voor het bewijs van veinzing of simulatie, artikel 1341 BW in principe wel gerespecteerd worden (Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373; Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; Cass. 12 februari 1948, *Arr.Cass.* 1948, 86; Luik 12 oktober 1948, *Pas.* 1949, II, 8; Brussel 3 juni 1949, *JT* 1949, 530; Gent 9 maart 1950, *T.Not.* 1950, 148; Luik 16 maart 1954, *Pas.* 1956, II, 83; Bergen 9 september 1975, *Pas.* 1976, II, 98; Luik 25 maart 2009, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 335; Rb. Mechelen 2 februari 1960, *RW* 1959-60, 1407; Rb. Bergen 29 juni 1988, *JT* 1989, 440; Rb. Hasselt 18 januari 2001, *TBBR* 2002, 50), tenzij in geval van bedrog (art. 1353 BW; Cass. 14 mei 1903, *Pas.* 1903, I, 216; Cass. 29 mei 1951, *Arr.Cass.* 1952, 148; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Bergen 10 januari 1983, *Pas.* 1983, II, 16). Maar, partijen zullen het bewijs van veinzing tegenover derden niet eens mogen leveren, wanneer derden enkel de schijnbare akte willen erkennen (art. 1321 BW).

Derden kunnen al evenzeer door alle middelen van recht de verbreking van een huurovereenkomst door wederzijdse toestemming bewijzen (Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651).

Ook het bestaan van een overeenkomst van lastgeving tussen de lasthebber en de lastgever kunnen derden bewijzen door alle middelen van recht (Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307; Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 27 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1251; Brussel 22 januari 1981, *RW* 1981-82, 749; Bergen 28 maart 1990, *JLMB* 1990, 1412, noot J. JEUNEHOMME; Bergen 26 januari 1993, *RRD* 1993, 254; Luik 15 mei 1998, *TBBR* 1999, 423; Brussel 11 januari 2011, *TBBR* 2012, 513; Rb. Kortrijk 29 juni 1982, *T.Not.* 1983, 21, noot; Rb. Brussel 5 januari 1998, *JLMB* 1998, 1835; Rb. Hasselt 2 april 2001, *RW* 2004-05, 751). Dat de derde zich in dit specifieke geval wel in de mogelijkheid bevindt zich door de lasthebber in het bezit te doen stellen van een schriftelijk bewijs van zijn hoedanigheid (een volmacht), doet niets ter zake. Wel onderworpen aan artikel 1341 BW is het bewijs tussen de contractpartijen (Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Brussel 12 december 2003, *Rev.not.b.* 2004, 486; Luik 28 mei 2009, *RRD* 2009, 183; Brussel 11 januari 2011, *TBBR* 2012, 513; Vred. Brugge 16 maart 1981, *Rev.not.b.* 1982, 177, noot R.D.V.), alsook het bewijs door de lasthebber of door de lastgever die zich tegenover een derde beroept op het bestaan van een overeenkomst van lastgeving (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 125, nr. 249).

275 Derden ten aanzien van een rechtshandeling zijn al degenen die daarbij geen partij zijn en die beschikken over een eigen recht waaraan afbreuk wordt gedaan door de rechtshandeling (vgl. de art. 1122, 1165 en 1328 BW; Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 171). Partijen zijn degenen die of in eigen naam zijn opgetreden bij de rechtshandeling of daarbij vertegenwoordigd werden, hun schuldeisers die optreden bij wijze van zijdelinge vordering, alsook hun algemene rechtsopvolgers of rechtsopvolgers onder algemene titel (Rb. Hasselt 10 januari 2001, *TBBR* 2002, 50; D. MOUGENOT, *La preuve*, 119, nr. 51). Is evenwel niet als partij te aanzien, de erfgenaam die optreedt krachtens een eigen recht dat door de rechtshandeling geschonden wordt (Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 167; Cass. 20 november 1964, *RW* 1964-65, 1979; Gent 28 november 1961, *T.Not.* 1962, 54; Brussel 5 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 4; Rb. Turnhout 17 november 1995, *T.Not.* 1996, 472, noot F. BOUCKAERT; Rb. Hasselt 18 januari 2001, *TBBR* 2002, 50; F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 81, nr. 114; D. MOUGENOT, *La preuve*, 119, nr.

51; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 146, nr. 301; H. DE PAGE, *Traité*, 886-887, nr. 858). Dat laatste is bijvoorbeeld het geval met de vordering van de erfgenamen tot inbreng in de nalatenschap (Cass. 3 april 1941, *Pas.* 1941, I, 116; Gent 5 december 1955, *RW* 1955-56, 1817, noot J.M.M. en *Rec.gén.enr.not.* 1957, 117, noot M. DONNAY; Rb. Gent 9 december 2003, *T.Not.* 2004, 321), tot inkorting van giften (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169; Bergen 10 januari 1984, *Pas.* 1984, II, 89) of tot nietigverklaring van een schenking aan een onbekwame om te verkrijgen (Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 256).

276 Wat inzonderheid eenzijdige wilsuitingen betreft, zal de derde die zich daarop beroept in beginsel het bestaan daarvan door alle rechtsmiddelen mogen bewijzen. Dat geldt bijvoorbeeld voor degene die zich beklaagt over de ontijdige intrekking van een aanbod (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2288, nr. 1677). Maar, van zodra de derde de verbintenis uit eenzijdige wilsuiting van een ander heeft aanvaard, ontstaat een overeenkomst waarbij de derde partij is, zodat vanaf dat ogenblik, zonder retroactieve werking, ook voor hem het gereguleerde bewijsstelsel in burgerlijke zaken geldt (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 244, nr. 206).

§ 3. Niet in handelszaken

277 Het gereguleerde bewijsstelsel in burgerlijke zaken in zijn volle betekenis geldt niet in handelszaken. Dat wordt uitdrukkelijk bevestigd *in fine* van artikel 1341 BW.

278 Niettemin blijft het burgerlijk bewijsstelsel ook in handelszaken van groot belang, omdat:

- de regels van het bewijsrecht in burgerlijke zaken in principe ook van toepassing zijn in handelszaken (art. 25, eerste lid W.Kh.), zodat het bewijsstelsel er in principe gereguleerd blijft: alleen staat het bewijs door getuigen of door feitelijke vermoedens er op gelijke voet met het bewijs door een akte, geldt het formalisme van de artikelen 1325, 1326 en 1328 BW er niet en zijn ook andere bewijsmiddelen toegelaten;
- de wet in belangrijke handelsrechtelijke materies bij wijze van uitzondering toch een schriftelijk bewijs vereist;
- een handelaar tegen een niet-handelaar moet bewijzen overeenkomstig het burgerlijk bewijsstelsel.

AFDELING II

DE TOEGELATEN BEWIJSMIDDELEN

279 Volgens het gereglementeerd bewijsstelsel dat geldt in burgerlijke zaken kan slechts een beperkt aantal bewijsmiddelen aangewend worden (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 8; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 684; D. MOUGENOT, *La preuve*, 66, nr. 6; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 109, nr. 210; H. DE PAGE, *Traité*, 711, nr. 716; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 198, nr. 185): het schriftelijk bewijs, het bewijs door getuigen, de vermoedens, de bekendenis en de eed (art. 1316 BW). Andere bewijsmiddelen zijn niet toegelaten, zowel voor de partijen als voor de rechter. Daaruit volgt dat de eerste taak van de rechter op bewijsrechtelijk vlak bestaat in de controle of de door een partij aangewende bewijsmiddelen wel kunnen worden gekwalificeerd als een van de wettelijk toegelaten bewijsmiddelen.

280 Zo kunnen bijvoorbeeld loutere beweringen van de eiser met betrekking tot door hem aangevoerde en betwiste feiten, te zijnen gunste geen bewijs vormen (Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780; Cass. 11 maart 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 908; Cass. 17 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 947; Cass. 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; Cass. 14 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 109; Gent 12 januari 2011, *DCCR* 2012, 128, noot C. GUYOT; Corr. Brussel 6 juni 2006, *VAV* 2007, 27, noot; Rb. Charleroi 20 november 2008, *JLMB* 2009, 1435, noot P. BUYLE). Niemand kan immers zichzelf eenzijdig een volledig bewijs verschaffen van zijn aanspraken. Dat volgt uit artikel 1315 BW. Die regel vindt bovendien wettelijke bevestiging in artikel 1331 BW waarbij wordt voorgeschreven dat huiselijke registers en papieren geen bewijs opleveren ten voordele van degene die ze geschreven heeft.

Zie ook artikel 22, § 2 wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective (*BS* 2 oktober 1991, *err. BS* 11 februari 1993) waarbij wordt bepaald dat de detective die zijn beroepswerkzaamheden reeds uitoefende op 15 april 1991 niet moet voldoen aan de opleidingsvoorwaarde, respectievelijk bedoeld in artikel 3, § 1, 4° en in artikel 3, § 2, 5°, indien hij de in artikel 2 bedoelde vergunning heeft aangevraagd uiterlijk drie maanden na de inwerkingtreding van deze bepaling, en dat hij niet moet voldoen aan de voorwaarde, respectievelijk bepaald in artikel 3, § 1, 5° en in artikel 3, § 2, 6°, tenzij hij is afgezet of van ambtswege ontslagen uit zijn ambt, met dien verstande dat het bewijs van de uitoefening van de beroepswerkzaamheden op 15 april 1991 kan geleverd worden door alle schriftelijke bewijsmiddelen met uitzondering van de verklaring.

Afwijkende rechtspraak komt niettemin voor. Uitzonderlijk worden eenzijdige beweringen toch als bewijs door feitelijk vermoeden aanvaard, vooral dan in gevallen waarin een negatief feit moet worden bewezen of een positief feit waarvan een zeker bewijs onmogelijk kan worden geleverd. Zo werd aangenomen dat inzake diefstalverzekering het bewijs van de diefstal kan gebeuren door verklaringen van de verzekerde (de aangifte die de verzekerde heeft gedaan op het ogenblik van de feiten), voor zover deze klaarblijkelijk

oprecht en geloofwaardig zijn, de diefstal waarschijnlijk maken en er geen aanwijzing is die enige achterdocht jegens de verzekerde kan rechtvaardigen (Cass. 22 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 227; Brussel 2 november 1978, *RGAR* 1981, nr. 10.374, noot; Luik 5 november 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.085; Bergen 25 juni 2002, *Bull.ass.* 2003, 40, noot H. DE RODE; Gent 10 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.660; Bergen 3 maart 2003, *TBBR* 2006, 217, noot H. GEENS; Brussel 24 mei 2004, *JLMB* 2007, 448; Luik 30 mei 2005, *JLMB* 2007, 450 (2 zaken); Antwerpen 5 oktober 2005, *NJW* 2006, 652, noot G. JOCQUE; Luik 27 maart 2006, *T.Verz.* 2010, 181; Bergen 21 februari 2008, *RGAR* 2010, nr. 14.667; Gent 20 maart 2008, *TGR-TWVR* 2008, 263; Bergen 5 november 2008, *JLMB* 2010, 1184; Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, 1189, noot N. SCHMITZ; Luik 23 november 2009, *RGAR* 2011, nr. 14.764; Luik 9 november 2010, *RGAR* 2011, nr. 14718; Luik 1 maart 2011, *T.Verz.* 2012, 244; Brussel 20 september 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.836; Brussel 3 oktober 2011, *RGAR* 2012, nr. 14.847; Kh. Antwerpen 15 oktober 2001, *TBH* 2003, 696, noot; Rb. Luik 23 december 2003, *RGAR* 2005, nr. 14.018; Rb. Charleroi 17 februari 2009, *VAV* 2010, 89; Pol. Brussel 22 september 2011, *RGAR* 2011, nr. 14798). Maar de subjectieve bewijslast mag daarmee nooit worden omgekeerd (Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935 en *T.Verz.* 2004, 124, noot D. DE MAESENEIRE). Zo ook werd soms de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden (Luik 27 april 2006, *JLMB* 2007, 1571; Rb. Eupen 11 oktober 2004, *JLMB* 2005, 1431) toegekend aan bevindingen van eenzijdig aangestelde deskundigen (Bergen 24 december 2001, *TBH* 2003, 683; Rb. Tongeren 13 december 2001, *TBH* 2003, 693). Maar meestal wordt aan dergelijke bevindingen elke bewijswaarde ontzegd, omdat ze niet tegensprekelijk en met miskenning van de rechten van de verdediging zijn geschied.

281 Wel voorziet de wetgever nog in tal van bijzondere bewijsmiddelen die doorgaans enkel in specifieke materies kunnen worden aangewend (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 111-113, nrs. 216-221; H. DE PAGE, *Traité*, 713, nr. 717, A). Dat is bijvoorbeeld het geval in:

- het Burgerlijk Wetboek: de deskundigenverslagen (art. 1644 en art. 1678 BW), alsook de algemene bekendheid (art. 1399 *in fine* BW) en de akte van bekendheid (art. 70-72^{ter} BW, art. 226^{septies} BW en art. 139 Hyp.W.), alhoewel die bewijsmiddelen ook kunnen worden aangezien als afgeleide (vormvrije) soorten van getuigenbewijs (D. MOUGENOT, *La preuve*, 67, nr. 6; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 112, nr. 217; H. DE PAGE, *Traité*, 713, nr. 717.A);
- het Gerechtelijk Wetboek: het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder (art. 516 en 584 Ger.W.), het bewijs van overspel door vaststelling bij gerechtsdeurwaarder (art. 1016^{bis} Ger.W.);
- talrijke bijzondere wetten: tekenen en indiciën (art. 341 WIB 1992), het beschrijvend beslag (art. 1369^{bis}/1 Ger.W.), praktijktests en statische ge-

gevens (art. 28 wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie)...

Gelet op de beperking van deze studie tot het gemeen burgerlijk bewijsrecht, wordt hier op die bijzondere bewijsmiddelen niet verder ingegaan.

282 Als gevolg van de technologische evolutie zijn gedurende de laatste decennia talrijke nieuwe technieken van reproductie (fotokopie, microfilm...) en van overbrenging (telex, telefax...) van documenten ontstaan. Daarenboven heeft de automatisering nieuwe vormen van informatiedragers gecreëerd. De bewijsrechtelijke betekenis van die nieuwe technologieën was niet meteen duidelijk. Aanvankelijk werd ervoor geopteerd ze te kwalificeren als een van de toegelaten bewijsmiddelen en ze minstens te beschouwen als een feitelijk vermoeden (o.a. Cass. 24 november 1961, *Pas.* 1962, I, 367; Cass. 29 oktober 1962, *JT* 1963, 40; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 115, nr. 224). Gelet op het daar geldend vrije bewijsstelsel gaf dat min of meer voldoening in handelszaken (X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 106, nr. 8; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 105-107, nrs. 26-30; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 120, nr. 6). Maar, in burgerlijke zaken ontstond grote onzekerheid met eindeloze discussies tot gevolg, was de toestand bijgevolg onhoudbaar en was een tussenkomst van de wetgever diengevolge onontbeerlijk. Die is er ook gekomen op Europees initiatief (met de bedoeling een juridisch kader vast te leggen voor de elektronische handtekening), met dien verstande dat die nieuwe wetgeving de materie slechts gedeeltelijk heeft geregeld. Vooral het statuut van afschriften laat nog steeds te wensen over (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 153, nr. 174).

AFDELING III

DE HIËRARCHIE ONDER DE TOEGELATEN BEWIJSMIDDELEN

283 Onder de in burgerlijke zaken toegelaten bewijsmiddelen bestaat een bepaalde hiërarchie (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 669-670; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 115, nr. 127), dit zowel op basis van hun toelaatbaarheid als op grond van hun bewijskracht (J. LAENENS, “Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen” in X., *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, Brussel, 2003, nr. 55).

§ 1. De hiërarchie op grond van de toelaatbaarheid

A. HET BEGRIP TOELAATBAARHEID

284 De toelaatbaarheid van een bewijsmiddel duidt aan of het bewijsmiddel al dan niet in rechte mag worden aangewend tot bewijs van het betwiste feit (D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14-2). De (niet-)toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen wordt in principe geregeld door de wet (D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2). Zo schrijft artikel 1341 BW bijvoorbeeld voor dat een akte vereist is voor het bewijs van een rechtshandeling tussen particulieren waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt en dat bewijs daarvan door getuigen of door feitelijke vermoedens niet toegelaten is.

285 Toelaatbaarheid van een bewijsmiddel betekent strikt genomen niet hetzelfde als geoorlooftheid daarvan (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 159, nr. 18). Het bewijs van een rechtshandeling waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt, moet door een akte worden geleverd, terwijl bewijs door getuigen of met feitelijke vermoedens niet toegelaten is. Wordt toch een getuigenbewijs aangeboden, dan is dat niet toelaatbaar, hoewel het niet als ongeoorloofd kan worden gekwalificeerd. Het verschil tussen beide begrippen is hierin gelegen dat in het eerste geval (niet-toelaatbaarheid) de aanwending van het bewijsmiddel strijdig is met het bewijsrecht, terwijl in het tweede geval (ongeoorlooftheid) sprake is van inbreuk op andere dan de bewijsrechtelijke rechtsregels. Dat is de reden waarom de theorie van het ongeoorloofd bewijs verder in een afzonderlijk hoofdstuk nader wordt onderzocht. Maar dat neemt niet weg dat in beide gevallen het resultaat hetzelfde kan zijn, meer bepaald dat de aanwending in rechte van het bewijsmiddel uitgesloten wordt. In die ruimere doelmatige zin begrepen kan worden verdedigd dat ook het ongeoorloofd karakter van een bewijsmiddel betrekking heeft op de toelaatbaarheid daarvan (D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2).

286 Ingeval het aangewende bewijsmiddel niet kan worden toegelaten, is de sanctie de uitsluiting daarvan door de rechter, zonder dat hij de inhoud en de draagwijdte van het bewijsmiddel mag onderzoeken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14-2). Het gaat hier om een eerste stap in de ontvangst door de rechter van de aangewende bewijsmiddelen.

Soms wordt verdedigd dat de rechter het niet-toegelaten bewijsmiddel van ambtswege moet uitsluiten (D. MOUGENOT, *La preuve*, 74, nr. 14-2). Aangezien het burgerlijk bewijsrecht in principe niet van openbare orde noch van dwingend recht is, wordt de partij die de bescherming daarvan in rechte niet inroept evenwel geacht daarvan stilzwijgend afstand te hebben gedaan. Aan de rechter behoort het dus in beginsel niet de toepassing van die bewijsregels (bv. inzake de niet-toelaatbaarheid van een aangewend bewijsmiddel) ambts halve in te roepen (Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; zie ook

de cassatierechtspraak in verband met de niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel bestaande in een miskenning van een bewijsrechtelijke bepaling die voor het eerst in cassatie wordt opgeworpen: Cass. 26 april 1945, *Pas.* 1945, I, 149; Cass. 30 januari 1947, *Pas.* 1947, I, 29; Cass. 30 september 1948, *Pas.* 1949, I, 520; Cass. 5 januari 1950, *Pas.* 1950, I, 287; Cass. 11 juni 1951, *Pas.* 1951, I, 700; Cass. 21 september 1950, *Pas.* 1951, I, 8; Cass. 20 juni 1957, *Pas.* 1957, I, 1256; Cass. 19 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 15 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1118; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 731; Cass. 21 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 471; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310; Cass. 22 februari 2010, AR S.08.0153.F, www.cass.be (8 maart 2010).

B. DE HIËRARCHIE

287 In de hiërarchie van de bewijsmiddelen op grond van de toelaatbaarheid kunnen twee niveaus worden onderscheiden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 66-67, nr. 6): de bewijsmiddelen die altijd toegelaten zijn en de bewijsmiddelen die slechts beperkt toegelaten zijn.

288 De gerechtelijke bekentenis, de gedingbeslissende eed, de wettelijke vermoedens en de akten zijn als bewijsmiddel in beginsel steeds toegelaten (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-46, nrs. 5326; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 185, nr. 257; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 116, nr. 229).

289 De zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis is niet toegelaten wanneer het een eis betreft waarvan het bewijs door getuigen niet toegelaten is (art. 1355 BW).

Ook getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens zijn in principe slechts beperkt toegelaten (art. 1341 en 1353 BW; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 116, nr. 230). Meer bepaald zijn zij in de regel uitgesloten tot bewijs van rechtshandelingen:

- boven de 375,00 EUR;
- ook en zelfs onder de 375,00 EUR, om te bewijzen tegen of boven de inhoud van authentieke of onderhandse akten, alsook tot bewijs omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken van de akte te zijn gezegd.

Dat principe kent evenwel belangrijke uitzonderingen in de in de artikelen 1347 en 1348 BW bedoelde gevallen. Ondanks hun beperkte toelaatbaarheid blijven getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens ook in burgerlijke zaken een belangrijke bewijsrechtelijke rol spelen, meer bepaald voor het bewijs van

louter materiële feiten en van rechtsfeiten, voor het bewijs te leveren door derden, voor het bewijs wanneer een van de uitzonderingen op artikel 1341 BW geldt en inzonderheid ter aanvulling van het begin van bewijs door geschrift (S. STJNS, *Verbintenissenrecht*, 186, nr. 259).

§ 2. De hiërarchie op grond van de bewijskracht

A. HET BEGRIP BEWIJSWAARDE/BEWIJSKRACHT

290 In de rechtsleer bestaat geen eensgezindheid over wat precies onder de begrippen bewijskracht en bewijswaarde moet worden verstaan (zie daarover F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten”, *RW* 1978-79, 307; B. MAES, “Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het ”of van Cassatie”, *P&B* 1995, 141 e.v.; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 220, nr. 182).

291 Doorgaans wordt aangenomen dat de bewijswaarde (“*valeur probante*”) van een toegelaten bewijsmiddel de graad van geloofwaardigheid is die de rechter aan een aangewend bewijsmiddel in welbepaalde omstandigheden toekent op grond van zijn innerlijke overtuiging, dit binnen de grenzen van de bewijskracht door de wet aan dat bewijsmiddel verleend volgens zijn aard. Het gaat om het gewicht dat de rechter aan een bewijsmiddel in zijn bewijsbeoordeling toekent om tot gerechtelijke zekerheid met betrekking tot het betwiste feit te komen. De bewijswaarde van een bewijsmiddel stemt dus overeen met zijn geschiktheid om de rechter in een concreet geschil te overtuigen. Na de toelaatbaarheid is het een tweede stap in de aanvaarding door de rechter van de aangewende bewijsmiddelen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2226, nr. 1629 en 2306, nr. 1699; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 3, nr. 3; D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158, nr. 11; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 18, nr. 1.3.1; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 51, nr. 28).

Bewijswaardering, zijnde het onderzoek van de bewijswaarde van de aangewende bewijsmiddelen en de toekenning van een bepaalde mate van overtuigingskracht aan een bepaald bewijsmiddel, geschiedt door de rechter. Hij bepaalt welke feiten met een aangewend bewijsmiddel worden aangetoond. De beoordeling van de bewijswaarde door de rechter gebeurt soeverein en is daarom in principe en onder voorbehoud van de motiveringsplicht zonder controle van het Hof van Cassatie.

Dat is bijvoorbeeld het geval bij bewijs door getuigen, waar de rechter bepaalde van de door een getuige afgelegde verklaringen als geloofwaardig in aanmerking mag nemen en de overige als niet geloofwaardig mag verwerpen (Cass. 1 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 717). Zo ook kan de rechter een betwist feit bewezen verklaren, wanneer hem dienaangaande een geheel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende feitelijke vermoedens wordt voorgelegd.

292 De bewijskracht (“*force probante*”) daarentegen is de wettelijk opgelegde en verplichte bewijswaarde van de toegelaten bewijsmiddelen. Ze duidt aan in welke mate de partijen en de rechter gebonden zijn door het aangewende bewijsmiddel. Voor de partijen komt dit neer op het al dan niet voorhanden zijn van de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren en de modaliteiten daarvan. Voor de rechter betekent dit meer bepaald of en in welke mate hij de bewijswaarde van het aangewende bewijsmiddel mag of moet waarden (vgl. Cass. 21 juni 1999, *Arr. Cass.* 1999, 899; D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2305-2306, nr. 1699; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158, nr. 13; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 51, nr. 29).

De bewijskracht wordt door de wet vastgelegd. Slechts enkele van de toegelaten bewijsmiddelen hebben bewijskracht. Zo hebben enkel de bekentenis, de eed, de akte en de wettelijke vermoedens bewijskracht, terwijl dat niet het geval is met getuigenverklaringen, feitelijke vermoedens, afschriften... Ten aanzien van de bewijsmiddelen met bewijskracht stelt de vraag naar de bewijswaardering zich niet, aangezien de rechter de overtuigingskracht daarvan niet mag beoordelen. Hij moet ze wel integendeel als dusdanig aanvaarden, behoudens tegenbewijs op de wettelijk toegelaten wijze. In dat verband is er wel controle door het Hof van Cassatie.

Zo bijvoorbeeld hecht de wet geen bewijskracht aan getuigenverklaringen en behoort het bijgevolg aan de rechter om in elk geval te waarden welke bewijswaarde hij toekent aan verklaringen van getuigen die in het geschil zijn gehoord.

De authentieke vermeldingen in een authentieke akte hebben daarentegen krachtens de wet wel bewijskracht, behoudens inschrijving wegens valsheid. Behalve in dat laatste geval mag de rechter bijgevolg geen bewijswaarde ontzeggen aan die vermeldingen.

De bewijskracht van de niet-authentieke vermeldingen in een authentieke akte geldt slechts tot bewijs van het tegendeel. Tussen partijen zal dat tegenbewijs onderworpen zijn aan het gereglementeerd bewijsstelsel (principe van een akte). Derden mogen het tegenbewijs evenwel vrij leveren. De bewijswaarde van dergelijke vermeldingen staat dus in elk geval ter soevereine beoordeling van de rechter, die daarbij rekening mag houden met het tegenbewijs dat wordt aangebracht, op voorwaarde dat dit tegenbewijs wordt geleverd binnen de door de wet bepaalde voorwaarden.

Ook de bekentenis heeft bewijskracht. De gerechtelijke bekentenis bindt de rechter, zelfs indien hij gezinszins overtuigd is van de oprechtheid van zijn auteur en van de waarachtigheid van het bekende feit.

Belangrijk is verder dat de bewijskracht van een bepaald bewijsmiddel niet in alle omstandigheden dezelfde is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2). Aldus verliest de akte bijvoorbeeld zijn principiële voorrang wanneer het bewijs door alle rechtsmiddelen toegelaten is, meer bepaald in de gevallen waarin uitzondering wordt gemaakt op artikel 1341 BW (handelszaken, begin van bewijs door geschrift of onmogelijkheid om zich een geschrift te verschaffen).

293 Het begrip bewijskracht heeft daarnaast nog een tweede betekenis die verwijst naar de inhoud zelf van het aangevoerde bewijsmiddel (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 3-4, nr. 4; D. MOUGENOT, *La preuve*, 75, nr. 14-2; vgl. H. DE PAGE, *Traité*, 759, nr. 747.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 52, nr. 30). In die zin komt bijvoorbeeld bewijskracht toe die de rechter niet mag miskennen aan hetgeen de opstellers in een akte hebben willen vastleggen, inzonderheid niet wanneer de rechter die akten moet interpreteren, dit ongeacht de bewijswaarde die de rechter daaraan mag of moet toekennen. Dat betekent meer bepaald dat de rechter aan die akte geen uitlegging mag geven die niet verenigbaar is met de bewoordingen ervan. Hij mag de akte niet doen liegen (Cass. 16 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 48; Cass. 29 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 706; Cass. 13 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1196, concl. E. KRINGS; Cass. 23 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2826). De rechter miskent derhalve de bewijskracht van een akte (“*la foi due à un acte*”) wanneer hij aan die akte een betekenis en draagwijdte verleent die miskent wat de auteur erin heeft willen uitdrukken, door aan de akte elementen toe te voegen die ze niet bevat of door elementen te ontkennen die de akte juist wel inhoudt.

Hier heeft het begrip bewijskracht geen betrekking op de overtuigingskracht van het bewijsmiddel, doch enkel op de verplichting om de inhoud ervan te eerbiedigen. De rechter kan immers een geschreven verklaring ongeloofwaardig achten zonder de bewijskracht ervan te schenden.

Zo werd geoordeeld dat de bewijskracht van een onderhandse akte houdende een huurcontract niet wordt miskend door de rechter die beslist dat de in die akte vastgestelde huurovereenkomst een geveinsde overeenkomst is en dat de werkelijke bedoeling van de partijen was een verkoopovereenkomst af te sluiten (Cass. 14 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 707). De rechter kan aan de onderhandse akte dus geen bewijswaarde toekennen, op voorwaarde dat de simulatie wordt bewezen conform de wet.

In een ander geval inzake huur van goederen had de rechter bepaalde vermeldingen van een proces-verbaal van vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder opgesteld op verzoek van een van de partijen, wegens hun eenzijdig karakter verworpen en andere (voor die partij nadelige) vaststellingen aangehouden. Beslist werd dat de rechter de bewijswaarde van hem regelmatig overgelegde stukken niet miskent wanneer hij daaruit bepaalde gevolgen trekt zonder in tegenspraak te komen met de bewoordingen van die stukken en dat aldus de feitenrechter op onaantastbare wijze de bewijswaarde beoordeelt van vaststellingen gedaan in een hem overgelegd eenzijdig proces-verbaal van vaststellingen (Cass. 20 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 707).

In het cassatiearrest van 11 september 2006 (*Pas.* 2006, 1709) ging het dan weer om een brief. Geoordeeld werd dat het arrest dat aan een brief een uitlegging geeft die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, de bewijskracht ervan miskent.

294 Wat inzonderheid akten betreft, onderscheidt men drie soorten van bewijskracht (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 158, nr. 13; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 94-95, nr. 140 en 121-122, nrs. 210-212; N. VERHEYDEN-JEAN-

MART, *Droit de la preuve*, 195-196, nrs. 399-402; H. DE PAGE, *Traité*, 750-754, nr. 740 en 759-763, nr. 747.B).

Vooreerst is sprake van de externe bewijskracht van de akte. Hier wordt de vraag gesteld of de voorliggende akte wel degelijk een akte is. Het betreft het onderzoek naar de waarachtigheid van het *instrumentum*, naar de originaliteit daarvan. De authentieke akte heeft externe bewijskracht van zodra voldaan is aan de in artikel 1317, eerste lid BW gestelde vereisten (opgemaakt in de wettelijke vorm voor de bevoegde openbaar ambtenaar). Een onderhandse akte heeft daarentegen slechts externe bewijskracht voor zover ze erkend wordt door degene tegen wie de akte wordt ingeroepen (art. 1322 BW).

In de tweede plaats wordt gewaagd van de formele bewijskracht van de akte. Hier wordt de waarachtigheid van de inhoud van de akte onderzocht, van de realiteit daarvan. Het betreft de vraag of wat in de akte te lezen staat, wel degelijk door de ondertekenaar werd verklaard, of nog, of het waar is wat er is verklaard? Zowel de authentieke als de onderhandse akte bewijzen dat de ondertekenaar heeft verklaard wat zijn handtekening voorafgaat. Dit tot bewijs van het tegendeel volgens het gemeenrechtelijk bewijsstelsel. Het tegenbewijs van de authentieke vermeldingen in een authentieke akte (waaronder het feit van de rechtshandeling) zal evenwel enkel kunnen geleverd worden via de valsheidprocedure.

Ten slotte is er nog de materiële bewijskracht van de akte. Aan de orde is hier de waarachtigheid van het feit dat in de akte wordt vastgesteld. Het gaat om de vraag of wat verklaard is, ook waar is. Is de akte oprecht of gaat het daarentegen om een simulatie? Ook in dit verband hebben de authentieke akte en de onderhandse akte dezelfde bewijskracht. Tegenbewijs is mogelijk volgens het gemeenrechtelijk bewijsstelsel. Hier is de authentieke akte niet meer bijzonder beschermd en staan authentieke en onderhandse akte volledig op gelijke voet.

B. DE HIËRARCHIE

295 In de hiërarchie van de bewijsmiddelen op grond van de bewijskracht (in de zin van wettelijke bewijswaarde) kunnen drie niveaus worden onderscheiden: de bewijsmiddelen met een afdoende bewijskracht, de bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht en de bewijsmiddelen zonder bewijskracht (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 184-185, nrs. 254-255; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 74-75; B. SAMYN *Privaatrechtelijk bewijs*, 200-201, nr. 191; anders in de zin van slechts twee niveaus: D. MOUGENOT, *La preuve*, 66-67, nr. 6; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 116, nr. 228).

296 Bovenaan de ladder zijn er bewijsmiddelen waarbij voor de partijen geen tegenbewijs mogelijk is en de rechter de bewijswaarde niet mag waarden, de zogenaamde volmaakte bewijsmiddelen. De wet zelf bestempelt de bewijskracht van deze bewijsmiddelen als afdoende. De bewijsvoering is ermee beëindigd. Het gaat om de bekentenis en om de gedingbeslissende eed (*anders* in de zin van ook de onweerlegbare wettelijke vermoedens: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 200, nr. 191). Zij kunnen in de regel als bewijsmiddel worden gebruikt boven de 375,00 EUR, tegen en boven de inhoud van authentieke akten of onderhandse akten en zelfs tegen wettelijke onweerlegbare vermoedens in.

Doorgaans wordt aangenomen dat het daarbij enkel gaat om de gerechtelijke bekentenis. De buitengerechtelijke bekentenis wordt op het derde niveau gesitueerd (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 669; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 185, nr. 257 en 186, nr. 258; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 116, nr. 230). Nochtans hebben de gerechtelijke bekentenis en de buitengerechtelijke bekentenis dezelfde bewijskracht (B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 97, nr. 6). Dat de rechter niet verplicht is elke verklaring als een buitengerechtelijke bekentenis te aanzien, bijvoorbeeld niet wanneer hij ze afgelegd acht in ongeloofwaardige omstandigheden, doet daaraan geen afbreuk. De vraag of al dan niet sprake is van een buitengerechtelijke bekentenis is immers te onderscheiden van de vraag welke bewijskracht verbonden is aan een verklaring die als buitengerechtelijke bekentenis wordt bestempeld.

297 Op het tweede niveau komen de bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht. Hier is tegenbewijs (op de door de wet voorgeschreven wijze) voor de partijen wel mogelijk, maar moet de rechter aan deze bewijsmiddelen een bepaalde bewijswaarde toekennen. Het betreft de onweerlegbare en de weerlegbare wettelijke vermoedens (waarbij de eerste door de rechter voor waar moeten worden aangenomen, behoudens tegenbewijs door een gedingbeslissende eed of door een bekentenis en de tweede leiden tot een omkering van de bewijslast en uiteraard steeds kunnen worden weerlegd), de authentieke en de onderhandse akten (waarvan de bewijskracht principieel gelijk is – art. 1322 BW – en waarvan het tegenbewijs in beginsel enkel mogelijk is overeenkomstig art. 1341 BW: dit is met een akte of gelijkwaardig geschrift, zoals bv. een begin van bewijs door geschrift dat aangevuld wordt met getuigen of met feitelijke vermoedens, met een gedingbeslissende eed of met een bekentenis) en de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften (de ondertekende onregelmatige authentieke akten en de ondertekende brieven en e-mails).

298 Onderaan situeren zich de bewijsmiddelen met een vrije bewijswaarde, de zogenaamde onvolmaakte bewijsmiddelen. De rechter oordeelt soeverein of en, in bevestigend geval, welke bewijswaarde hij toekent aan die bewijsmiddelen, terwijl het tegenbewijs voor de

partijen steeds mogelijk is. Onder deze groep vallen de getuigenverklaringen en de feitelijke vermoedens die onderling gelijkwaardig zijn (art. 1353 BW), alsook alle andere geschriften dan de authentieke en onderhandse akten (met uitzondering van het begin van bewijs door geschrift dat eigenlijk geen bewijsmiddel is).

299 Hieronder worden de toegelaten bewijsmiddelen achtereenvolgens nader onderzocht in volgorde van niveau van bewijskracht dat hen kenmerkt, te beginnen met de bewijsmiddelen met afdoende bewijskracht (de bekentenis en de gedingbeslissende eed) om vervolgens in te gaan op de bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht (de wettelijke vermoedens, de akten en de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften) en te eindigen met de bewijsmiddelen zonder bewijskracht (het getuigenbewijs, de feitelijke vermoedens en de andere geschriften).

AFDELING IV

DE BEWIJSMIDDELEN MET AFDOENDE BEWIJSKRACHT

300 Er zijn twee bewijsmiddelen met afdoende bewijskracht: de bekentenis en de gedingbeslissende eed.

§ 1. De bekentenis

A. DEFINITIE

301 De bekentenis wordt in het Burgerlijk Wetboek niet gedefinieerd. Onder bekentenis wordt in de cassatierechtspraak verstaan, de eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald en die moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH). Het gaat om de erkenning door een partij van de juistheid van een tegen haar aangevoerd feit, alhoewel ze er belang bij heeft dat feit te ontkennen omdat de wet er rechtsgevolgen tegen haar aan verbindt (Kh. Gent 20 januari 2011, *IRDI* 2011, 61; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 9; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 688; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-59, nr. 5363; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 68; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 177, nr. 241; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer ge-

toetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 12, nr. 30; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 195; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2423, nr. 1795 en 2424-2427, nr. 1797; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtigelijk Recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 61, nr. 44; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studie-avonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 33; B. CATTOIR en A. COLPAERT, “De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 949; D. MOUGENOT, *La preuve*, 324, nr. 260; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 307, nr. 683; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 298; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 776; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; H. DE PAGE, *Traité*, 1065, nr. 1007). Denk bijvoorbeeld aan de verklaring van iemand dat hij ontleend geld heeft ontvangen.

B. DE ESSENTIËLE BESTANDELEN

302 Kenmerkend voor de bekentenis is dat het gaat om:

- een eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald;
- die uitgaat van de persoon tegen wie ze wordt ingeroepen;
- die betrekking heeft op een persoonlijk en betwist feit met nadelige rechtsgevolgen.

1. Eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald

303 De bekentenis is een daad met een eenzijdig karakter waaraan de wet inzake bewijs rechtsgevolgen verbindt.

a. Een daad

304 De bekentenis is een daad door de mens gesteld. Om als bekentenis in aanmerking te kunnen komen moet die daad van de mens berusten op een geldige wilsuiting, moet de auteur ervan rechts- en handelingsbekwaam zijn en moet de bekentenis zelf een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak hebben (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 235, nr. 196).

305 Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie het vrijwillig karakter van de bekentenis bevestigd (Cass. 6 juli 1950, *Pas.* 1950, I, 812; Cass. 3 februari 1967, *Pas.* 1967, I, 681; Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 818; Cass. 25 januari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 605; zie ook Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBR* 1986, 121). Niemand kan gedwongen worden om te bekennen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 166, nr. 302; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*,

2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 326, nr. 264; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 321, nr. 726; H. DE PAGE, *Traité*, 1069, nr. 1009.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412, nr. 569).

Dat belet niet dat sommige onderzoeksmaatregelen, zoals een plaatsbezoek of de persoonlijke verschijning van de partijen, specifiek bedoeld zijn om bekentenissen uit te lokken. De wet vereist immers niet dat de bekentenis spontaan zou worden afgelegd. Maar ook dan blijft elke partij vrij al dan niet te bekennen (B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 34; D. MOUGENOT, *La preuve*, 326, nr. 264 en 329, nr. 268; B. ALLEMEERSCH, "Artikel 992" in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen, 4; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 777; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 321, nr. 726; H. DE PAGE, *Traité*, 1070, nr. 1009.A). Voor een bijzonder toepassingsgeval waarin een gerechtelijke bekentenis werd uitgelokt onder de vorm van een eedopdraging, zie Antwerpen 17 november 1997, *AJT* 1998-99, 118, noot B. WYLLEMAN.

De bekentenis veronderstelt de wil van haar auteur om de juistheid van een feit te beamen. De wilsuiting slaat dus enkel op de waarachtigheid van het aangevoerd feit, niet op de intentie om aan zijn tegenstrever in het geschil een bewijs te verschaffen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412-13, nr. 569).

De wilsuiting van de auteur van de bekentenis moet geldig zijn. Dat betekent dat die wilsuiting (zoals elke wilsuiting) vrij moet zijn van wilsgebreken (dwaling, bedrog, geweld).

Die geldige wilsuiting is een geldigheidsvereiste van de bekentenis en heeft derhalve geen uitstaans met haar toelaatbaarheid (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 234, nr. 196; anders in de zin van een toelaatbaarheidsvereiste: H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-70, nr. 5402; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805; B. VAN DEN BERGH, "De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een 'balans'", *TBBR* 2010, 32, nr. 5).

Een gerechtelijke bekentenis geschiedt steeds voor de rechter. In dat geval is er een zekere waarborg dat de wilsuiting vrij is van gebreken. Die waarborg ontbreekt bij buitengerechtelijke bekentenissen. Vandaar dat de rechter ten aanzien van buitengerechtelijke bekentenissen een ruimere appreciatiebevoegdheid heeft (Cass. 30 april 1889, *Pas.* 1889, I, 204). Hier komt het aan de feitenrechter toe te oordelen of degene die een verklaring heeft afgelegd, daadwerkelijk de vrije wil had die verklaring af te leggen dan wel of die verklaring werd afgelegd onder dwang of onoprecht is of berust op een verkeerde voorstelling van zaken. De rechter zal dus steeds moeten controleren in welke concrete omstandigheden de beweerde buitengerechtelijke bekentenis is afgelegd om na te gaan of al dan niet sprake is van een geldige (oprechte en ernstige) wilsuiting van haar auteur. Hij zal met andere woorden voorafgaand moeten nagaan of al dan niet sprake is van een werkelijke buitengerechtelijke bekentenis (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Gent 4 december 2003, *RABG* 2006, 494; Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007,

290, noot D. MOUGENOT; Arbh. Luik 16 november 1994, *JLMB* 1995, 884; KG Rb. Luik 9 oktober 1992, *JLMB* 1994, 235; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 11; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 605, nr. 47). De rechter oordeelt daarover soeverein (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-70, nr. 5402; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 689; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805; D. THUIS, concl. voor Cass. 24 april 2006, AR S.04.0121.N, www.cass.be; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 337, nr. 767). Van een werkelijke bekentenis is geen sprake wanneer de bekentenis niet oprecht is en het resultaat is van bedrog of van deloyaal gedrag (vgl. Gent 4 december 2003, *RABG* 2006 494). Zo werd geoordeeld dat niet als een buitengerechtelijke bekentenis kan worden aanvaard, de verklaring van een werknemer, verdacht van diefstal in een grootwarenhuis, afgelegd na een lang onderhoud met de inspecteurs ervan en buiten de aanwezigheid van een vakbondsafgevaardigde, zelfs indien de verklaring nadien summier bevestigd werd aan de politie (Arbh. Luik 16 november 1994, *JLMB* 1995, 884).

306 De bekentenis impliceert de erkenning van een betwist feit en als gevolg daarvan ook van een betwist recht. Gelet op haar rechtsgevolgen is de bekentenis een daad van beschikking. Bijgevolg moet de auteur van de bekentenis rehts- en handelingsbekwaam zijn om over zijn vermogen te beschikken (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 24, nr. 34; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2430, nr. 1799; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 167, nr. 304 en 170, nr. 312; D. MOUGENOT, *La preuve*, 328, nr. 267 en 334, nr. 275; H. DE PAGE, *Traité*, 1073, nr. 1009.E en 1081, nr. 1017; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 37, nr. 11; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 689; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 327, nr. 736). Wordt de bekentenis afgelegd door een persoon die niet bekwaam is om in de betrokken materie te beschikken, bijvoorbeeld een minderjarige in zaken waarvoor hij niet handelingsbekwaam is, dan is die bekentenis hem niet tegenwerpbaar (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-69, nr. 5401; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2430, nr. 1799; H. DE PAGE, *Traité*, 1082, nr. 1018).

307 Bovendien moet de wet toelaten dat over het betwiste recht wordt beschikt (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779). Voorwerp en oorzaak van de afgelegde bekentenis moeten geoorloofd zijn. Bekentenissen die betrekking hebben op feiten van openbare orde en/of van goede zeden hebben een ongeoorloofd voorwerp. Bekentenissen die ertoe strekken een rechtsregel van openbare orde en/of van goede zeden te miskennen, hebben een ongeoorloofde oorzaak. In beide gevallen zijn die bekentenissen absoluut nietig.

b. Een eenzijdige daad

308 De bekentenis is een eenzijdige daad (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965, noot A. VAN OEVELEN en R. VINCKX; Arbh. Bergen 2 maart 2011, *Soc.Kron.* 2012, 465; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 167, nr. 303; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 777; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 320, nr. 724; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 37; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 37, nr. 11).

309 Uit het eenzijdig karakter van de bekentenis vloeit een aantal gevolgen voort (Arbh. Bergen 2 maart 2011, *Soc.Kron.* 2012, 465; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-60, nr. 5368; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 34; H. DE PAGE, *Traité*, 1071, nr. 1009.C; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412, nr. 568):

- de bekentenis moet niet worden aanvaard: het gaat niet om een aanbod, als eenzijdige daad bestaat de bekentenis wel integendeel op zichzelf;
- in principe kan de bekentenis niet worden herroepen en is ze onsplitsbaar (daarover verder meer onder de nrs. 369 e.v.);
- van zodra zij bestaat, kan de bekentenis door om het even welke belanghebbende worden ingeroepen, ook als is zij niet te zijnen aanzien gedaan.

c. Waaraan de wet inzake bewijs rechtsgevolgen verbindt

310 De wil van degene die bekend om de realiteit van een feit te bevestigen volstaat, zelfs indien deze partij zich niet bewust is van een betwisting in verband met dit feit en ook al heeft zij niet de intentie om haar tegenpartij een bewijs tegen haar te verschaffen. De omstandigheid dat een verklaring als bewijs ten gunste van de tegenpartij kan dienen, is een rechtsgevolg dat niet door haar

auteur, doch wel door de wet aan die verklaring wordt gehecht (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Bergen 14 november 1990, *Verkeersrecht* 1992, 77; Luik 18 december 1996, *JLMB* 1997, 394; Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965, noot A. VAN OEVELEN en R. VINCKX; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 458, nr. 16). De bekentenis is bijgevolg een rechtsfeit (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 397, nr. 543; anders in de zin van een rechtshandeling: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 688; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 234, nr. 196; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 177, nr. 241; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2499, nr. 1799; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 34; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 283; H. DE PAGE, *Traité*, 1070-1071, nr. 1009, B). Dat er ook gevallen zijn waarin degene die de verklaring aflegt zijn tegenpartij een bewijs wil verschaffen, kan daaraan geen afbreuk doen (*anders*: D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile. Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 39).

311 Tot voor kort was een constante cassatierechtspraak (in navolging van H. DE PAGE, *Traité*, 1070-1071, nr. 1009, B) gevestigd in andersluidende zin. Vereist werd dat de bekentenis intentioneel was, zodat de partij die bekende de wil moest hebben om een verklaring af te leggen die als bewijs kon worden gebruikt door haar tegenpartij (Cass. 6 juli 1950, *Arr.Cass.* 1950, 712; Cass. 3 februari 1967, *Arr.Cass.* 1967, 690; Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 818; Cass. 21 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 596; Cass. 13 december 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 466; Cass. 25 januari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 605; Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, nr. 51). Die strenge cassatierechtspraak was ingegeven door redenen van rechtszekerheid, meer bepaald door de zorg om te vermijden dat iemand bij verrassing zou worden gepakt op grond van verklaringen door hem afgelegd op een onbewaakt ogenblik (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 324, nr. 730-5). Door een deel van de feitenrechtters werd de cassatierechtspraak op dit punt gevolgd (Bergen 24 maart 1987, *JT* 1987, 522; Arnhem Antwerpen, afd. Antwerpen 4 september 2003, *RABG* 2004, 891, noot D. VAN STRIJTHEM; Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBR* 1986, 121).

In de rechtsleer werd die (cassatie)rechtspraak terecht bekritiseerd, hoofdzakelijk omdat zij onverenigbaar is enerzijds met de regel van de onherroepelijkheid van de bekentenis in geval van dwaling omtrent het recht en anderzijds met de regel dat een buitengerechtelijke bekentenis kan blijken uit de handelwijze van een partij, inzonderheid uit de uitvoering van een betwiste overeenkomst of verbintenis. Wanneer de bekentenis haar vrijwillig karakter behoudt ook wanneer haar auteur zich niet bewust is van de juridische ge-

volgen ervan, doet ook de wil om zijn tegenstrever een bewijs te verschaffen niet ter zake. Het strookt bovendien niet met de psychologische werkelijkheid te stellen dat partijen die een overeenkomst uitvoeren de bedoeling zouden hebben hun medecontractant een bewijs te verschaffen in het raam van een latere betwisting (P. VAN OMMESLAGHE, “Les obligations. Examen de jurisprudence: 1968-1973”, *RCJB* 1975, 730 e.v., nr. 136; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 321-326, nrs. 728 e.v.; L. KERZMANN, “Le point sur l’aveu en matière civile” in F. KUTY en D. MOUGENOT (eds.), *La preuve. Questions spéciales*, Luik, Anthemis/CUP, 2008, 157-158; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 166-167, nr. 302; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 37). De cassatierechtspraak hier aan de orde is bovendien moeilijk verzoenbaar (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2426, nr. 1797):

- met de regel dat koopmansboeken in hoofde van de handelaar die ze bijhoudt een buitengerechtelijke bekentenis kunnen impliceren (art. 1330 BW; vgl. Cass. 3 december 2007, *RW* 2010-11, 382 en *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH; D. MOUGENOT, *La preuve*, 327, nr. 265): uiteraard heeft de handelaar met het bijhouden van zijn boekhouding niet de bedoeling aan andere partijen in een geschil een bewijs te verstrekken;
- meer algemeen, met de algemene theorie omtrent de bewijsmiddelen: een bewijsmiddel impliceert op zich geenszins de intentie om de wederpartij in een geschil ter hulp te snellen, doch enkel de wil om een feit vast te stellen derwijze dat daarover geen betwisting meer mogelijk is.

Aan het gevaar voor de rechtszekerheid wordt daarnaast verholpen door de ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter ten aanzien van het al dan niet vrijwillig karakter van de buitengerechtelijke bekentenis (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 325, nr. 730-5).

De kritiek van de rechtsleer bleef niet zonder gehoor bij de feitenrechters (Bergen 14 november 1990, *Verkeersrecht* 1992, 77; Luik 18 december 1996, *JLMB* 1997, 394; Brussel 9 juni 1998, *JT* 1999, 137).

Uit het cassatiearrest van 2 mei 1988 (*Arr.Cass.* 1987-88, 1101) werd door sommigen afgeleid dat het Hof van Cassatie, minstens impliciet, op zijn traditionele rechtspraak was teruggekomen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 326, nr. 732). Maar, die conclusie was voorbarig want gesteund op een kopje boven het arrest dat niet overeenkwam met de werkelijke inhoud van het arrest (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk Recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 62, nr. 45; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis” (noot onder Cass. 20 december 2007), *TBBR* 2008, 457, voetnoot 34; D. MOUGENOT, *La preuve*, 327, nr. 265; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 166, nr. 302).

Tot meer discussie op dit punt gaf aanleiding, het cassatiearrest van 7 februari 1997 (*Arr.Cass.* 1997, 184) waarbij werd geoordeeld dat de omstandigheid dat degene aan wie een verklaring wordt tegengeworpen die tegen hem als bewijs kan dienen, die verklaring heeft afgelegd in een akte die, op zichzelf beschouwd, alleen rechtsgevolgen heeft voor een derde, niet verhindert dat daaruit een buitengerechterlijke bekentenis kan worden afgeleid. Krachtens die cassatierechtspraak hoeft een buitengerechterlijke bekentenis dus niet noodzakelijk een erkenning te zijn die wordt gedaan in het kader van de rechtsverhouding met degene die er zich uiteindelijk van bedient. De erkenning kan ook in een andere context worden gedaan (H. DE PAGE, *Traité*, 1073, nr. 1009.F). Dat is bijvoorbeeld het geval met de buitengerechterlijke bekentenis die betrekking heeft op een persoonlijke schuld van de zaakvoerder van een bvba en die wordt afgeleid uit een verklaring vermeld in een verzoekschrift tot gerechtelijk akkoord ingediend door die bvba, maar ondertekend door de zaakvoerder. Onduidelijk bleef of het Hof van Cassatie met die rechtspraak de intentionaliteitsvereiste had laten varen.

Uiteindelijk heeft het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak dienaangaande pas uitdrukkelijk gewijzigd in drie recente arresten. Voortaan wordt aangenomen dat de bekentenis niet vereist dat zij bestemd zou zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen (B. CATTOIR en A. COLPAERT, “De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 949; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechterlijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 458, nr 16; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 37; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 413, nr. 570).

In een eerste zaak ging de betwisting over de draagwijdte van een verkoopovereenkomst. De eiseres in cassatie was oorspronkelijk eigenaar geweest van een huis met bijbehorend klein perceel grond. Het huis werd verkocht aan een projectontwikkelaar. In de verkoopakte werd niet vermeld of het klein perceel grond al dan niet in de verkoop begrepen was. Naderhand ging de projectontwikkelaar over tot bebouwing, ook van het betrokken klein perceel grond. Daartegen werd door de eiseres in cassatie bezwaar gemaakt. Zij vorderde de teruggave van de onrechtmatig in bezit genomen grond. Het hof van beroep te Antwerpen wees die vordering af. Het hof verwees daarvoor naar een bezwaarschrift dat de eiseres in cassatie had ingediend bij de fiscale overheid en waarin zij zich had verzet tegen de aanrekening van onroerende voorheffing op dat perceel onder voorwendsel dat het al enkele jaren “in het bezit” was van de projectontwikkelaar. Dat bezwaarschrift werd door het hof van beroep gekwalificeerd als een buitengerechterlijke bekentenis van het feit dat het perceel grond waarvan sprake wel degelijk begrepen was in de verkoopovereenkomst. De cassatievoorziening van de oorspronkelijke eigenares tegen dat arrest werd afgewezen. In zijn arrest van 20 december 2007 (*TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH) oordeelde het Hof van Cassatie dat de buitengerechterlijke bekentenis bedoeld in de artikelen 1354 en 1355 BW een eenzijdige daad is waaruit een bewijs kan worden gehaald, dat ze moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd, maar dat ze niet moet bestemd zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen.

Die rechtspraak werd door het Hof van Cassatie kort nadien bevestigd in zijn arrest van 25 mei 2009 (*Arr.Cass.* 2009, 1379). In die tweede zaak had een werkgever een werknemer ontslagen wegens dringende redenen. Tot bewijs van die dringende redenen had de werkgever

een gerechtsdeurwaarder aangesteld teneinde de werknemer te verhoren. Dat verhoor gebeurde op basis van een door de werkgever opgestelde vragenlijst waarbij de antwoorden overeenkomstig artikel 516, tweede lid Ger.W. werden geakteerd in een proces-verbaal van vaststelling. De feitenrechter weigerde de door de werknemer afgelegde verklaringen te aanvaarden als een buitengerechterlijke bekentenis, omdat de werknemer, die niet op voorhand was ingelicht van de doelstelling van het verhoor, de verklaringen niet had afgelegd met het oog op het verstrekken van een bewijs aan zijn werkgever. Het Hof van Cassatie vernietigde die beslissing en oordeelde dat de buitengerechterlijke bekentenis in de zin van de artikelen 1354 en 1355 BW niet impliceert dat ze bedoeld moet zijn om door de tegenpartij als bewijs te kunnen worden gebruikt. Het arrest van het arbeidshof, dat beslist het proces-verbaal van vaststelling van 12 november 1991 uit het debat te weren, op grond dat de daarin opgenomen verklaringen niet de waarde van een buitengerechterlijke bekentenis hebben omdat ze niet zijn afgelegd met het oogmerk om voor de andere partij als bewijs te dienen, schendt de voormelde wetsbepalingen.

Recent is er een nieuwe bevestiging gevolgd van die rechtspraak door het Hof van Cassatie (Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, 184). Geoordeeld werd dat de buitengerechterlijke bekentenis niet impliceert dat ze bestemd is om als bewijs te dienen voor de tegenpartij en dat de rechter niet kan beslissen dat de bekentenis vereist dat de persoon die ze aflegt, weet dat zijn verklaringen tegen hem als bewijs kunnen gebruikt worden. Hier ging het meer bepaald om verklaringen (erkenning van optreden als vastgoedmakelaar zonder de vereiste inschrijving daartoe) afgelegd tegenover een gerechtsdeurwaarder en genoteerd in een proces-verbaal van materiële vaststellingen, waarbij werd geargumenteed dat de auteur zijn verklaringen niet met volle kennis van zaken had afgelegd omdat niet bleek welke opdracht precies aan de gerechtsdeurwaarder was toevertrouwd en wat precies de gerechtsdeurwaarder aan de auteur van de verklaringen had medegedeeld na de onthulling van zijn hoedanigheid.

312 Het belang van die nieuwe cassatierechtspraak, die de bekentenis niet langer onderwerpt aan de intentionaliteitsvereiste, kan niet voldoende worden benadrukt. Voortaan maakt elke handeling waardoor een partij de juistheid bevestigt van een tegen haar aangevoerd feit en die als bewijs tegen haar kan worden gebruikt, een bekentenis uit, dit ongeacht of die handeling al dan niet werd gesteld met de bedoeling aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen. Bijgevolg is het thans toegelaten allerhande door de partijen afgelegde verklaringen als bekentenissen te beschouwen, in het bijzonder wanneer ze van aard zijn de realiteit van aangevoerde feiten te bevestigen en *in tempore non suspecto* zijn afgelegd vooraleer enig geschil is ontstaan, ook al is daarbij de wil om zijn tegenpartij een bewijs te verschaffen niet aanwezig. Alhoewel bekleed met een grote geloofwaardigheid, konden deze verklaringen voorheen enkel worden aangezien als een feitelijk vermoeden of eventueel als een begin van bewijs door geschrift. Gevolg van de nieuwe cassatierechtspraak is dan ook dat de bewijsmogelijkheden in burgerlijke zaken aanzienlijk zijn verruimd (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 24, nr. 34; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechterlijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 461, nr. 22; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis Gerechterlijk Recht*, Brugge, die Keure, 2010, 64-65, nr. 49).

Voortaan kan bijvoorbeeld de aangifte van nalatenschap als een bekentenis worden aangezien (Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965; *anders* onder toepassing van de oude

cassatierechtspraak: Luik 2 juni 2006, *Rev.not.b.* 2007, 266), behalve tegenover de fiscus aangezien de fiscale wetgeving van openbare orde is (A. VAN OEVELEN en R. VINCKX, “De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale aangifte”, *RW* 2009-10, 866 e.v.).

De nieuwe cassatierechtspraak heeft verder gevolgen voor het gebruik (veelal in conclusies) van de stijlformule “onder voorbehoud van alle recht en zonder enige nadelige erkenning of bekentenis”. Voor zover deze bewoordingen ertoe strekken te benadrukken dat de auteur niet de bedoeling heeft om een bepaald feit te bekennen, zal dat geen resultaat meer opleveren. De intentie is immers niet meer noodzakelijk om een nadelige verklaring als een bekentenis te kunnen kwalificeren (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk Recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 65, nr. 49).

Ook de problematiek van de uitgelokte bekentenis wordt beïnvloed door de nieuwe cassatierechtspraak. Uitlokking is een wijze van bewijsverkrijging waarbij het initiatief uitgaat van degene die de bewijslast draagt en waarbij er een situatie gecreëerd wordt waarin het bewijs van een betwist feit (bv. een verklaring) zich kan voordoen. Dikwijls weigert de rechtspraak de afgelegde verklaring als een bekentenis te kwalificeren omdat ze het resultaat is van uitlokking die ongeoorloofd wordt geacht. Zo oordeelde het hof van beroep te Bergen in een arrest van 2 maart 2010 nog dat wanneer er twijfel bestaat over de exacte inhoud van de opdracht die aan de gerechtsdeurwaarder werd toevertrouwd en over wat de deurwaarder daarover aan de betrokkene heeft gezegd, de door de deurwaarder vermelde verklaringen van de betrokkene als loutere vermoedens en niet als een buitengerechtelijke bekentenis moeten worden beschouwd (Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT). Terecht wordt opgemerkt dat deze rechtspraak moeilijk te verzoenen valt met de nieuwe cassatierechtspraak (D. MOUGENOT, “Détective privé et vie privée: un couple difficile à accorder” (noot onder Bergen 2 maart 2010), *JT* 2010, 298). Er kan immers nog moeilijk worden geargumenteed dat een verklaring niet als een bekentenis kan gelden enkel en alleen omdat de auteur ervan niet op de hoogte was van de juiste omstandigheden waarin zij afgelegd werd. Iets anders is dat hier wel nog het geoorloofd karakter van de bewijsverkrijging in vraag kan worden gesteld (daarover verder meer in titel VI, hoofdstuk I).

Ten slotte moet wel worden benadrukt dat de nieuwe cassatierechtspraak niet toelaat de onregelmatige onderhandse akte te beschouwen als een buitengerechtelijke bekentenis. Dat de bedoeling van de auteur van de bekentenis voortaan geen rol meer speelt, doet daaraan geen afbreuk. In tegenstelling tot de onderhandse akte dateert de buitengerechtelijke bekentenis immers van na de rechtshandeling waarop zij betrekking heeft (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 39; anders: B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 37, nr. 12).

2. Daad die uitgaat van de persoon tegen wie ze wordt ingeroepen

313 Als erkenning van een feit moet de bekentenis uitgaan van degene tegen wie ze wordt ingeroepen (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH en *RW* 2009-10, 955, noot; Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965, noot A. VAN OEVELEN en R. VINCKX; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 776; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 457, nr. 12; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 326, nr. 734; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 604, nr. 44). Om die reden kan de schuldeiser de uitvoering van de overeen-

komst door hemzelf niet inroepen als (buitengerechtigde) bekentenis van het bestaan ervan (Vred. Wervik 20 maart 2012, *TGR-TWVR* 2012, 251, noot L. VAN DORPE). Bij erkenning van het betwiste feit door een derde, gaat het niet meer om een bekentenis, doch wel om een getuigenverklaring (D. MOUGENOT, *La preuve*, 334, nr. 274; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 326, nr. 734; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 410, nr. 564).

314 Bij toepassing van artikel 1356, eerste lid BW kan een bekentenis ook worden afgelegd door de *b i j z o n d e r e g e v o l m a c h t i g d e* van de partij tegen wie ze wordt ingeroepen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 776, voetnoot 288; H. DE PAGE, *Traité*, 1082, nr. 1019; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 97, nr. 7). Het kan daarbij gaan zowel om een wettelijke als om een contractuele vertegenwoordiger (D. MOUGENOT, *La preuve*, 334, nr. 276; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 326, nr. 735). In geval van vertegenwoordiging is niet de vraag naar de bekwaamheid van de auteur van de bekentenis aan de orde, doch wel deze naar diens bevoegdheid (H. DE PAGE, *Traité*, 1081, nr. 1017).

Een *l a s t h e b e r* kan in hoedanigheid van vertegenwoordiger bekennen, mits hij (ter bescherming van de vertegenwoordigde) beschikt over een bijzonder mandaat dat hem toelaat de specifieke bekentenis te doen (Cass. 17 november 1976, *RW* 1976-77, 1517; Cass. 15 juni 1990, *RW* 1990-91, 750). Krachtens artikel 1988 BW omvat lastgeving, in algemene bewoordingen uitgedrukt, immers alleen daden van beheer. Een bekentenis afleggen is een daad van beschikking en vereist daarom een bijzonder mandaat (Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307). Maar een bijzonder mandaat is niet noodzakelijk een uitdrukkelijk mandaat (Luik 15 mei 1998, *TBBR* 1999, 423). Bij gebrek aan bijzonder mandaat is de lastgever niet verbonden (art. 1998, tweede lid BW). Die regeling geldt bijvoorbeeld ten aanzien van vermeldingen op een loonbriefje aangebracht door een sociaal secretariaat. Tenzij ingeval daartoe een bijzondere volmacht werd verstrekt, kunnen die vermeldingen niet worden bestempeld als een buitengerechtigde bekentenis van de werkgever (*anders*: Arbh. Bergen 6 april 1989, *TSR* 1989, 464, noot W. REYNDERS).

Een wettelijke vertegenwoordiger kan slechts bekentnissen afleggen voor rekening van de onbekwame of van de vertegenwoordigde binnen de grenzen van zijn bevoegdheden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 327, nr. 738). Zo kan bijvoorbeeld de voogd in naam van zijn pupil slechts een bekentenis doen in aangelegenheden waarin hij zonder bijzondere machtiging van de vrederechter kan optreden (zie art. 410, § 1 BW).

315 Krachtens artikel 440 Ger.W. beschikken advocaten niet slechts over het recht om te pleiten, doch bovendien over dat om hun cliënt te vertegenwoordigen. Een *a d v o c a t* is krachtens zijn *mandaat ad litem* evenwel niet gerechtigd om namens zijn cliënt een bekentenis af te leggen, tenzij deze hem daartoe een bijzondere volmacht heeft gegeven (Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1965, I, 61; Cass. 15 juni 1990, *RW* 1990-91, 750; Brussel 16 oktober 1998, *AJT* 1999-2000, 357; Gent 12 november 2003, *P&B* 2004, 79; Brussel 16 oktober 2008, *JT* 2009, 182, noot; Rb. Turnhout 4 november 1981, *Turnh.Rechtsl.* 1982, 15; Rb. Aarlen 17 november 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 368; Rb. Aarlen 10 januari 1997, *TBBR* 1997, 446; Kh. Brugge 15 januari 2003, *TGR-TWVR* 2004, 134; Rb. Aarlen 9 augustus 2004, *JLMB* 2006, 1277, noot en *JLMB* 2011, 1342, noot; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 329, nr. 740; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid

en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 97, nr. 7; *anders* in de zin van een afdoende mandaat: Luik 15 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 13; Rb. Brussel 5 december 1996, *TBBR* 1998, 68; Rb. Brussel 3 oktober 2008, *JT* 2008, 701; zie ook H. DE PAGE, *Traité*, 1082, nr. 1019). Dat volgt uit artikel 1045 Ger.W. dat een bijzondere volmacht vereist opdat een advocaat namens zijn cliënt in een vonnis zou kunnen berusten (Cass. 18 december 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 544, noot) en uit artikel 850 Ger.W. dat voorschrijft dat de rechter op verzoek van een partij kan weigeren rekening te houden met een bekentenis indien ze niet gewettigd is door de handtekening van degene van wie zij uitgaat of van zijn bijzondere gemachtigde. Vandaar dat verklaringen door raadslieden van de procespartijen gedaan, hetzij schriftelijk in de neergelegde conclusies, hetzij mondeling ter terechtzitting, in de regel niet als bekentenissen kunnen worden beschouwd. Conclusies van de partijen kunnen dus geen bekentenissen bevatten, tenzij ze door de partijen zelf zijn mede-ondertekend of vaststaat dat hun advocaat daartoe over een bijzondere volmacht beschikte (Gent 12 november 2003, *P&B* 2004, 79; *anders*: Luik, 15 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 13; Bergen 30 juni 1995, *JLMB* 1997, 372; Rb. Aarlen 17 november 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 368). Verklaringen van raadslieden kunnen in voorkomend geval wel als feitelijk vermoeden gelden (Kh. Brugge 15 januari 2003, *TGR-TWVR* 2004, 134). Om dienaangaande iedere mogelijke betwisting bij voorbaat uit te sluiten, vermelden advocaten vaak dat zij tussenkomen “onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige bekentenis” (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 234-235, nr. 196). Dat alles betekent niet dat de rechter ambtshalve de afwezigheid van een bijzonder mandaat zou mogen invoeren. Artikel 850 Ger.W. verzet zich daartegen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 335, nr. 277, voetnoot 7).

316 Doorgaans wordt aangenomen dat ook wettelijke of statutaire organen van een publieke of private rechtspersoon over een bijzondere volmacht moeten beschikken om een bekentenis te doen die de rechtspersoon kan worden tegengeworpen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-60, nr. 5370; D. MOUGENOT, *La preuve*, 335, nr. 276; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 328, nr. 739; H. DE PAGE, *Traité*, 1082, nr. 1019). Zo vormen de notulen van de raad van beheer van een vereniging zonder winst oogmerk geen buitengerechtelijke bekentenis (Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, 66, noot A. VANDERHAEGHEN). Zo ook zal een bekentenis afgelegd door de bestuurder van een vennootschap laatstgenoemde niet verbinden, tenzij hij voorafgaand door de raad van bestuur in het bijzonder werd gemachtigd om die bekentenis te doen. Sommigen nuanceren die regel evenwel. In elk concreet geval moet aan de hand van de wet of van de statuten nagegaan worden welke de omvang is van de bevoegdheden van de organen van de rechtspersoon. Al naargelang die bevoegdheden hun al dan niet toelaten te beschikken over de rechten waarop de bekentenis betrekking heeft, kunnen de organen een bekentenis in naam van de rechtspersoon afleggen, dit in het eerste geval zonder dat daartoe een bijzonder mandaat vereist is en in het tweede geval met vereiste van een bijzonder mandaat (P. VAN OMMESLA-

GHE, *Théorie des preuves*, 2430-2431, nr. 1800; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 411, nr. 565). In ieder geval is de rechtspersoon niet gebonden door de bekentenis die wordt afgelegd door een personeelslid (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 147, nr. 167).

317 Om dezelfde redenen kan een *curator* niet bekennen in naam van de massa (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 328, nr. 739).

3. Aangaande een betwist en persoonlijk feit met nadelige gevolgen

a. Een feit

318 Een bekentenis kan slechts betrekking hebben op het voorwerp van de objectieve bewijslast, zijnde feiten in tegenstelling tot het objectieve recht. Onder feiten moet daarbij dan worden verstaan, zowel louter materiële feiten, als rechtsfeiten (Cass. 24 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 946; Cass. 17 juni 2005, *RABG* 2005, 1620; Gent 10 september 1993, *P&B* 1993, 191; Luik 2 juni 2006, *Rev.not.b.* 2007, 266) en ook (het bestaan en de inhoud van) rechtshandelingen (Bergen 30 juni 1995, *JLMB* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX). De bekentenis kan evenwel niet slaan op de oplossing die in rechte aan het geschil moet worden gegeven. Het antwoord op een rechtsvraag moet immers niet worden bewezen en kan dus niet in een bekentenis worden gevonden. Het behoort aan de rechter te bepalen op welke wijze de wet moet worden toegepast. De verklaringen van een partij op dit punt, ook en zelfs al zijn ze voordelig voor de tegenpartij, zijn niets meer dan een eenvoudige mening die de rechter niet bindt (Cass. 25 maart 1935, *Pas.* 1935, I, 198; Cass. 20 april 1961, *RW* 1961-62, 1448; Cass. 15 juni 1967, *Pas.* 1967, I, 1228; Cass. 14 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 829; Cass. 2 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1101; Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 24 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 946; Cass. 17 juni 2005, *RABG* 2005, 1620; Bergen 24 maart 1987, *JT* 1987, 522; Gent 10 september 1993, *P&B* 1993, 191; Luik 27 maart 1996, *RGAR* 1998, nr. 13.020; Brussel 4 november 2004, *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 818; Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155; Brussel 10 mei 2006, *Rec.gén.enr.not.* 2006, 364; Luik 2 juni 2006, *Rev.not.b.* 2007, 266; Voorz. Rb. Brussel 18 november 1995, *IRDI* 1996, 87; Rb. Brussel 3 oktober 2008, *JT* 2008, 701; Rb. Brussel 2 maart 2002, *Rec.gén.enr.not.* 2004, 218; Rb. Gent 28 januari 2010, *T.Gez.* 2011-12, 35, noot N. BROECKX; Vred. Wolvertem 13 februari 1997, *RW* 1998-99, 928, noot B. WEYTS; Pol. Brussel 28 februari 2001, *Verkeersrecht* 2002, 373; Pol. Verviers 7 januari 2002, *T.Vred.* 2002, 7; Pol. Brugge 24 juni 2008, *RW* 2009-10, 975, noot; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 10; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 169, nr. 310; R. DEKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 442, nr. 776, voetnoot 289; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édi-

tion, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 329-330, nr. 269; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 317, nrs. 717-718; H. DE PAGE, *Traité*, 1081, nr. 1016; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 402, nr. 555). Vandaar dat de erkenning van de toepassing van een rechtsregel of de toekenning van een juridische omschrijving aan een feitelijke situatie geen bekentenis uitmaakt (Arbh. Bergen 20 november 1998, *JLMB* 1999, 1570; Antwerpen 24 december 2003, *TBH* 2005, 1073, noot C. VAN SCHOUBROECK). Ook toepasselijk vreemd recht, dat geldt als een wet in de zin van artikel 608 Ger.W. kan om die reden niet door een bekentenis worden bewezen.

319 Terwijl het onderscheid tussen feiten en recht inzake bekentenissen theoretisch eenvoudig lijkt, blijkt het in de praktijk niet altijd gemakkelijk de grens correct af te bakenen. Een nadere illustratie van de problematiek is hier op zijn plaats.

In contractuele aangelegenheden kan de bekentenis niet slaan op de kwalificatie van de overeenkomst (zijnde een rechtsvraag), doch enkel op feiten die de constitutieve bestanddelen vormen van een bepaald contract (Bergen 24 maart 1987, *JT* 1987, 522). Vandaar dat de erkenning van het transactioneel karakter van een schadevergoeding geen bekentenis impliceert (Cass. 25 maart 1935, *Pas.* 1935, I, 198). Zo ook kunnen partijen niet bekennen dat tussen hen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan, doch enkel feiten die betrekking hebben op een band van ondergeschiktheid (Arbh. Bergen 7 april 1995, *Soc.Kron.* 1996, 307; Arbh. Gent 20 maart 1995, *AJT* 1995-96, 444, noot N. CHATEL; Arbh. Bergen, 20 november 1998, *JLMB* 1999, 1570). Al evenmin kunnen partijen bekennen dat zij een leningsovereenkomst hebben gesloten, maar kan een bekentenis in verband met feiten die de constitutieve bestanddelen van een dergelijke overeenkomst vormen, wel worden gevonden in de schriftelijke “doorlopende opdracht” samen met de levenslange daadwerkelijke uitvoering ervan (Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833, noot B. WILMS).

Een bekentenis kan wel betrekking hebben op het feit dat een akte houdende vaststelling van een overeenkomst niet de werkelijke bedoeling van de contractpartijen weergeeft (Cass. 26 februari 1959, *Arr.Cass.* 1960, 157), op de juiste draagwijdte van een overeenkomst (Cass. 23 oktober 1959, *Arr.Cass.* 1960, I, 230), alsook op het feit dat haar auteur een bepaalde daad heeft gepleegd die door een met de tegenpartij afgesloten overeenkomst verboden was (Cass. 15 juni 1967, *Arr.Cass.* 1967, 1264), of nog, dat een aannemer zich verbonden heeft tot vrijwaring voor verborgen gebreken waarmee zijn werken behept zijn (Cass. 20 april 1961, *Pas.* 1961, I, 889).

In quasi-delictuele aangelegenheden kan de bekentenis geen betrekking hebben op de aansprakelijkheid (een rechtswestie), doch enkel op het al dan niet gepleegd zijn van feiten die aansprakelijkheid teweegbrengen (Rb. Gent 28 januari 2010, *T.Gez.* 2011-12, 35, noot N. БРОЕССКХ). Zo geldt de verklaring op het eenvormig aangifteformulier inzake verkeersongevallen dat men aansprakelijk is, niet als bekentenis (Bergen 12 november 1985, *RRD* 1986, 444; Brussel 3 februari 1988, *Verkeersrecht* 1988, 225; Luik 27 maart 1996, *RGAR* 1998, nr. 13020; Kh. Brussel 28 januari 1967, *Bull.ass.* 1968, 723, noot R.V.G.; Rb. Charleroi 26 oktober 1995, *JLMB* 1996, 528; Vred. Wolvertem 13 februari 1997, *RW* 1998-99, 928, noot B. WEYTS; Pol. Brugge 24 juni 2008, *RW* 2009-10, 975, noot; Pol. Antwerpen 26 oktober 2006, *VAV* 2008, 65; Pol. Brussel 22 maart 2010, *VAV* 2010, 340), terwijl de vermeldingen daarop omtrent de feiten (bv. inzake de gevoerde snelheid, de gevolgde richting...) die tot het verkeersongeval hebben geleid wel een buitengerechtigde bekentenis kunnen opleveren waarop de rechter zijn aansprakelijkheidsbeoordeling kan gronden (Bergen 25 juni 1987, *Verkeersrecht* 1988, 10; Brussel 13 januari 1988, *Verkeersrecht* 1988, 227; Bergen 14 juni 1989, *Verkeersrecht* 1990, 22; Bergen 15 oktober 1993, *Verkeersrecht* 1994, 290; Rb. Charleroi 22 mei 2001, *RGAR* 2004, nr. 13.802; Rb. Luik 15 april 2004, *RGAR* 2006, nr. 14140; Rb. Leuven 6 februari 2008, *T.Pol.* 2009, 32, noot; Pol. Charleroi 30 maart 2000, *Verkeersrecht* 2000, 341; Pol. Brugge 24 juni 2008, *RW* 2009-10, 975, noot; Pol. Antwerpen 26 oktober 2006, *VAV* 2008, 65; Pol. Brussel 22 maart 2010, *VAV* 2010, 340). Het-

zelfde geldt voor de erkenning met betrekking tot de snelheid van een voertuig (Cass. 24 februari 1966, *Pas.* 1966, I, 819). In dezelfde zin werd geoordeeld in een geval van het zonder voorbehoud ondertekenen van een proces-verbaal van vaststelling van de schade ingevolge een omgewaaide boom die op zijn eigendom stond (Gent 19 juni 2008, *T. Verz.* 2009, 302). Het aanvaarden van een minnelijke schikking maakt dan weer geen buitengerechtigde bekentenis uit met betrekking tot de aansprakelijkheid voor het ongeval en zijn schade (Gent 16 november 1995, *Wegverkeer* 1996, 17).

Bij de uitlegging van de bekentenis moet de rechter alle feitelijke gegevens ervan in aanmerking nemen, maar is hij niet gebonden door de juridische gevolgen die de partij die de bekentenis heeft afgelegd, eruit afleidt (Cass. 14 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 829; Arbh. Bergen 7 april 1995, *Soc.Kron.* 1996, 307, noot). In dergelijk geval miskent de rechter de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis niet. Een mooi voorbeeld daarvan is te vinden in het cassatiearrest van 17 juni 2005 (*RABG* 2005, 1620). Het Hof oordeelde:

- dat de appelrechters tot een verkoop van de aandelen door eiser aan verweerder besluiten en hierbij onder meer oordelen dat “om een geldige koop-verkoop tot stand te brengen, het verder niet (is) vereist dat er een prijs wordt betaald: de koop-verkoop is tussen partijen voltrokken en de koper verkrijgt van rechtswege de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is”;
- dat de appelrechters aldus aannemen dat verweerder uit de omstandigheid dat hij de aandelen niet heeft betaald, ten onrechte heeft afgeleid dat er geen verkoop heeft plaatsgevonden;
- dat de appelrechters, door aldus de juridische gevolgen van het door verweerder erkende feit “dat hij aan (eiser) de aandelen niet heeft betaald” anders te beoordelen dan verweerder die ze heeft afgelegd, de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen (de art. 1354, 1356 en 1582 BW) niet schenden.

Om de redenen hierboven uiteengezet, kan een bekentenis ook geen betrekking hebben op het eigendomsrecht over goederen (*anders:* Brussel 29 maart 2007, *Rev.trim.dr.fam.* 2007, 809).

b. Een betwist feit

320 De objectieve bewijslast heeft enkel betwiste feiten tot voorwerp. De bekentenis moet dan ook betrekking hebben op een betwist feit (Cass. 21 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 596; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 37). Zij moet als dusdanig tot voordeel strekken van de tegenpartij. De verklaring die iemand aflegt ter staving of ter ondersteuning van zijn aanspraak, is derhalve geen bekentenis (D. MOUGENOT, *La preuve*, 326, nr. 263).

321 Aanvankelijk oordeelde het Hof van Cassatie dat de bekentenis de wil vereiste om een verklaring af te leggen omtrent een reeds ontstane en actuele betwisting (Cass. 6 juli 1950, *Arr.Cass.* 1950, 712; zie ook Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBR* 1986, 121). Thans wordt die vereiste door een vaststaande cassatierechtspraak niet meer gesteld (Cass. 23 april 1971, *Arr.Cass.* 1971, 729; Cass. 3 februari 1967, *Pas.* 1967, I, 681; Cass. 7 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 714; Cass. 1 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 317, noot; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH en *RW* 2009-10, 955, noot; Arbh. Bergen 14 maart 1996, *JTT* 1997, 157), zodat de bekentenis ook kan slaan op een toekomstige betwisting. Op het ogenblik dat zij wordt gedaan, moet het feit dat het voorwerp van de bekentenis uitmaakt, derhalve nog niet betwist zijn. De betwisting over dat feit kan pas later ont-

staan (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 71; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 234, nr. 196; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 306, nr. 37; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 413-414, nr. 571).

c. Een persoonlijk feit

322 Verder moet de bekentenis betrekking hebben op een feit waarvan degene die de bekentenis doet, persoonlijk kennis heeft (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 279). Zo niet gaat het enkel om een advies of een mening zonder enige bewijswaarde (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 331, nr. 46). Dat volgt uit het feit dat de bekentenis een daad van beschikking is. Is derhalve geen bekentenis, de uiting van een persoonlijke mening, de verklaring omtrent iets wat men heeft horen zeggen... (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-64, nr. 5380). Maar dat verhindert dus niet dat de bekentenis wordt afgelegd door een vertegenwoordiger die daartoe beschikt over een bijzondere volmacht (zie hierboven).

d. Een feit met nadelige rechtsgevolgen

323 Ten slotte is enkel sprake van een bekentenis wanneer een persoon een voor hem nadelig feit beaamt, hoewel hij er belang bij had dit feit te ontkennen (Antwerpen 17 mei 2006, *RW* 2008-09, 1053; vgl. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 395, nr. 541). Een verklaring die wordt gedaan met het oog op voordelige rechtsgevolgen voor haar auteur, is geen bekentenis (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 195; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-60, nr. 5369; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 34; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 695, nr. 541). Dat is bijvoorbeeld het geval met een verklaring van een partij om haar eigen aanspraken te steunen of om de gegrondheid van haar eigen stelling aan te tonen (Cass. 21 januari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 596). Een dergelijke verklaring is bijgevolg niet onderworpen aan de regels van de bekentenis waaronder de regel van de onsplitsbaarheid (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2427, nr. 1797).

4. Geen vormvoorwaarden

a. Algemeen

324 De bekentenis heeft geen plechtig karakter. Haar geldigheid is aan geen vormvoorwaarden onderworpen (Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142). Er bestaan geen wettelijke voorschriften omtrent de wijze waarop zij moet worden afgelegd. Zij kan derhalve zowel mondeling als schriftelijk worden gedaan, uitdrukkelijk of impliciet (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 178, nr. 243; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 195 en 235, nr. 196; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandiaus, Universiteit Gent, 2010, 24, nr. 36; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168-169, nrs. 307-308; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 309, nr. 689; H. DE PAGE, *Traité*, 1076, nr. 1012 en 1088, nr. 1026; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 457, nr. 12; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 37, nr. 11). De feitenrechter beoordeelt op soevereine wijze de draagwijdte van de bekentenis (Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142).

325 De schriftelijke bekentenis is te onderscheiden van het schriftelijke bewijs (D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 278; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2431, nr. 1801). Het schriftelijk bewijs wordt door de partijen opgemaakt bij het verrichten van de rechtshandeling of kort erna. De schriftelijke bekentenis wordt later afgelegd en is per definitie eenzijdig (Cass. 8 november 1984, *RW* 1985-86, 109; H. DE PAGE, *Traité*, 1069, nr. 1008.B; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 39). Daarenboven is de bedoeling van de partijen in beide gevallen fundamenteel verschillend.

Vandaar dat een (bv. wegens miskennis van art. 1325 BW of van art. 1326 BW) onregelmatige onderhandse akte niet als een schriftelijke bekentenis kan worden beschouwd (maar gebeurlijk wel als een begin van schriftelijk bewijs of als een feitelijk vermoeden) (Cass. 8 november 1984, *RW* 1985-86, 109; H. DE PAGE, *Traité*, 1069, nr. 1008.B; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 39; *anders*: B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 34-38). Dat de auteur van een akte door het aanbrengen van zijn handtekening op het geschrift bepaalde voor hem nadelige feiten erkent, verandert daaraan niets. Al evenmin als het feit dat het opstellen van een akte soms wordt uitgesteld (D. MOUGENOT, *La preuve*, 325, nr. 261). Ook de nieuwe cassatierechtspraak die de vereiste van intentionaliteit

van de bekentenis niet meer stelt leidt niet tot een ander besluit (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 39).

Omgekeerd kan een schriftelijke bekentenis ook niet worden bestempeld als een begin van bewijs door geschrift om aldus de regels haar eigen, in het bijzonder de regel van de onplitsbaarheid, te omzeilen (Cass. 2 juni 1949, *Pas.* 1949, I, 418). Vandaar ook dat de vormvoorwaarden voor onderhandse akten (waaronder de art. 1325 en 1326 BW) niet gelden voor de schriftelijke bekentenis (Cass. 25 maart 1880, *Pas.* 1880, I, 107; Cass. 7 juni 1951, *Arr. Cass.* 1951, 519; Brussel 25 juni 1980, *RW* 1982-83, 360; Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-71, nr. 5407; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 26, nr. 40; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 285; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 332, nr. 752; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 316; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280, voetnoot 336; H. DE PAGE, *Traité*, 1069, nr. 1008.B; anders althans inzake art. 1326 BW: R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781, voetnoot 310).

Aan de schriftelijke bekentenis komt niet meer bewijskracht toe dan aan de mondelinge bekentenis. Het onderscheid tussen beide situeert zich op het vlak van het bewijs van de bekentenis zelf (D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270).

Voorbeelden van schriftelijke gerechtelijke bekentenissen zijn, de gerechtelijke bekentenis gedaan in conclusies (Bergen 30 juni 1995, *JLMB* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX) en deze geacteerd naar aanleiding van een persoonlijke verschijning van de partijen. De ter terechtzitting afgelegde gerechtelijke bekentenis is mondeling.

Ook de buitengerechtelijke bekentenis kan schriftelijk zijn (Arbh. Luik 19 februari 1992, *JTT* 1993, 51; Bergen 26 juni 2000, *JT* 2001, 738). Dergelijke schriftelijke buitengerechtelijke bekentenissen kunnen onder meer voortvloeien uit briefwisseling (Brussel 7 februari 2002, *Res. Jur. Imm.* 2002, 17), uit e-mailberichten (Brussel 29 maart 2007, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 809), uit een aangifte van nalatenschap (Antwerpen 28 april 2008, *RW* 2009-10, 965, noot A. VAN OEVELEN en R. VINCKX), uit een ongevalsangifte (Rb. Luik 15 april 2004, *RGAR* 2006, nr. 14140; Pol. Antwerpen 26 oktober 2006, *VAV* 2008, 65; Rb. Leuven 6 februari 2008, *T. Pol.* 2009, 32, noot), uit een schulderkenning (Rb. Mechelen 11 februari 2003, *Verkeersrecht* 2003, 171), uit de boekhouding van een handelaar (Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN

DEN BERGH; Brussel 30 april 1987, *TBH* 1987, 160; Luik 7 november 2002, *TBH* 2003, 768)...

326 De bekentenis die gedaan is over de telefoon en vastgelegd is in een geluidsopname, blijft een zuiver mondelinge (buitengerechtigde) bekentenis (Rb. Brussel 11 december 1992, *T.Vred.* 1994, 121, noot L. LAMBRICHT; KG Rb. Luik 9 oktober 1992, *JLMB* 1994, 235; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 333, nr. 753; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 407, nr. 559). De mondelinge buitengerechtigde bekentenis is onderworpen aan artikel 1355 BW.

327 De uitdrukkelijke bekentenis is deze die als dusdanig wordt afgelegd door de auteur ervan, hetzij schriftelijk hetzij mondeling (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168, nr. 308; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270). Het gaat om de normale vorm van de bekentenis, gelet op het belang daarvan (H. DE PAGE, *Traité*, 1076, nr. 1012).

328 Daarnaast kan de bekentenis ook stilzwijgend of impliciet zijn (Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBR* 1986, 121; Rb. Brussel 5 december 1996, *TBBR* 1998, 68; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 604, nr. 41; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 459 e.v., nr. 19 e.v.). In dat geval wordt de bekentenis afgeleid uit omstandigheden waarmee het gedrag van de partijen gepaard gaat. Terwijl de uitdrukkelijke bekentenis als wilsuiting steeds schriftelijk of mondeling kan worden afgelegd, is de stilzwijgende of impliciete bekentenis deze die wordt afgeleid uit verklaringen of handelingen van een partij die deze wil manifesteren (“*l’aveu en action*”) (Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 120; Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 23 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 230; Cass. 17 januari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 476; Cass. 10 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 698; Luik 21 mei 1974, *JL* 1974-75, 81; Brussel 25 februari 1988, *TBBR* 1990, 132; Bergen 16 januari 1997, *TBH* 1998, 243; Brussel 21 mei 1997, *JLMB* 1998, 1451; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270).

Impliciete bekentenissen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit een fiscale aangifte (A. VAN OEVELEN en R. VINCKX, “De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale aangifte” (noot onder Antwerpen 28 april 2008), *RW* 2009-10, 966) of uit de vermeldingen in een boekhouding (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’” (noot onder Cass. 3 december 2007), *TBBR* 2010, 30).

Traditioneel wordt de bekentenis omschreven als een verklaring (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 308, nr. 689). Omdat ook handelingen van een partij in aanmerking komen, is het nochtans aangewezen dat niet te doen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2428, nr. 1798).

Omdat de bekentenis een wilsuïting is met verstreckende gevolgen, wordt aangenomen dat de handelwijze van de partijen strikt moet worden beoordeeld (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 12, nr. 30; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 314, nr. 706; H. DE PAGE, *Traité*, 1076, nr. 1012). Ook al kan de bekentenis impliciet geschieden, zij moet hoe dan ook vaststaan, zodat zij enkel kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn (Cass. 7 september 2006, AR C.04.0032.F, C.04.0033.F, www.cass.be en *Pas.* 2006, 1645; Cass. 2 september 2010 *Res Jur.Imm.* 2011, 346; Cass. 7 november 2011, *Pas.* 2011, 2443; Luik 4 maart 2010, *RRD* 2009, 200). Zo heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk bevestigd dat het verstek van de verweerder geenszins als een stilzwijgende bekentenis kan worden beschouwd (Cass. 30 april 1936, *Pas.* 1936, I, 228).

Voor al het feit dat ook handelingen van een partij een (buitengerechtelijke) bekentenis kunnen uitmaken, heeft tot gevolg dat de bekentenis op bewijsrechtelijk vlak uitermate belangrijk is. Zij laat de rechter immers toe ook in burgerlijke zaken uit het keurslijf van artikel 1341 BW te treden. Via de bekentenis kan de rechter, ook bij afwezigheid van elk geschrift, het bestaan van een overeenkomst aanvaarden, de akte houdende vaststelling van een overeenkomst aanvullen of ze zelfs tegenspreken.

Het (omstandig) stilzwijgen van een partij en de (vrijwillige) uitvoering van de overeenkomst (of van een andere rechtshandeling) zijn twee veel voorkomende toepassingen van de impliciete bekentenis die hieronder verder worden onderzocht.

b. Het stilzitten van een partij

329 Het stilzwijgen van een partij ten aanzien van een verklaring van de tegenpartij vormt in principe op zich geen bekentenis. Zo impliceert bijvoorbeeld het niet-reageren door een bouwheer (niet-handelaar) op een ereloonnota van een architect geen buitengerechtelijke bekentenis (Antwerpen 23 maart 1976, *T.Aann.* 1977, 172, noot F. DEMETSER). Hetzelfde geldt voor het niet-antwoorden op een aanmaning (Rb. Brugge 7 oktober 1985, *TBR* 1986, 121). In dezelfde zin is van een gerechtelijke bekentenis geen sprake alleen omdat een partij een door een andere partij in rechte aangevoerd feit, niet betwist (Cass. 26 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 97; Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 248; Bergen 17 september 1993, *Verkeersrecht* 1994, 187; Brussel 16 oktober 1998, *AJT* 1999-2000, 357; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331, nr. 270). Is al evenmin te bestempelen als een gerechtelijke bekentenis, het zich naar de wijsheid van de rechter gedragen (Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 587). De bekentenis moet immers vaststaan en kan enkel worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn. Dat laatste is niet het geval met stilzwijgen dat in de regel als dubbelzinnig moet worden aangezien. Wanneer er al goedkeurend stilzwijgen is, is er

ook afkeurend stilzwijgen en voorzichtig stilzwijgen. Stilzwijgen kan daarentegen wel in aanmerking komen als feitelijk vermoeden (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 169, nr. 308).

330 Behoudens bijzondere wetsbepalingen die de rechter toelaten het eenvoudig stilzwijgen te aanzien als een bekentenis (bv. art. 1361 BW inzake de gedingbeslissende eed, art. 886 Ger.W. inzake het schriftonderzoek, art. 899 Ger.W. inzake de valsheidsprocedure), kan het stilzwijgen dat een partij bewaart over een feit alleen een bekentenis zijn als dat stilzwijgen gepaard gaat met omstandigheden die het een dergelijk karakter verlenen (Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1965, I, 61; Cass. 2 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 326; Cass. 1 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 646; Cass. 25 oktober 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 261; Cass. 13 december 1979, *Pas.* 1980, I, 265; Cass. 27 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 248; Brussel 16 oktober 1998, *AJT* 1999-2000, 357; Vred. Fontaine-l'Èvêque 16 oktober 2008, *JLMB* 2009, 508; voor een geval van stilzwijgen van een partij aan wie de gedingbeslissende eed werd opgedragen, zie Cass. 26 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 97). Er moet dus sprake zijn van een omstandig stilzwijgen (Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 586; Cass. 1 juni 2007, www.cass.be; Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142; Rb. Luik 25 mei 1984, *JL* 1984, 400), dat wil zeggen een stilzwijgen dat gelet op de context niet anders kan worden opgevat dan als de wil om het betrokken feit te erkennen (Cass. 7 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 184; Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 103; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 69; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 178, nr. 243; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 169, nr. 308; D. MOUGENOT, *La preuve*, 331-332, nr. 270; H. DE PAGE, *Traité*, 1076, nr. 1012; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 402-403, nr. 556).

In de rechtspraak zijn talrijke gevallen terug te vinden (vooral, maar niet alleen in handelszaken) waarin het voorhanden zijn van een dergelijk omstandig stilzwijgen wordt aanvaard. Enkele v o o r b e e l d e n ter illustratie:

- na de beëindiging van een makelaarscontract, blijft de makelaar gedurende meer dan twee jaar met kandidaat-kopers het onroerend goed bezoeken, houdt hij de eigenaar daarvan op de hoogte, herinnert hij herhaaldelijk aan het verschuldigde commissieloon van 5 % en komt uiteindelijk een koopovereenkomst tot stand met een van de aldus door de makelaar aangebrachte kopers; het landurig stilzwijgen van de eigenaar vormt in de gegeven omstandigheden een buitengerechtigde bekentenis van het bestaan van het makelaarscontract en van het verschuldigd zijn van het commissieloon ten bedrage van 5 % op de verkoopprijs (Brussel 7 december 1988, *Rev.not.b.* 1989, 165, noot en *Res.jur.imm.* 1989, 133);
- nadat tussen partijen een langdurige zakenrelatie heeft bestaan en diverse facturen nooit het voorwerp van protest hebben uitgemaakt, is het aanhoudend stilzwijgen van de schuldenaar na ontvangst van een volgende factuur en na herhaalde aanmaningen tot betaling en rekenings-tanden, omstandig en bijgevolg te aanzien als een stilzwijgende buitengerechtigde bekentenis die het bestaan van de ingeroepen verbintenissen bewijst (Luik 16 november 1992, *JT* 1994, 44);

- het bestaan van een makelaarsovereenkomst wordt afgeleid uit het aanhoudend stilzwijgen van de verkopers tijdens de uitvoering en de realisatie van de onroerende transactie, na het herhaald aandringen van de makelaar op betaling van zijn commissieloon, na de latere schriftelijke bevestiging van de opdracht door de makelaar en na de bevestiging door de koper dat de vastgoedmakelaar voor rekening van de verkopers is opgetreden (Rb. Brussel 5 januari 2001, *T.App.* 2001, afl. 4, 40);
- tussen de verweerster en een vennootschap wordt een leningsovereenkomst aangegaan die door de eiser wordt ondertekend in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van die vennootschap; in die overeenkomst stelt de eiser zich ondeelbaar en hoofdelijk borg voor die vennootschap; in een latere overeenkomst tussen de verweerster en de vennootschap, overeenkomst die door de eiser wordt ondertekend voor de vennootschap, wordt verwezen naar de garantie die vermeld staat in het vorige contract; in de gegeven omstandigheden wordt op grond van het omstandig stilzwijgen van de eiser aangenomen dat de overeenkomsten waarvan sprake een persoonlijke verbintenis van de eiser impliceren (Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1678);
- op grond van de overwegingen dat niet wordt betwist dat er in 1993 een principiële bereidheid bestond om een onverdeeld onroerend goed door de verweerster te laten overnemen, dat niet wordt betwist dat de eisers ieder afzonderlijk 2.000.000 (oude) BEF op hun bankrekening hebben ontvangen en deze interestloos gedurende ruim 9 jaar onder zich hebben gehouden, dat de eisers geen sluitende uitleg geven waarom zij gedurende jaren deze fondsen onder zich hebben gehouden, dat wat betreft de hypothese dat die fondsen als een financiële garantie of als een voorschot dienden te worden aangezien in afwachting van verdere onderhandelingen met de verweerster, het bestaan van dergelijke onderhandelingen niet werd aangetoond, en dat de eisers aan de verweerster in al die jaren nooit enige te verrekenen woonst- of huurvergoeding hebben gevraagd, wordt besloten dat het omstandig stilzwijgen van de eisers van die aard is dat het een buitengerechtigke bekenenis vormt van het feit dat tussen partijen is overeengekomen dat de verweerster het onverdeelde goed mag overnemen tegen de prijs van 8.000.000 (oude) BEF (Gent 17 maart 2005, *TGR-TWVR* 319, noot, waartegen de voorziening tot cassatie werd verworpen door Cass. 1 juni 2007, *TGR TWVR* 2007, 317);
- op grond van een geheel van feitelijke omstandigheden werd het stilzwijgen na ontvangst van een factuur door een niet-handelaar aangezien als een buitengerechtigke bekenenis (Bergen 16 september 2003, *TBBR* 2006, 174 en *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK).

331 Het stilzwijgen, dat niet als bekenenis geldt, is herroepelijk en splitsbaar. Wat vandaag niet betwist wordt, kan het morgen worden. Daarenboven brengt de afwezigheid van betwisting geen enkele onplitsbaarheid mee. Wanneer een partij een feit bevestigt en een ander niet betwist, gaat het niet om een complexe bekenenis die niet kan worden gesplitst (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 605-606, nr. 50).

c. De uitvoering van een overeenkomst of van een andere rechtshandeling (*l'aveu en action*)

332 Ook in het feit dat en in de wijze waarop een partij een overeenkomst of een andere rechtshandeling (gedeeltelijk) vrijwillig uitvoert, kan de rechter een impliciete (buitengerechtigke) bekenenis zien aangaande het bestaan en/of de draagwijdte van die overeenkomst (zie art. 1325, vierde lid en 1715 BW; Cass. 2 december 1886, *Pas.* 1887, I, 7; Cass. 30 december 1886, *Pas.* 1887, I, 39; Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 23 oktober 1959, *Arr.Cass.* 1960, I, 230; Cass. 17 januari 1969, *Arr.Cass.* 1969, 476; Cass 6 januari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 488; Cass. 10 februari 1978, *Arr.Cass.* 1978, 698; Cass. 27 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1183; Cass. 22 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88; 1057;

B. Cattoir en A. Colpaert, “De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 946-953; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 169, nrs. 308-309; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781, voetnoot 308; H. DE PAGE, *Traité*, 1102, nr. 1032.B; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 604, nr. 41; *anders*: Rb. Brussel 18 januari 1996, *Res jur. imm.* 1995, 273; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 403-404, nr. 556). Die spontane uitvoering door de schuldenaar vormt het beste bewijs van het bestaan en van de inhoud van de overeenkomst of van de verbintenis (D. MOUGENOT, *La preuve*, 332, nr. 271).

333 De gepubliceerde rechtspraak bevat ook op dit punt talrijke illustraties. Hierna volgen enkele v o o r b e e l d e n van gevallen waarin de uitvoering van de overeenkomst werd aangemerkt als een stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan en/of de draagwijdte daarvan:

- het in ontvangst nemen door de eigenaar van een voorschot of van een eerste maand huur tegen afgifte van een schriftelijke kwitantie, vormt een buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van een mondelinge huurovereenkomst (Vred. Halle 19 januari 2005, *Huur* 2005, 144);
- het gedurende lange tijd niet hebben geweigerd de regelmatig gestorte bedragen in ontvangst te nemen impliceert de uitvoering van de huurovereenkomst en is te bestempelen als een buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van deze overeenkomst (Cass. 10 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 698);
- een schriftelijke doorlopende opdracht aan de bank tot maandelijks betaling van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode en de daadwerkelijke uitvoering daarvan gelden als buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van de verbintenis van de opdrachtgever tot betaling aan de begunstigde van de sommen uitgedrukt in de bankopdracht (Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833, noot B. WILMS);
- het opmaken van kwijtschriften inzake betaling van premies en van bijvoegsels door de verzekeraar impliceert de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst en bewijst het bestaan van deze overeenkomst (Brussel 25 februari 1988, *TBBR* 1990, 132, noot P. COLLE);
- het bewijs van de hoedanigheid van concessiehouder kan geleverd worden aan de hand van de uitvoering door de partijen van het contract dat hen verbindt (Brussel 20 juni 1995, *TBH* 1996, 235, noot P. KILIESTE);
- de modaliteiten van uitoefening van een erfdiensbaarheid van overgang, wat de breedte en de hoogte betreft, kunnen worden bewezen door de uitvoering die de partijen aan hun mondelinge overeenkomst hebben gegeven, welke uitvoering te aanzien is als een buitengerechtelijke bekentenis (Cass. 17 januari 1969, *Arr. Cass.* 1969, 476);
- de inontvangstneming en betaling van diverse facturen met de vermelding “vrijgesteld van belastingen”, zonder enig protest, vormt een stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis door de schuldenaar dat de partijen er bij de totstandkoming van de overeenkomst van uitgingen dat de schuldeiser vrijgesteld was van die belastingen (Cass. 23 oktober 1959, *Arr. Cass.* 1960, I, 230);
- het gedurende meerdere jaren als eigenaar bewonen van een reeds vóór de eigendomsvererving gekend onroerend goed tot aan de haag die dat goed op natuurlijke wijze afscheidt, zonder enige bezitsdaad te stellen op het gedeelte van dat goed dat volgens de eigendomstitel voorbij de haag ligt, zonder dienaangaande enige revindicatievordering in te stellen en tezelfdertijd toe te laten dat de nabuur op dat gedeelte alle bezit- en eigendomsdaden stelt, komt neer op de uitvoering van de overeenkomst en is te bestempelen als een stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis van de eigenaar aangaande de percelsgrens tussen beide aanpalende erven (Cass. 19 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 14);

- het indienen van een bezwaarschrift bij de fiscale administratie wegens onterecht aangerekende onroerende voorheffing omdat men geen eigenaar meer is van het belaste perceel, is een buitengerechtelijke bekentenis van het feit dat het betrokken perceel begrepen is in de met een derde voordien afgesloten verkoopovereenkomst (Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007, 290, noot D. MOUGENOT);
- het voorbehoudloos gedeeltelijk betalen van uitgevoerde werken bewijst het bestaan van de aannemingsovereenkomst tegenover de opdrachtgever (Antwerpen 30 juni 2008, *AR* 2007/*AR*/2174, onuitg.);
- een gedeeltelijke betaling met betrekking tot het bestaan van een schuld die het betaalde bedrag overschrijdt (Cass. 7 november 2011, *Pas.* 2011, 2443);
- de vrijwillige inontvangstneming van goederen, zoals onder meer blijkt uit het voorliggend strafdossier, bewijst het bestaan van de koop-verkoopovereenkomst aangezien de inontvangstneming van de goederen een van de verplichtingen is van de koper, zodat de uitvoering van deze verplichting ook het bestaan van de overeenkomst bewijst (Rb. Antwerpen (14de kamer) 28 juni 2007, *RW* 2009-10, 969, noot B. CATTOIR en A. COLPAERT);
- het bewijs van de ontbinding van een pachtovereenkomst kan worden afgeleid uit de uitvoering van de ontbindingsovereenkomst waarvan het in de familiale omstandigheden eigen aan de zaak moreel niet mogelijk was een schriftelijk bewijs op te stellen (Cass. 6 januari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 488);
- de vrijwillige en gedeeltelijke terugbetaling door een verzekerde van door zijn verzekeraar aan derden uitbetaalde bedragen maakt een buitengerechtelijke bekentenis uit die de aanvaarding van bedingen inzake het verhaalsrecht in de verzekeringsovereenkomst kan bewijzen overeenkomstig artikel 10 landverzekeringsovereenkomstenwet (Pol. Brugge (burg.) 11 januari 2006, *T.Pol.* 2006, afl. 2, 98, noot);
- de houding van de verkopers kan een impliciete maar zekere erkenning inhouden van het bestaan van een verborgen gebrek (Luik 21 mei 1974, *JL* 1974-75, 81);
- het bestaan van een concessie van alleenverkoop en het feit dat de concessiegever zich contractueel het recht voorbehouden heeft zelf in het overeengekomen territorium van de concessie de producten te verkopen waarop de overeenkomst slaat, zijn feiten die kunnen afgeleid worden uit de wijze waarop de partijen gedurende lange tijd gehandeld hebben (Bergen 16 januari 1997, *TBH* 1998, 243);
- de stilzwijgende aanvaarding van een bestelbon blijkt uit de uitvoering van de overeenkomst, mede in acht genomen een contractuele bepaling (Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589);
- het bestaan van een contract kan worden afgeleid uit het stilzwijgen van een contractpartij die na het verstrijken van de termijn van een schriftelijke overeenkomst zonder protest duldt dat de wederpartij verdere contractuele prestaties verricht (Brussel 7 december 1989, *Rev.not.b.* 1989, 165, noot);
- de aanvaarding van de factuur kan gelden als een buitengerechtelijke bekentenis met betrekking tot het bestaan van een aannemingsovereenkomst (Bergen 16 september 2003, *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK en *TBBR* 2006, 174);
- het bestaan van een aannemingsovereenkomst wordt bewezen geacht ingevolge onderscheiden betalingen door de opdrachtgever gedaan (Luik 4 maart 2010, *RRD* 2010, 200);
- de omstandigheid dat de onroerende voorheffing niet meer door de huurder werd betaald na de beëindiging van de oorspronkelijke huurovereenkomst die stilzwijgend werd verlengd, noch door de koper van het gebouw werd gevorderd tijdens de gehele duur van de nieuwe huurovereenkomst, vormt een buitengerechtelijke bekentenis van het feit dat de onroerende voorheffing in het raam van die nieuwe huurovereenkomst niet meer ten laste van de huurder is (Rb. Brussel 2 april 1998, *Act.jur.baux* 1998, 82);
- de betaling door de verzekeraar als vergoeding voor de schadelijke gevolgen van een ongeval van het in zijn aanbod vermelde bedrag, zonder te protesteren tegen het tegenaanbod van het slachtoffer, impliceert een bekentenis door de verzekeraar van zijn aanvaarding van dit tegenaanbod (Pol. Mechelen 10 augustus 2012, *RW* 2012-13, 871);
- ...

334 Maar, het blijft casuïstiek. Niet altijd wordt het voorhanden zijn van een buitengerechtelijke bekentenis aanvaard. Zo werd geoordeeld dat

de uitvoering door de eiser van werken die door de verweerder werden aanvaard, het niet-protesteren door de verweerder van de daarop betrekking hebbende facturen, het gebruik dat hij er tegenover de btw-administratie van heeft gemaakt, het feit dat de eiser btw-rechten en belastingen heeft moeten betalen, de omstandigheid dat de facturen ook aankoop van materialen bevatten, in combinatie met een reeks overige feiten die door de eiser werden aangevoerd, niet kunnen worden aangezien als een bekentenis door de verweerder van zijn verbintenis om de door de eiser uitgevoerde werken te betalen (Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92).

C. SOORTEN

335 Krachtens artikel 1354 BW is de bekentenis waarop men zich tegen een partij beroept, ofwel gerechtelijk ofwel buitengerechtelijk. Er zijn dus twee soorten bekentnissen: de gerechtelijke bekentenis en de buitengerechtelijke bekentenis (Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 688; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-59, nr. 5364; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 235, nr. 197; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; D. MOUGENOT, *La preuve*, 332, nr. 272; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 309, nr. 690; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 37, nr. 11; H. DE PAGE, *Traité*, 1066, nr. 1007 en 1073, nr. 1011).

1. De gerechtelijke bekentenis

336 De gerechtelijke bekentenis is de bekentenis die wordt afgelegd voor de rechter in het geding dat betrekking heeft op het feit waarover de bekentenis gaat (Cass. 15 juni 1967, *RW* 1967-68, 543; Bergen 14 november 1990, *T.Verz.* 1991, 887, noot M. LAMBERT; Luik 15 juni 1998, *JT* 1998, 778; Vred. St.-Truiden 19 december 1991, *RW* 1992-93, 1410; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 177, nr. 241; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 11; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 235-236, nr. 197; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk Recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 66, nr. 44; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; D. MOUGENOT, *La preuve*, 332, nr. 272; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 367, nr. 305; R. DEKKERS, A. VERBEKE

et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 445, nr. 780; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 310, nr. 694; H. DE PAGE, *Traité*, 1073, nr. 1011; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 417, nr. 578).

337 Een bekentenis afgelegd in een gerechtelijke procedure is derhalve niet per definitie een gerechtelijke bekentenis. Vereist is bovendien dat die procedure betrekking heeft op het bekende feit zelf. Wordt de bekentenis eerder afgelegd in een andere procedure, dan heeft ze ten aanzien van de actuele procedure een buitengerechtelijk karakter (Cass. 24 februari 1938, *Pas.* 1938, I, 68; Cass. 16 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 624; Cass. 21 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1193; Cass. 7 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2410; Arbh. Luik 3 september 1992, *Soc.Kron.* 1995, 135; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 272; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 417, nr. 578). Dat laatste is bijvoorbeeld het geval met een verklaring afgelegd tijdens een procedure in kort geding (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 312, nr. 700). Maar, een bekentenis afgelegd tijdens de procedure in eerste aanleg moet niet worden genomen in graad van hoger beroep en ook niet na cassatie (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 312, nr. 701).

338 De gerechtelijke bekentenis kan voortvloeien uit:

- conclusies, voor zover ze zijn mede-ondertekend door de partij zelf of zijn ondertekend door een advocaat met bijzondere volmacht daartoe (Cass. 15 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1315; Arbh. Brussel 30 juni 1987, *JTT* 1987, 407; Bergen 30 juni 1995, *JLMB* 1997, 372, noot B. LOUVEAUX); ook een dagvaarding kan in aanmerking komen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 332, nr. 272);
- verklaringen afgelegd ter terechtzitting door een partij (Luik 6 maart 1990, *JT* 1990, 443) of door haar advocaat (Rb. Brussel 3 oktober 2008, *JT* 2008, 701), in welk geval het voor de partij die zich daarop wil beroepen tot bewijs van het bestaan van de bekentenis aangewezen is ze te laten notuleren op het proces-verbaal van de terechtzitting (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 405, nr. 557), of naar aanleiding van een persoonlijke verschijning georganiseerd conform de artikelen 992 tot en met 1004 Ger.W. (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; D. MOUGENOT, *La preuve*, 332, nr. 272); de persoonlijke verschijning van de partijen heeft trouwens specifiek tot doel gerechtelijke bekentenissen uit te lokken (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 367, nr. 305).

Maar, de verklaringen afgelegd door de gefailleerde in het raam van de aangifte van het faillissement omtrent de datum van staking van betaling, gelden niet als een gerechtelijke bekentenis. De gefailleerde is immers geen partij in het geding (Kh. Hasselt 8 februari 2001, *RW* 2001-02, 822).

339 Niets ter zake doet of de rechter voor wie de bekentenis wordt afgelegd al dan niet bevoegd is om kennis te nemen van het geschil (Cass. 6 juni 1929, *Pas.* 1929, I, 223; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2435, nr. 1805; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 272; H. DE PAGE, *Traité*, 1074, nr. 1011.A; anders in de zin van de vereiste van (volstrekte) bevoegdheid van het betrokken rechtscollège: N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 310, nr. 695; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 417, nr. 578).

2. De buitengerechtelijke bekentenis

340 De buitengerechtelijke bekentenis is de bekentenis die wordt afgelegd buiten het geding dat betrekking heeft op het bekende feit. Het gaat dus om alle bekentenissen die geen gerechtelijk karakter hebben, omdat ze zijn afgelegd hetzij buiten aanwezigheid van de rechter, hetzij in een ander geding, hetzij zelfs buiten ieder geding (Luik 15 juni 1998, *JT* 1998, 778; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 236, nr. 197; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2435, nr. 1805; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk Recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 66, nr. 44; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 273; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 367, nr. 305; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 445, nr. 781; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 312, nr. 702; H. DE PAGE, *Traité*, 1075, nr. 1011.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 419, nr. 582).

341 De buitengerechtelijke bekentenis kent talrijke verschijningsvormen. Voorbeelden van buitengerechtelijke bekentenissen zijn de bekentenis:

- zelfs afgelegd rechtstreeks tussen de procespartijen, maar buiten ieder geding, via briefwisseling (R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 445, nr. 780; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 272; H. DE PAGE, *Traité*, 1074, nr. 1011), op een ongevalaangifte (Bergen 14 juni 1989, *Verkeersrecht* 1990, 22; Bergen 15 oktober 1993, *Verkeersrecht* 1994, 290), in een kwitantie (Rb. Marche-en-Famenne 28 februari 1963, *Res jur.imm.* 1963, 205), op een loonbriefje (Arbeidsrb. Gent 2 september 1994, *TGR* 1994, 186), in een tegensprekelijke vaststelling van schade (Vred. Seneffe 30 juli 1996, *Iuvis* 2000, 1200), in een stuk onmiddellijk na het ongeval opgesteld (Rb. Mechelen 11 februari 2003, *Verkeersrecht* 2003, 171);
- afgelegd ten aanzien van andere personen dan de rechter in het geding, zoals de notaris, de gerechtsdeurwaarder, de deskundige (zelfs aangesteld in het kader van de procedure waarop de bekentenis betrekking heeft, voor zover gedaan buiten de aanwezigheid van

de rechter; *anders*: Gent 24 november 2000, *T.Not.* 2002, 396), de administratieve overheid,... (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 311, nr. 697); tijdens een vergadering van de familieraad (Cass. 8 september 1961, *Pas.* 1962, I, 41), in het kader van een strafonderzoek (Cass. 2 juni 1964, *Pas.* 1964, I, 1032), naar aanleiding van een verhoor door de politie (Brussel 11 maart 1969, *Pas.* 1969, II, 124; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171)...

Ten aanzien van de handelaar van wie zij zijn uitgegaan, leveren de factuur en de koopmansboeken een buitengerechtigde bekentenis op (art. 1330 BW; Brussel 30 april 1987, *TBH* 1987, 160; Luik 7 november 2002, *TBH* 2003, 768; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 18, nr. 22).

Zoals hierboven reeds gezegd, maakt een verklaring afgelegd in een ander geding dan dat waarover de rechter uitspraak moet doen, geen gerechtelijke bekentenis uit, doch wel een buitengerechtigde bekentenis.

3. Belang van het onderscheid

342 Het onderscheid tussen de gerechtelijke en de buitengerechtigde bekentenis heeft een dubbel, maar beperkt praktisch belang (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 25, nr. 37; *anders* in de zin van enkel inzake het bewijs van de bekentenis: D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 604, nr. 42). Dat onderscheid betreft enkel:

- de mondelinge buitengerechtigde bekentenis, die qua toelaatbaarheid onderworpen is aan artikel 1355 BW;
- de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter ten aanzien van het vrijwillig karakter van de buitengerechtigde bekentenis.

D. HET BEWIJS VAN DE BEKENTENIS

343 Om als bewijsmiddel te kunnen dienen, is niet vereist dat de bekentenis voorafgaand zou worden erkend door degene tegen wie ze wordt ingeroepen. Ingeval de bekentenis zelf wordt betwist, moet ze (*anders* dan de andere toegelaten bewijsmiddelen) wel worden bewezen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 283). In dat geval rijst de vraag naar de subjectieve bewijslast en naar de toegelaten bewijsmiddelen.

1. De subjectieve bewijslast

344 Bij toepassing van het gemeenrechtelijk principe (art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.), moet de partij die zich op de bekentenis van de tegenpartij beroept, in geval van betwisting daarvan, het bestaan en de inhoud van deze bekentenis bewijzen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 331, nr. 749).

2. De toegelaten bewijsmiddelen

345 Als eenzijdige daad waaraan de wet rechtsgevolgen inzake bewijs hecht, is de bekentenis geen rechtshandeling, doch wel een rechtsfeit dat in principe kan worden bewezen door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen (B. CATTOIR en A. COLPAERT, “De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 951-952; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 458, nr. 16; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 397, nr. 544; anders in de zin van een rechtshandeling onderworpen aan art. 1341 BW: KG Rb. Luik 9 oktober 1992, *Pas.* 1992, III, 112. H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-71, nr. 5405; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 688; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 283; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 331, nr. 749). Praktisch gezien moet in verband met de bewijsproblematiek een onderscheid worden gemaakt tussen de gerechtelijke bekentenis en de buitengerechtelijke bekentenis.

a. Het bewijs van de gerechtelijke bekentenis

346 Het bewijs van de gerechtelijke bekentenis levert doorgaans geen problemen op, aangezien het bewijs in dat geval in de regel voortvloeit uit de stukken van de rechtspleging. Dat bewijs zal schriftelijk kunnen worden geleverd door middel van de inhoud van hetzij een dagvaarding of een conclusie, hetzij een proces-verbaal van persoonlijke verschijning, hetzij een zittingsblad (vermelding op initiatief van de griffier of op vraag van een procespartij), hetzij het vonnis of het arrest of de arbitrale sententie waarin door de rechter/de arbiter kan worden verwezen naar de bekentenis zonder dat daartoe vereist is dat daarvan door de griffier akte werd genomen, mits die verwijzing maar voldoende precies is inzake de gebruikte bewoordingen en haar auteur (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Hand-*

boek *Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-71, nr. 5406; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 236, nr. 198; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 26, nr. 40; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 284; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 313, nr. 704; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 315; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; H. DE PAGE, *Traité*, 1088, nr. 1025). Wanneer een gerechtelijke bekentenis mondeling voor de rechter ter terechtzitting wordt afgelegd, heeft de partij die zich daarop naderhand wil beroepen en bewijsmoeilijkheden wil vermijden er wel belang bij de bekentenis te laten notuleren op het proces-verbaal van de terechtzitting (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 442-443, nr. 777; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 284).

b. Het bewijs van de buitengerechtelijke bekentenis

347 Ook het bewijs van een buitengerechtelijke bekentenis is vrij (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 236, nr. 198). Dat geldt in eerste orde voor de schriftelijke buitengerechtelijke bekentenis. Tot bewijs van een betwiste buitengerechtelijke bekentenis kan bijvoorbeeld aanwending worden gemaakt van om het even welk geschrift waarin de bekentenis vervat is en dat uitgaat van de partij die bekennt of van haar bijzonder gevolmachtigde, zonder dat de regels van het bewijs door een akte van toepassing zijn (omdat het hier niet gaat om een akte) en zonder dat daarbij moet zijn voldaan aan de voorschriften van de artikelen 1325 of 1326 BW (Cass. 25 maart 1880, *Pas.* 1880, I, 107; Cass. 7 juni 1951, *Pas.* 1951, I, 683; Brussel 25 juni 1980, *RW* 1982-83, 360; Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-71, nr. 5407; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 26, nr. 40; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 285; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 332, nr. 752; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 316; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280, voetnoot 336; H. DE PAGE, *Traité*, 1069, nr. 1008.B; anders althans inzake art. 1326 BW: R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781, voetnoot 310). Voor een toepassingsgeval waarin werd aangenomen dat geen bewijs voorlag van de beweerde schriftelijke buitengerechtelijke bekentenis, zie Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142.

348 Ook de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis kan door alle middelen van recht worden bewezen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 316). Doorgaans wordt het tegendeel verdedigd. De regel dat het bewijs van de buitengerechtelijke bekentenis vrij is, zou hier een uitzondering kennen. Ingevolge artikel 1355 BW zou de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis, wanneer die bekentenis betwist wordt, moeten worden geleverd met eerbiediging van artikel 1341 BW. In dat geval zou het bestaan ervan niet bewezen kunnen worden door getuigen of feitelijke vermoedens in zaken die de waarde van 375,00 EUR te boven gaan of wanneer de bekentenis wordt ingeroepen tegen of boven de inhoud van een akte, behalve wanneer er een begin van bewijs door geschrift bestaat (art. 1347 BW) of in geval van onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (art. 1348 BW), of nog, in handelszaken. Zo niet, zou het al te gemakkelijk zijn de toepassing van artikel 1341 BW te omzeilen om via de omweg van de mondelinge bekentenis door alle middelen van recht de verbintenis zelf te kunnen bewijzen (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 40; D. MOUGENOT, *La preuve*, 338, nr. 285; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 313, nr. 705; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 11; H. DE PAGE, *Traité*, 1088, nr. 1026; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 397, nr. 544 en 421, nr. 584). Dat standpunt wordt niet bijgetreden, omdat het twee onderscheiden zaken verwart: enerzijds het bewijs van de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis (dat mag worden geleverd door alle middelen van recht) en anderzijds de toelaatbaarheid als bewijsmiddel van de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis (die onderworpen is aan art. 1355 BW waarover verder meer onder nr. 358).

349 Dezelfde regel geldt ook voor het bewijs van de stilzwijgende buitengerechtelijke bekentenis die wordt afgeleid uit de handelwijze van een partij, inzonderheid uit de vrijwillige uitvoering door een partij van een overeenkomst of van een andere rechtshandeling. Dergelijke bekentenis, indien betwist, kan dan ook met alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen, worden bewezen (Rb. Antwerpen 28 juni 2007, *RW* 2009-10, noot B. CATTOIR en A. COLPAERT; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 40; B. CATTOIR en A. COLPAERT, “De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken”, *RW* 2009-10, 339, nr. 287; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 11; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 316; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)”

in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439, nr. 1809; D. MOUGENOT, *La preuve*, 339, nr. 286; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 404, nr. 556 die op 419, nr. 582 evenwel een andersluidend standpunt inneemt; *anders* in de zin van onderworpen aan art. 1355 BW: N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 334, nr. 754; H. DE PAGE, *Traité*, 1103, nr. 1032.B; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-71, nr. 5408).

E. DE TOELAATBAARHEID

1. Het principe: altijd toegelaten

350 De bekentenis is in principe toegelaten in alle materiës (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 170, nr. 313; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1280; D. MOUGENOT, *La preuve*, 337, nr. 282; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 329, nr. 741; H. DE PAGE, *Traité*, 1066, nr. 1007, 1068, nr. 1008.B en 1079, nr. 1015; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 398, nr. 546). Dat geldt ook inzake echtscheiding, dit althans voor zover elk risico op samenspanning tussen de echtgenoten uitgesloten kan worden (o.a. Cass. 7 maart 1975, *Arr.Cass.* 1975, 767; Brussel 25 juni 1960, *Pas.* 1961, II, 225; Brussel 10 november 1981, *Pas.* 1982, II, 41; Brussel 13 juni 1996, *EJ* 1997, 29, noot K. TOBBACK; Brussel 16 september 1997, *JLMB* 1997, 1696; Luik 18 november 1997, *JLMB* 1998, 374; Brussel 12 februari 1998, *Rev.dr.trim.fam.* 1999, 487; Luik 20 september 1999, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 295, noot J. RENCHON; Bergen 2 april 2002, *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 366; Gent 4 december 2003, *RABG* 2006, 494; Rb. Hasselt 10 januari 1995, *Limb.Rechtsl.* 1995, 60; Rb. Aarlen 17 november 1995, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 368; Rb. Brussel 8 januari 2002, *Div.Act.* 2002, 37; Rb. Neufchâteau 2 oktober 2007, *JLMB* 2007, 1609; Rb. Brussel 22 februari 2008, *JLMB* 2008, 1042; Rb. Brussel 14 maart 2008, *JLMB* 2010, 316; *anders*: Cass. 12 januari 1933, *Pas.* 1933, I, 71) en behoudens wettelijke uitzondering (b.v. art. 1255, § 4 BW; Rb. Nijvel 3 februari 2009, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 237). Die regel volgt uit het autonoom karakter van de bekentenis dat haar als bewijsmiddel onderscheidt van alle andere bewijsmiddelen en in het bijzonder uit de eigenschap van de bekentenis dat zij vrijstelling van bewijslast verleent (D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 278; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2431, nr. 1802; H. DE PAGE, *Traité*, 1068, nr. 1008.B en 1079, nr. 1015).

351 Artikel 1341 BW legt aan de bekentenis geen beperkingen op, al evenmin als artikel 1353 BW (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT*

2011, 604, nr. 45; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 36, nr. 9).

De bekentenis is dus in beginsel toelaatbaar in zaken die de waarde van 375,00 EUR overtreffen en waarvoor in principe een schriftelijk bewijs moet worden opgesteld (art. 1715 BW *a contrario*; Cass. 19 december 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 23 oktober 1959, *RW* 1960-61, 471; Cass. 2 april 2010, *Pas.* 2010, 1101; Bergen 4 november 1986, *JT* 1987, 279; Luik 4 maart 2010, *RRD* 2010, 200; Vred. Fontaine-l'Évêque 16 oktober 2008, *JLMB* 2009, 508; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 9; D. THijs, concl. voor Cass. 24 april 2006, AR S.040121.N, www.cass.be; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 177, nr. 242; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2009, 12, nr. 31; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 236, nr. 197; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 333, nr. 272; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 308, nr. 687 en 329, nr. 741; H. DE PAGE, *Traité*, 1066, nr. 1007, 1068, nr. 1008.B en 1079, nr. 1015).

Ook tegen en boven de inhoud van een akte (Cass. 23 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 230, noot; Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829) kan de bekentenis worden ingeroepen, behalve tegen de authentieke vermeldingen van een authentieke akte.

Bekentnissen kunnen daarnaast ook worden aangewend:

- in geval van niet-naleving door een akte van de artikelen 1325 of 1326 BW (*anders*: Rb. Brussel 18 januari 1996, *Res Jur.Imm.* 1996/9, 31), met dien verstande dat in dat geval de bekentenis niet kan worden afgeleid uit de onregelmatige akte zelf;
- en zelfs tegen wettelijke vermoedens, weerlegbare maar ook onweerlegbare (art. 1352 BW *in fine*), tenzij in geval van een uitdrukkelijke wettelijke verbodsbepaling of wanneer die onweerlegbare vermoedens de openbare orde raken (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 301 en 170, nr. 313; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778 en 444, nr. 779; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1280; D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 278; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 308, nr. 687 en 329, nr. 741; H. DE PAGE, *Traité*, 1066, nr. 1007, 1068, nr. 1008.B en 1080, nr. 1015; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 398, nr. 547).

Vandaar ook het grote praktische belang van de bekentenis op bewijsrechtelijk vlak, inzonderheid van de stilzwijgende buitengerechtigde bekentenis.

2. Uitzonderingen

352 Uitzonderingen op de principiële toelaatbaarheid van de bekentenis situeren zich op drie vlakken:

- ingevolge een bijzondere wettekst;
- omdat het om een daad van beschikking gaat;
- voor de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis.

a. Ingevolge een bijzondere wettekst

353 De bekentenis is niet toegelaten wanneer een bijzondere wettekst haar uitsluit (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-67, nr. 5395; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 399, nr. 548).

354 Dat is onder meer het geval bij plechtige contracten, aangezien de vormvoorwaarden (bv. een geschrift) daar gelden als een vereiste voor de geldigheid van de overeenkomst. Bij gebreke van die vormvoorwaarden, is de overeenkomst niet geldig tot stand gekomen en kan zij ook niet worden bewezen door een bekentenis (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 689; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 171, nr. 314; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1280, voetnoot 333; D. MOUGENOT, *La preuve*, 337, nr. 281; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 320, nr. 723; H. DE PAGE, *Traité*, 1080, nr. 1015; zie evenwel Cass. 22 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1057). Zo kan bijvoorbeeld niet door een bekentenis worden bewezen: een rechtstreekse schenking (art. 931 BW), een testament (art. 969 BW), of nog, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (art. 9 arbeidsovereenkomstenwet).

De toestand is evenwel anders wanneer de wet het schriftelijk bewijs vereist, niet voor de geldigheid van een welbepaalde rechtshandeling, doch enkel tot bewijs daarvan, zoals bijvoorbeeld inzake *dading* (art. 2044, tweede lid BW; Luik 6 maart 1990, *JT* 1990, 443). In dat geval is het bewijs door bekentenis wel toegelaten (Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307). De vereiste van een schriftelijk bewijs is er immers enkel ingegeven door het complex karakter van de *dading* en door de onzekerheden verbonden aan het bewijs door getuigen of door feitelijke vermoedens. Ook de bekentenis kan dat euvel verhelpen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2433, nr. 1803).

355 Een bekentenis is evenmin toegelaten als tegenbewijs van authentieke vermeldingen in een authentieke akte. Tegenbewijs is daar enkel mogelijk via een procedure tot valsheidverklaring (D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 280; H. DE PAGE, *Traité*, 1080, nr. 1015; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 331, nr. 745).

b. Omdat het om een daad van beschikking gaat

356 De bekentenis heeft een feit tot voorwerp en meteen ook het subjectief recht waarvan dat feit een toepassingsvoorwaarde uitmaakt. In die zin is de bekentenis een daad van beschikking. Omdat de bekentenis een daad van beschikking is, mag zij nooit betrekking hebben op rechten waarover haar auteur niet kan beschikken (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1280, voetnoot 333; D. MOUGENOT, *La preuve*, 336, nr. 279; H. DE PAGE, *Traité*, 1080, nr. 1015; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412, nr. 567).

357 De bekentenis kan dan ook niet slaan op zaken van openbare orde of van goede zeden waarover de wet niet toelaat te beschikken en betreffende dewelke het verboden is een dading aan te gaan (Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 120; Cass. 6 juli 1950, *Pas.* 1950, I, 812; Cass. 7 februari 1970, *Pas.* 1970, I, 6; Cass. 26 februari 1975, *Arr.Cass.* 1975, 729; Cass. 7 maart 1975, *Arr.Cass.* 1975, 767; Cass. 14 mei 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1090; Cass. 3 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 832; Cass. 3 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 129; Cass. 18 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1278 en *T.Verz.* 2001, 454, noot L. VAN GOSSUM; Cass. 13 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1774; Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1002, concl. Adv. Gen. D. THUIS; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 10; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 330, nr. 743; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 604, nr. 45). Het verbod bekentenissen af te leggen in zaken van openbare orde stoelt op het fundamentele belang van regels van openbare orde waarvan de toepassing niet louter kan afhangen van een verklaring van een van de partijen, doch moet steunen op objectieve vaststellingen (D. THUIS, concl. voor Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1002; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 399, nr. 550).

Omwille van het openbareordekarakter van de betrokken materie werden onder meer geen bekentenissen toegelaten (zie daarover ook: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 400-401, nrs. 550-551):

- in sociale aangelegenheden: tot bewijs van het toepassingsgebied van het sociaal statuut voor zelfstandigen (Arbrb. Gent 5 oktober 1993, *Soc.Kron.* 1994, 187; Arbrb. Gent 19 december 1995, *AJT* 1995-96, 555, noot B. LIETAERT), omtrent de voorwaarden voor toekenning en uitsluiting van de werkloosheidsreglementering (Arbh. Bergen 17 april 1991, *JLMB* 1991, 1316), omtrent de toepassing van de arbeidsongevallenwetgeving (Cass. 14 mei 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1090; Cass. 3 oktober 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 129; Arbrb. Leuven 8 januari 1987, *T.Verz.* 1987, 438, noot L.V.G.) en tot bewijs van het niet-deeltijds karakter van de tewerkstelling (Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1002, concl. Adv. Gen. D. THUIS, waarbij wordt bevestigd: Arbh. Antwerpen 4 september 2003, *RABG* 2004, 891, noot D. VAN STRIJTHEM);
- in fiscale aangelegenheden: tot bewijs van relevante feiten voor een taxatie (Luik 14 februari 1996, *FJF* 1996, 262): inzake de aangifte door de belastingplichtige in de inkomsten-

- belasting (Cass. 22 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 953); inzake antwoorden van de belastingplichtige op een vraag van het bestuur (Cass. 16 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1204; *anders*: Antwerpen 25 oktober 2001, *Juristenkrant* 2002, 5); inzake akkoordverklaring door de belastingplichtige met de bedragen die de administratie wil belasten (Cass. 2 december 1976, *Arr.Cass.* 1977, 382; Rb. Brussel 2 maart 2002, *Rec.gén.enr.not.* 2004, 218);
- maar ook in civiele aangelegenheden: in verband met een legaat met een ongeoorloofde oorzaak (Cass. 3 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 832).

Een bekentenis is uitgesloten wanneer zij afstand inhoudt van een recht dat de openbare orde raakt. Een bekentenis mag tevens niet worden ingeroepen tegen onweerlegbare wettelijke vermoedens die de openbare orde raken (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 331, nr. 744; H. DE PAGE, *Traité*, 1080, nr. 1015). Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat inzake betwisting van het vaderschap de openbare orde zich ertegen verzet dat bewijskracht zou worden verleend aan de bekentenis van de moeder van het kind (Rb. Charleroi 17 mei 1989, *JT* 1989, 670). Ook de bekentenis van een feit dat een beslissend gegeven uitmaakt voor de al dan niet toepasselijkheid van een wet van openbare orde, mag door de rechter niet worden aangenomen (Cass. 24 april 2006, *RW* 2006-07, 1002, concl. Adv. Gen. D. Thijs). De erkenning door een partij van een feit dat aanleiding geeft tot de toepassing van een regel van openbare orde, kan dus nooit een bekentenis uitmaken. Maar, dat betekent niet dat dergelijke erkenning op bewijsrechtelijk vlak geen enkele waarde heeft. Zij is een bewezen feit dat als grondslag van een feitelijk vermoeden kan gelden (D. THUIS, concl. voor Cass. 24 april 2006, AR S.04.0121.N, www.cass.be; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 26, nr. 39; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 401, nr. 552).

c. Voor een mondelinge buitengerechtelijke bekentenis

358 Krachtens artikel 1355 BW kan een mondelinge buitengerechtelijke bekentenis, die betwist is, niet worden ingeroepen, wanneer de eis waarop de beweerde bekentenis betrekking heeft, niet door getuigen kan worden bewezen. Wanneer de te bewijzen rechtshandeling een waarde heeft van meer dan 375,00 EUR of tegen of boven de inhoud van een akte, mag dus niet worden bewezen door een mondelinge buitengerechtelijke bekentenis (Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142). Zo niet zou artikel 1341 BW volledig worden uitgehold, aangezien het bewijs van de rechtshandeling dan zou kunnen worden geleverd door een mondelinge buitengerechtelijke bekentenis die zelf kan worden bewezen door middel van getuigen of feitelijke vermoedens.

F. DE BEWIJSKRACHT

359 Krachtens artikel 1356 BW zijn op vlak van bewijskracht aan de bekentenis vier onderscheiden gevolgen verbonden: volle bewijs-

kracht, relatieve werking, onsplitsbaar karakter en onherroepelijk karakter (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 336, nr. 762; anders in de zin van slechts twee gevolgen: H. DE PAGE, *Traité*, 1083, nr. 1021).

360 Alhoewel artikel 1356 BW deze gevolgen alleen verbindt aan de gerechtelijke bekentenis, wordt doorgaans aangenomen dat zij in principe even goed gelden voor de buitengerechtelijke bekentenis (Brussel 24 maart 1961, *Pas.* 1961, II, 180; Bergen 14 juni 1989, *Verkeersrecht* 1990, 22; Bergen 15 oktober 1993, *Verkeersrecht* 1994, 290; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; Pol. Charleroi 30 maart 2000, *Verkeersrecht* 2000, 341; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 41, voetnoot 167; D. MOUGENOT, *La preuve*, 339, nr. 287; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2439 e.v., nr. 1810 e.v.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 337-338, nrs. 768-769; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 38, nr. 13; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 97, nr. 6). Zie in dat verband in het bijzonder wat betreft:

- de volle bewijskracht (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-72, nr. 5410; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 71; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, 178, nr. 242; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 236, nr. 198; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805 en 2441, nr. 1811; D. THUIS, concl. voor Cass. 24 april 2006, AR S.04.0121.N, www.cass.be; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 272; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 32-33, nr. 5, inzonderheid ook voetnoot 19; W. DE BONDT, “Het tegenbewijs van één van de delen van een samengestelde bekentenis” *TBBR* 1994, 362, nr. 1; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1290; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 421, nr. 585; anders in de zin van door de rechter vrij te beoordelen bewijswaarde van enkel de buitengerechtelijke bekentenis: Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH; Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK; Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007, 290, noot D. MOUGENOT; Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142; H. DE PAGE, *Traité*, 1066, nr. 1007 en 1086, nr. 1024; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 781; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 167, nr. 305);
- de relatieve werking (D. MOUGENOT, *La preuve*, 328, nr. 266);

- het onsplitsbaar karakter (Cass. 20 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 199; Brussel 27 maart 1963, *Pas.* 1964, II, 201; Luik 2 maart 1990, *Ann.dr.Lg.* 1990, 380, noot R. MOUGENOT; Antwerpen 24 juni 2004, *NJW* 2005, 487, noot E. BREWAEYS; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 237, nr. 198; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805 en 2442, nr. 1812; J.P. MASSON, “L’indivisibilité de l’aveu” (noot onder Cass. 5 oktober 1967), *RCJB* 1969, 41, nr. 4; D. MOUGENOT, *La preuve*, 341, nr. 291; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 782, voetnoot 311; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 407, nr. 560; *anders*: Cass. 31 oktober 1887, *Pas.* 1888, I, 10; Cass. 17 januari 1910, *Pas.* 1910, I, 67);
- het onherroepelijk karakter (Arbh. Bergen 2 maart 2011, *Soc.Kron.* 2012, 465; Rb. Charleroi 22 mei 2001, *RGAR* 2004, nr. 13.802; Kh. Gent 20 januari 2011, *IRDI* 2011, 61; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2436, nr. 1805 en 2440, nr. 1810; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 289; *anders*: Antwerpen 25 oktober 2001, *Juristenkrant* 2002, 5).

1. Volle bewijskracht

361 Krachtens artikel 1356, tweede lid BW levert de gerechtelijke bekentenis een volledig bewijs op tegen degene die ze heeft afgelegd (Brussel 9 juni 1998, *JT* 1999, 137). Binnen de grenzen van haar voorwerp, zijnde het (aanvankelijk) betwist feit, heeft de bekentenis absolute bewijskracht. Tegenbewijs door degene die de bekentenis heeft afgelegd is uitgesloten (Arbrb. Antwerpen 15 januari 1992, *JTT* 1993, 55, noot; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 6). Omdat haar bewijskracht absoluut is, is ook de rechter gebonden door de bekentenis. Hij mag er noch de bewijswaarde, noch de oprechtheid, noch de geloofwaardigheid van beoordelen. Niets ter zake doet de innerlijke overtuiging van de rechter dienaangaande. Maar, de absolute bewijskracht die aldus ook aan de buitengerechtelijke bekentenis verbonden is, belet niet dat de rechter bij dergelijke bekentenis voorafgaand wel moet controleren of al dan niet sprake is van een geldige wilsuiting (D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 338; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 337-338, nr. 768). Die voorafgaande beoordeling door de rechter moet evenwel duidelijk worden onderscheiden van de dwingende bewijskracht verbonden aan de buitengerechtelijke bekentenis (*anders*: Arbh. Luik 19 november 1992, *JTT* 1993, 51).

362 De waarde van het geschil en het voorhanden zijn van andersluidende bewijsmiddelen, ook een authentieke akte, behalve de authentieke vermeldingen daarvan, en zelfs een wettelijk vermoeden, doen verder niets ter zake (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 41; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 172, 172; R. DEKKERS, A. VERBEKE

et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778 en 445, nr. 780; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 71, nr. 1290; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 288; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 340, nr. 772; H. DE PAGE, *Traité*, 1085, nr. 1022). Dit is een nieuwe illustratie van de voorrang die de wetgever verleent aan de juridische waarheid boven de objectieve waarheid.

De bekentenis kan worden ingeroepen in de plaats van schriftelijk bewijs (Brussel 21 mei 1997, *JLMB* 1998, 1451) en ook tegen en boven de inhoud van een akte (Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829), zelfs in de gevallen waarin artikel 1341 BW het bewijs door geschrift voorschrijft. De reden daarvan ligt voor de hand. Terwijl aan het schriftelijk bewijs een vooraanstaande rol wordt toebedeeld omdat het *in tempore non suspecto* werd opgesteld op een ogenblik waarop de partijen nog geen geschil hadden, verantwoordt dat kenmerk niet dat het schriftelijk bewijs ook voorrang zou hebben op een (latere) vrijwillig door een partij gedane erkenning (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2424, nr. 1796). Vandaar ook dat bijvoorbeeld werd geoordeeld dat wanneer een partij, die een conclusie heeft genomen, op de terechtzitting een hiermee niet strokende gerechtelijke bekentenis doet, de rechter die zijn beslissing op deze bekentenis grondt, de bewijskracht van de conclusie niet miskent (Cass. 15 juni 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, 1264).

Verder kan de bekentenis zelfs worden ingeroepen tegen (onweerlegbare) wettelijke vermoedens in (art. 1352, tweede lid Ger.W. bepaalt uitdrukkelijk dat met een gerechtelijke bekentenis kan worden bewezen tegen een wettelijk vermoeden in), behalve wanneer dat uitdrukkelijk door de wet verboden is of de materie de openbare orde aanbelangt. Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de éénjarige verjaringstermijn bedoeld bij artikel 2272, tweede lid BW en artikel 5 van de Wet van 1 mei 1913 op het krediet der kleinhandelaars en ambachtslieden en op de intresten wegens vertraagde betaling gebaseerd is op een vermoeden van betaling, zodat de schuldenaar die bekent dat hij de factuur niet heeft betaald, zich niet op die verjaring kan beroepen (Vred. Merelbeke 24 februari 2009, *TGR-TWVR* 2009, 149).

363 Omwille van haar bijzondere bewijsrechtelijke werking wordt de bekentenis van oudsher omschreven als de koningin der bewijsmiddelen, als het perfecte bewijsmiddel, als *probatio probatissima* (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 288; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 329, nr. 741; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 416, nr. 575). Aan de (gerechtelijke en buitengerechtelijke) bekentenis komt volledige of absolute bewijskracht toe en zij heeft voorrang boven de andere toegelaten bewijsmiddelen, omdat de wetgever vermoedt dat de bekentenis

aan de werkelijkheid beantwoordt. Meer bepaald gaat de wetgever ervan uit dat, indien iemand een feit bekent, hoewel hij eerder belang heeft bij de ontkenning ervan, dit met grote waarschijnlijkheid aan de werkelijkheid beantwoordt. De wetgever geeft dus aan de bekentenis die bijzondere bewijskracht, precies omdat de erkenning tot nadelige rechtsgevolgen kan leiden voor de partij die ze heeft gedaan (L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtigde bekentenis”, *TBBR* 2008, 456, nr. 9; B. SAMYN, “Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis”, *P&B* 2011, 36, nr. 9; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 195; D. MOUGENOT, *La preuve*, 324, nr. 260; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 308, nr. 686 en 340, nr. 772; H. DE PAGE, *Traité*, 1084, nr. 1022). Dit sluit echter niet uit dat iemand in strijd met de waarheid toch feiten bekent, aangezien de bekentenis steunt op de wil van een partij. Reden waarom de wetgever in bepaalde materies de bekentenis verbiedt of haar toelaatbaarheid beperkt (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 444, nr. 779; D. MOUGENOT, *La preuve*, 325, nr. 260).

364 De bekentenis heeft tot gevolg dat de partij die zich erop kan beroepen wordt vrijgesteld van de (objectieve) bewijslast die in principe op haar rust. Door de bekentenis wordt het aangevoerd feit bevestigd, zodat daarvan ook geen bewijs (meer) hoeft te worden geleverd. Het geschil daarover wordt uitgesloten omdat de partijen het op dat punt eens zijn. Zowel tussen de partijen als ten aanzien van de rechter moeten erkende feiten als vaststaand worden beschouwd, zodat zelfs geen (bijkomend) bewijs meer mag worden geëist (F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, 1996, 47; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 70, nr. 1270; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 396, nr. 542).

Vandaar dat doorgaans de bekentenis, veeleer dan als een bewijsmiddel, wordt beschouwd als een omstandigheid die de partij op wie normalerwijze de (objectieve) bewijslast rust van het aangevoerd feit, ontslaat van die bewijslast (H. DE PAGE, *Traité*, 1065, nr. 1007; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 177, nr. 242; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1)”, *P&B* 2010, 12, nr. 31; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 23, nr. 33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 307, nr. 685; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 299; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 777; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 36). Terecht wordt evenwel opgemerkt dat het geschil over een bepaald feit oorspronkelijk wel heeft bestaan, dat de bekentenis het gelijk van een partij op dat punt impliceert en dat vanuit dat oogpunt het wel

degelijk gaat om een werkelijk bewijsmiddel. In ieder geval speelt de bekentenis in een geschil precies dezelfde rol als deze van de andere bewijsmiddelen: ze laat toe de beweringen van de eiser voor waar aan te nemen (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 195; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2423, nr. 1795; D. MOUGENOT, *La preuve*, 324, nr. 260; B. SAMYN, "Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis", *P&B* 2011, 37, nr. 10). Dat verklaart waarom in het Burgerlijk Wetboek onder de artikelen 1354-1356 BW de bekentenis als een bewijsmiddel wordt behandeld (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 299). Dat alles neemt niet weg dat de bekentenis een autonoom bewijsmiddel is dat beheerst wordt door eigen regels vreemd aan deze die de andere bewijsmiddelen regelen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 324, nr. 260).

Onterecht rangschikt artikel 1350 BW de bekentenis onder de wettelijke vermoedens. Nochtans is de idee van het vermoeden niet geheel vreemd aan de bekentenis. Alhoewel een bekentenis kan slaan op iets anders dan de werkelijkheid, neemt de wetgever toch aan dat ze met de werkelijkheid overeenstemt. De bekentenis is bijgevolg geen vermoeden, doch wel een autonoom bewijsmiddel, waarvan de bewijskracht gebaseerd is op een vermoeden van overeenstemming met de werkelijkheid (H. DE PAGE, *Traité*, 1079, nr. 1014.C; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 396, nr. 542).

365 Degene die zich beroept op een bekentenis moet diverse daaraan verbonden dwingende regels eerbiedigen, zoals bijvoorbeeld het principe van de onsplitsbaarheid van de bekentenis dat geenszins de regel van de subjectieve bewijslast wijzigt (Cass. 13 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 33). Vandaar dat de tegenpartij de bekentenis steeds mag, maar nooit moet inroepen. Zij kan verkiezen haar stelling te staven met andere toegelaten bewijsmiddelen. Zo niet zou de bekende partij de bewijslevering van de tegenpartij immers kunnen paralyseren (door te verhinderen dat de tegenpartij een ander bewijsmiddel waarover zij beschikt, zou kunnen aanwenden). Wanneer de tegenpartij ervoor opteert anders dan met de bekentenis te bewijzen, kan de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis de auteur ervan geen soelaas brengen (Cass. 7 juni 1894, *Pas.* 1894, I, 245; Cass. 27 januari 1955, *Arr.Cass.* 1955, 418; Brussel 31 oktober 1956, *Pas.* 1958, II, 61; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintennisrecht*, 689; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2424, nr. 1796; D. MOUGENOT, *La preuve*, 344, nr. 294; H. DE PAGE, noot onder Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 19; H. DE PAGE, *Traité*, 1068, nr. 1008; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 362, nr. 826). Maar, vereist daartoe is wel dat het bewijs van de stelling van de tegenpartij niet uitsluitend volgt uit (het eerste onderdeel van) de bekentenis (Cass. 30 september 1966, *Arr.Cass.* 1967, 138). In de praktijk wordt de bekentenis doorgaans aangewend indien degene die zich erop beroept niet beschikt over andere toegelaten bewijsmiddelen. Aldus vormt de bekentenis eigenlijk een bewijsmiddel dat verhelpt aan het gebrek aan normale toegelaten bewijsmiddelen (H. DE PAGE, *Traité*, 1067, nr. 1008).

2. Enkel tegen degene die bekend heeft

366 De volle bewijskracht die artikel 1356, tweede lid BW aan de bekentenis verleent, geldt enkel tegen degene die ze heeft afgelegd. De bekentenis heeft derhalve een relatieve werking. Zij kan niet worden aangevoerd tegen andere partijen dan deze die daadwerkelijk bekend heeft (Brussel 9 juni 1998, *JT* 1999, 137; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2429, nr. 1799; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 328, nr. 266; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 367, nr. 303 en 170, nr. 311; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 341, nr. 774; H. DE PAGE, *Traité*, 1072, nr. 1009, D). Wanneer er meerdere partijen zijn, kan de bekentenis van een van hen enkel aan die partij worden tegengeworpen, zelfs indien het gaat om een ondeelbare of hoofdelijke schuld (Cass. 11 november 1841, *Pas.* 1842, I, 41; Bergen 24 maart 1987, *JT* 1987, 522; Rb. Bergen 20 februari 1987, *JLMB* 1987, 1138; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 170, nr. 311; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; D. MOUGENOT, *La preuve*, 328, nr. 266; H. DE PAGE, *Traité*, 1072, nr. 1009, D; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412, nr. 566).

367 De relatieve werking van de bekentenis volgt logischerwijs uit het feit dat de bekentenis een daad van beschikking is. Behoudens bijzonder mandaat daartoe, heeft niemand de bevoegdheid te beschikken over de rechten van een ander. Wanneer bijvoorbeeld in het raam van een vordering tot teruggave van pachtgeld, de betaling daarvan aan de vader van de verweerders door een van hen wordt erkend, kan deze bekentenis niet worden tegengesteld aan de anderen en moet zij worden beschouwd als een daad van beschikking verboden aan een persoon die slechts het recht geniet om alleen in zijn hoedanigheid van mede-eigenaar daden van voorlopig beheer te stellen (Vred. Zinnik 22 februari 1992, *JLMB* 1999, 1478).

368 Met de auteur van de bekentenis worden evenwel gelijkgesteld (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-72, nr. 5412; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2429, nr. 1799; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 367, nr. 303 en 170, nr. 311; D. MOUGENOT, *La preuve*, 328, nr. 266; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 341, nr. 774; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 412, nr. 567): zijn algemene rechtsopvolgers, zijn lastgever, de curator van de gefailleerde die heeft bekend en zijn schuldeisers die namens hem een zijdelingse vordering uitoefenen. Wanneer de bekentenis door de schuldenaar is afgelegd met bedrieglijke benadeling van hun rechten, kunnen de schuldeisers de bekentenis aanvechten door middel van de pauliaanse vordering (art. 1167 BW).

3. *Onsplitsbaar ten nadele van degene die bekend heeft*

369 Krachtens artikel 1356, derde lid BW mag de (gerechtelijke) bekentenis niet worden gesplitst ten nadele van degene die ze heeft afgelegd. De regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis vertoont twee aspecten.

De regel komt in eerste orde hierop neer dat wie zich op een bekentenis beroept, die bekentenis in principe niet mag opdelen om enkel acht te slaan op sommige voor hem voordelige aspecten daarvan, doch verplicht is de bekentenis in al haar onderdelen te nemen of te laten. Zonder artikel 1356, derde lid BW zou de auteur van de bekentenis het bewijs moeten leveren van het onderdeel van zijn bekentenis dat door de tegenpartij niet wordt ingeroepen. Ingevolge die wetsbepaling is de tegenpartij die de bekentenis wenst in te roepen wel integendeel verplicht ze in zijn geheel aan te halen, zodat de auteur van de bekentenis dienaangaande geen verdere bewijslast draagt. Ook voor de rechter is het in de regel niet mogelijk bepaalde onderdelen van de bekentenis te gebruiken en andere buiten beschouwing te laten (Cass. 13 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 33; Cass. 19 februari 1999, *RW* 2001-02, 1352; Bergen 5 november 1997, *JT* 1998, 336; Gent 24 november 2000, *T.Not.* 2002, 396; Antwerpen 22 januari 2003, *TBBR* 2006, 229; Antwerpen 24 juni 2004, *NJW* 2005, 487, noot E. BREWAEYS; Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168, nr. 306; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446, nr. 782; D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 293; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 342, nr. 779; H. DE PAGE, *Traité*, 1089, nr. 1027; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 408, nr. 560).

Daarnaast vertoont de onsplitsbaarheid van de bekentenis nog een tweede aspect. Volgens het Hof van Cassatie heeft de onsplitsbaarheid tot gevolg dat het voor de schuldeiser niet mogelijk is het voor hem voordelige onderdeel van de bekentenis af te zonderen en in te roepen als begin van bewijs door geschrift dat kan worden aangevuld met getuigen of vermoedens. Zo niet zou de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis kunnen worden omzeild (Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 5, noot H. DE PAGE en *Arr.Cass.* 1949, 368; Cass. 5 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 172 en *RCJB* 1969, 38, noot J.P. MASSON; H. DE PAGE, *Traité*, nr. 1029, F; D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 293; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 364, nr. 830).

370 Het principe van de onsplitsbaarheid van de bekentenis komt niet ter sprake bij eenvoudige of meervoudige bekentenissen, doch is enkel van belang bij complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekentenissen (Luik 15 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 13; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie”

chie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: ge-ruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk be-wijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 71; P. VAN OMMESLA-GHE, *Théorie des preuves*, 2437-2438, nr. 1808 en 2442, nr. 1812; B. VANLER-BERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 41; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 273 en 342, nr. 292; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 342, nr. 780; H. DE PAGE, *Traité*, 1077, nr. 1012 en 1092, nr. 1028).

Een bekentenis is eenvoudig wanneer ze enkel betrekking heeft op het aangevoerd feit, zonder enig(e) voorbehoud, voorwaarde of toevoeging en daarmee volledig ingaat op de aanspraak van de tegenpartij (D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 273 en 342, nr. 292; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168, nr. 306; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 316, nr. 711 en 343, nr. 780; H. DE PAGE, *Traité*, 1077, nr. 1013 en 1091, nr. 1028; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 407, nr. 560). Daar is het probleem van de onsplitsbaarheid van de bekentenis dus niet aan de orde.

Hetzelfde geldt ten aanzien van bekentenissen die betrekking hebben op meer-dere volkomen van elkaar losstaande feiten, zijnde dubbele of meer-voudige of parallelle bekentenissen die wel mogen worden gesplitst (Cass. 12 december 1842, *Pas.* 1843, I, 33; Luik 15 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 13; D. MOUGENOT, *La preuve*, 334, nr. 273 en 342, nr. 292; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168, nr. 306; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 317, nr. 716 en 343, nr. 781; H. DE PAGE, *Traité*, 1098, nr. 1029, F; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 410, nr. 563). Dergelijke bekentenissen zijn niets anders dan het gelijktijdig of opeenvolgend in de tijd naast elkaar bestaan van meerdere eenvoudige be-kenentenissen zonder enige onderlinge beïnvloeding, zodat de verschillende on-derdelen hier door de tegenpartij elk afzonderlijk tegen de auteur ervan kun-nen worden ingeroepen en door de rechter ook elk afzonderlijk mogen wor-den behandeld. Dat is bijvoorbeeld het geval met de verklaringen van de auteur van een ongeval enerzijds omtrent zijn snelheid en anderzijds omtrent de plaats van de slachtoffers (Cass. 24 februari 1966, *RW* 1966-67, 2053; zie ook Cass. 20 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 19).

De toestand is alleen anders wat betreft de samengestelde of com-plexe of gekwalificeerde bekentenis (de vorm van bekentenis die in de praktijk het meeste voorkomt), waarvan sprake is telkens wanneer het aangevoerde feit wordt erkend met voorbehoud, voorwaarden of toevoe-gingen waardoor dat feit derwijze wordt gekwalificeerd of gewijzigd dat de auteur van de bekentenis in werkelijkheid ontkent gehouden te zijn omwille van dat feit (Cass. 12 december 1842, *Pas.* 1843, I, 33; Luik 15 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 13; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; Bergen 5 november 1997, *JT* 1998, 336; Antwerpen 24 juni 2004, *NJW* 2005, 487, noot E. BREWAEYS; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; D. MOUGENOT, *La*

preuve, 333, nr. 273; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 168, nr. 306; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 316, nrs. 713-715 en 342, nr. 780; H. DE PAGE, *Traité*, 1077, nr. 1012 en 1091, nr. 1028; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 408, nr. 560). De bekentenis heeft in dit geval eigenlijk betrekking op meerdere feiten die onderling met elkaar in verband staan en bestaat meer bepaald uit twee onderdelen: enerzijds de erkenning van het aangevoerd feit en anderzijds een voorbehoud, voorwaarden of toevoegingen. Kenmerkend is dat één onderdeel daarvan gunstig is voor degene die zich op de bekentenis beroept, terwijl het andere onderdeel integendeel voordelig is voor degene die de bekentenis heeft afgelegd en daardoor het eerste onderdeel neutraliseert (W. DE BONDT, “Het tegenbewijs van één van de delen van een samengestelde bekentenis”, *TBBR* 1994, 363, nr. 3). Soms wordt daarbij nog een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de gekwalificeerde bekentenis (waarbij het tweede onderdeel betrekking heeft op het ontstaan van de verbintenis) en anderzijds de samengestelde of complexe bekentenis (waarbij het tweede onderdeel feiten betreft die dateren van na het ontstaan van de verbintenis) (Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 344 e.v., nr. 783 e.v.). Bij gebrek aan praktisch belang wordt dat onderscheid hier verder buiten beschouwing gelaten.

Van een samengestelde of complexe of gekwalificeerde bekentenis is bijvoorbeeld sprake wanneer het bestaan van een verbintenis wordt erkend, maar er onmiddellijk aan toegevoegd wordt dat uit dien hoofde niets verschuldigd is omdat een bevrijding van de schuld heeft plaatsgehad (bv. door betaling; zie voor een toepassingsgeval art. 1924 BW), of nog, omdat de verbintenis onder opschortende voorwaarde werd bedongen en dat de voorwaarde zich (nog) niet gerealiseerd heeft (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-73, nr. 5413; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 446-447, nr. 782; D. MOUGENOT, *La preuve*, 333, nr. 273 en 342, nr. 291; W. DE BONDT, “Het tegenbewijs van één van de delen van een samengestelde bekentenis”, *TBBR* 1994, 362-363, nr. 2). Andere voorbeelden zijn:

- de aanvaarding door een partij van het bestaan van een verkoopovereenkomst, zij het tegen een andere dan de aangevoerde prijs of met bevestiging van de betaling van de verkoopprijs (Cass. 30 september 1966, *Pas.* 1967, I, 129);
- de erkenning van het bestaan van een lening, met de bevestiging van de (gehele of gedeeltelijke) terugbetaling van het kapitaal en de intrest (Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 5, noot H. DE PAGE; Luik 20 oktober 2008, *JT* 2009, 504);
- de erkenning van een schuld, met de bevestiging van zijn gedeeltelijke terugbetaling (Cass. 23 maart 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 870);
- de erkenning van het bezit van juwelen ontvangen als gedeeltelijke terugbetaling van een schuld (Cass. 10 maart 1952, *Pas.* 1952, I, 423);
- de erkenning door een partij van het bestaan van een erfdiensbaarheid van doorgang waarvan de breedte niet meer dan 1,10 m bedraagt (Cass. 24 november 1966, *Pas.* 1967, I, 392, noot);

- de erkenning dat bepaalde bedragen ontvangen werden met het oog op de betaling van begrafenis­kosten in uitvoering van een mandaat (Cass. 17 maart 1949, *Pas.* 1949, I, 208);
- de erkenning van de ontvangst van een geldbedrag onder de verplichting aan de verstrekker van dat bedrag levenslang een rente te betalen, maar zonder verplichting tot teruggave van het kapitaal (Cass. 26 oktober 1950, *Pas.* 1951, I, 96);
- de erkenning door een van de erfgenamen dat hij bepaalde goederen van de erf­flater in zijn bezit heeft, met de toevoeging dat zij ze verkregen heeft ingevolge een handgift haar door de erf­flater gedaan (Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 310, noot J. DEL CORRAL en *NJW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN);
- de erkenning door de schuldenaar van zijn handtekening op een akte, met de toevoeging dat die handtekening werd afgedwongen door chantage (Vred. Visé 4 februari 2002, *T.Vred.* 2004, 443);
- de erkenning door een bankinstelling van het bestaan van een spaarrekening met de bevestiging dat die rekening werd vereffend en uitbetaald (Antwerpen 24 juni 2004, *NJW* 2005, 487, noot E. BREWAEYS);
- de erkenning door een advocaat van de afwezigheid van een bijzonder mandaat om te berusten in een vonnis, gepaard gaande met de mededeling dat de cliënt hem een brief heeft toegezonden houdende een stilzwijgende berusting (Bergen 6 december 2004, *P&B* 2005, 155);
- de verklaring in een proces-verbaal van opening van werkzaamheden waarin een kind enerzijds toegeeft dat haar ouders haar geld hebben voorgesloten om haar toe te laten een perceel bouwgrond te kopen en anderzijds staande houdt dat zij het geld geleidelijk heeft terugbetaald (Gent 24 november 2000, *T.Not.* 2002, 396);
- de erkenning dat een schuldbekentenis werd ondertekend, met de toevoeging dat dit stuk werd teruggekregen naar aanleiding van de betaling die een einde maakte aan de schuld, maar dat dit stuk werd weggegooid of kwijtgeraakt (Bergen 5 november 1997, *JT* 1998, 336);
- de boekhouding tegenover haar auteur (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weeg­schaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 32, nr. 5);
- ...

De kwalificatie van een bekentenis als een complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekentenis is niet van openbare orde (D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 292). De rechter oordeelt bijgevolg soeverein of een bekentenis al dan niet te bestempelen is als een complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekentenis (Cass. 12 december 1842, *Pas.* 1843, I, 33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 343, nr. 782). Als feitenkwestie ontsnapt die beoordeling aan de controle van het Hof van Cassatie. De partij die een bekentenis heeft afgelegd en voor de feitenrechter niet heeft staande gehouden dat deze bekentenis samengesteld was, is niet ontvankelijk om dit voor het eerst voor het Hof van Cassatie te doen (Cass. 10 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, 118; Cass. 19 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 9 februari 1968, *Arr.Cass.* 1968, 761; Cass. 17 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, I, 1073; Cass. 12 maart 1979, *Pas.* 1979, I, 826; Cass. 15 juni 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1239).

371 De regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis wordt op een dubbele wijze verklaard. Volgens het Hof van Cassatie is de onsplitsbaarheid een voortvloei­sel van het gemeen recht dat geldt voor elke eenzijdige wilsuiting. De auteur van de bekentenis zou ze nooit afgelegd hebben indien hij geweten had dat zijn tegenstrever ze mocht opsplitsen. Een splitsing van een bekentenis miskent de wil van de auteur ervan en komt erop neer de bekentenis te verdraaien (Cass. 20 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 199; Cass. 13 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 33; Cass.

3 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1061; Cass. 19 februari 1999, *RW* 2001-02, 1352). In de rechtsleer wordt integendeel soms voorgehouden dat de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis geen gevolg is van de bekentenis, omdat bij samengestelde of complexe of gekwalificeerde bekentnissen in werkelijkheid geen sprake is van een bekentenis. Een eenvoudige of meervoudige bekentenis stelt een einde aan het geschil over het betwiste feit, terwijl dat niet het geval is bij een samengestelde of complexe of gekwalificeerde bekentenis die neerkomt op een zuivere negatie van de aanspraak van de tegenstrever. Het probleem zou bijgevolg verkeerd benaderd worden met een onontwarbaar kluwen in de rechtspraak tot gevolg (H. DE PAGE, *Traité*, 1078, nr.1013, 1083, nr. 1021 en 1089 e.v., nr. 1027 e.v. die om die reden zelfs geen voorbeelden uit de rechtspraak wil aanhalen; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 447, nr. 782; J.P. MASSON, "L'indivisibilité de l'aveu" (noot onder Cass. 5 oktober 1967), *RCJB* 1969, 44, nr. 3).

372 De regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis wijzigt de regeling inzake de subjectieve bewijslast niet. Degene op wie krachtens artikel 1315, eerste lid BW de bewijslast rust en die zich beroept op de bekentenis van een bepaald feit, kan de daarmee verband houdende verklaring van degene die de bekentenis heeft afgelegd niet buiten beschouwing laten, zodat laatstgenoemde het bestaan niet hoeft te bewijzen van het tweede onderdeel van zijn bekentenis. Dat tweede onderdeel is niet te aanzien als een exceptie in de zin van artikel 1315, tweede lid BW (Cass. 13 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 33; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; Bergen 5 november 1997, *JT* 1998, 336; Gent 24 november 2000, *T.Not.* 2002, 396; D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 293; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 345, nr. 787). De schuldeiser die de bewijslast van meet af aan droeg, blijft die bewijslast dragen omdat de samengestelde bekentenis voor hem geen afdoende bewijs vormt. Wel is er een verplaatsing van de discussie: het door de schuldeiser eerst aangevoerde feit (bv. de geldoverdracht) wordt erkend en moet derhalve niet meer worden bewezen, maar er wordt door de auteur van de bekentenis een tweede feit aan toegevoegd (bv. de handgift) waarvan de schuldeiser, in geval van betwisting, het tegendeel moet bewijzen (Gent 24 november 2000, *T.Not.* 2002, 396).

373 In een drietal gevallen wordt uitzondering gemaakt op het principe van de onsplitsbaarheid van de complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekentenis. In die gevallen kan een van de onderdelen van de bekentenis terzijde worden geschoven en kan het andere onderdeel door de tegenpartij worden ingeroepen als een eenvoudige bekentenis (P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2443-2444, nr. 1812; D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 294; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 268, nr. 306; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 409-410, nr. 563).

Dat is vooreerst het geval wanneer degene die zich op de bekentenis beroept erin slaagt het tegenbewijs te leveren van het tweede, voor hem on-

gunstige onderdeel van de bekentenis (Cass. 17 maart 1949, *Arr.Cass.* 1949, 182; Cass. 5 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 172 en *RCJB* 1969, 38, noot J.P. MASSON; Cass. 20 oktober 1978, *RW* 1978-79, 1365; Cass. 3 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1061 en *TBBR* 1994, 358, noot W. DE BONDT; Cass. 16 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1204; Luik 2 maart 1990, *Ann.dr.Lg.* 1990, 380, noot R. MOUGENOT). De volle bewijskracht van de bekentenis geldt immers enkel tegen de auteur ervan. Ten aanzien van degene die zich erop beroept, geldt de bekentenis (zoals ieder bewijsmiddel met uitzondering van de onweerlegbare wettelijke vermoedens) slechts tot bewijs van het tegendeel (Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 237, nr. 198; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 41; H. DE PAGE, noot onder Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 19; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 359, nr. 817; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 408, nr. 560). Een andere oplossing zou het principe van de gelijkheid van de partijen inzake bewijs miskennen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 359, nr. 817). Bovendien moeten misbruiken worden vermeden. Meer bepaald moet worden verhinderd dat de auteur van de bekentenis moedwillig een onjuiste weergave van de andere dan de bekende feiten zou kunnen doen (H. DE PAGE, *Traité*, 1100, nr. 1029, F).

Het tegenbewijs is wel gereguleerd. Het gemeen recht is van toepassing (Cass. 17 maart 1949, *Arr.Cass.* 1949, 182; Cass. 26 oktober 1950, *Arr.Cass.* 1951, 372; Cass. 19 maart 1952, *Pas.* 1952, I, 423; Cass. 7 juli 1952, *Arr.Cass.* 1952, 632; Cass. 25 november 1966, *Arr.Cass.* 1967, 406; Cass. 5 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 172; Cass. 26 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 304; Cass. 2 december 1976, *Arr.Cass.* 1977, 382; Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 206; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 448, nr. 783; D. MOUGENOT, *La preuve*, 344, nr. 294; H. DE PAGE, noot onder Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 19; J. MASSON, noot onder Cass. 5 oktober 1967, *RCJB* 1969, 46). De toegelaten bewijsmiddelen zijn afhankelijk van het aanvankelijke feit dat degene die zich op de bekentenis heeft beroepen, wil bewijzen (Cass. 17 maart 1949, *Pas.* 1949, I, 208; Cass. 26 oktober 1950, *Arr.Cass.* 1951, 77; W. DE BONDT, “Het tegenbewijs van één van de delen van een samengestelde bekentenis”, *TBBR* 1994, 365-366, nr. 7; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 409, nr. 562). Wanneer bijvoorbeeld een schuldeiser de terugbetaling vordert van uitgeleende gelden (bedrag hoger dan 375,00 EUR) en de schuldenaar weliswaar erkent gelden ontvangen te hebben maar eraan toevoegt dat hij ze verkregen heeft als handgift, dan behoort het aan de schuldeiser de inhoud te bewijzen van de overeenkomst van lening waarop zijn vordering gesteund is en moet hij daartoe een schriftelijk bewijs voorleggen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 361, nr. 822, die meent dat dit een zuivere toepassing is van art. 1341 BW op het te weerleggen feit en erop wijst dat de schuldeiser in dat geval doorgaans niet over een schriftelijk bewijs zal beschikken, zodat de hypothese zich slechts zelden zal voordoen). Op de vereiste van een schriftelijk bewijs wordt wel uitzondering gemaakt in geval van bewijs van bedrog (Cass. 5 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 172 en *RCJB*

1969, 38, noot J. MASSON). Degene die goederen revindiceert die in het bezit zijn van iemand die beweert ze te hebben verkregen door een handgift, zal het bewijs van een negatief feit (het niet-bestaan van de handgift) moeten leveren en om die reden ermee kunnen volstaan op grond van feitelijke elementen van de zaak aannemelijk te maken dat een handgift onwaarschijnlijk is (Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, noot L. DEL CORRAL en *NJW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN).

Een tweede uitzondering op de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis doet zich voor wanneer de onjuistheid, de tegenstrijdigheid, de onwaarschijnlijkheid of de onnauwkeurigheid van het onderdeel dat men wil opzijschuiven, voortvloeit uit omstandigheden eigen aan de zaak, zonder dat daartoe een afzonderlijk tegenbewijs noodzakelijk is (Cass. 3 september 1992, *TBBR* 1994, 358, noot W. DE BONDT; Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 206; H. DE PAGE, *Traité*, 1098, nr. 1029, F; H. DE PAGE, noot onder Cass. 2 juni 1949, *RCJB* 1950, 18; J. MASSON, noot onder Cass. 5 oktober 1967, *RCJB* 1969, 38; D. MOUGENOT, *La preuve*, 344, nr. 294; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 357, nr. 814). Dat kan het geval zijn wanneer dat tweede onderdeel van de bekentenis tegenstrijdig is met andere verklaringen door de auteur van de bekentenis afgelegd gedurende de procedure, of nog, zeer onwaarschijnlijk is (Cass. 20 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 179; Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171). Wanneer bijvoorbeeld de koper enerzijds erkent dat hij kennis had van het recht van voorkoop en anderzijds dat hij, gelet op de omstandigheden, met een gerust gemoed heeft aangekocht, kan hem kwade trouw worden ten laste gelegd wat het tweede onderdeel van zijn bekentenis betreft (Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 206). Daarbij moet ook de rechter rekening houden met de wettelijk toegelaten bewijsmiddelen.

Ten slotte kent de regel van de onsplitsbaarheid van de bekentenis ook uitzondering wanneer het onderdeel dat men buiten beschouwing wil laten, niet het voorwerp van een bekentenis kan uitmaken wegens strijdigheid met een rechtsregel (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 359, nr. 816; J. MASSON, noot onder Cass. 5 oktober 1967, *RCJB* 1969, 46), bijvoorbeeld omdat het betrekking heeft op een rechtskwestie (zie Cass. 17 juni 2005, *RABG* 2005, 1620), of, op een recht waarover de auteur ervan niet kon beschikken, of, omdat het een wettelijk vermoeden van openbare orde miskent (bv. een vermoeden van tussenstelling van personen: art. 911, tweede lid en 1100 BW), of nog, strijdig is met het gezag van het rechterlijk gewijsde (D. MOUGENOT, *La preuve*, 344, nr. 294). Zo kan de bekentenis van het bezit van roerende goederen die men zou verkregen hebben ingevolge een handgift, ingeval vaststaat dat het bezit gebrekkig is en de bescherming van artikel 2279, eerste lid BW daarom niet geldt, worden gesplitst, zodat de auteur van de bekentenis de bewijslast draagt van de beweerde handgift (H. DE PAGE, *Traité*, 1098, nr. 1029, F).

In geen van de drie uitzonderingsgevallen gaat het erom dat willekeurig één onderdeel van de bekentenis kan worden terzijde geschoven (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 148, nr. 169). In die zin gaat het dan ook niet om echte uitzonderingen op het principe van de onsplitbaarheid van de bekentenis, doch wel om hinderpalen voor zijn toepassing (D. MOUGENOT, *La preuve*, 343, nr. 294).

4. Onherroepelijk

374 Krachtens artikel 1356, vierde lid Ger.W. kan de (gerechtelijke) bekentenis in principe niet worden herroepen. De auteur ervan kan dus in beginsel niet meer eenzijdig terugkomen op zijn wilsuiting. Wie bekend heeft, is en blijft door zijn verklaring gebonden (Bergen 25 juni 1987, *Verkeersrecht* 1988, 10; Arbh. Bergen 2 maart 2011, *Soc.Kron.* 2012, 465; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 237, nr. 198; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-75, nr. 5423; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 289; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 365, nr. 832; H. DE PAGE, *Traité*, 1085, nr. 1023).

375 Aangezien de volle bewijskracht van de bekentenis haar grondslag vindt in het vermoeden van waarheid dat kleeft aan het erkende feit, is de regel van de onherroepelijkheid van de bekentenis logisch (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 72; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 364, nr. 830).

376 De regel van de onherroepelijkheid van de bekentenis kent, volgens artikel 1356, vierde lid BW, uitzondering wanneer (door de auteur daarvan overeenkomstig het gemeen recht) wordt bewezen dat de bekentenis het gevolg is van een dwaling omtrent de feiten (Arbh. Bergen 2 maart 2011, *Soc.Kron.* 2012, 465; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 300; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 443, nr. 778; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 289). Een dwaling omtrent het recht komt evenwel niet in aanmerking als grond tot herroeping (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 416, nr. 576).

Deze wetsbepaling is dubbelzinnig. Zij verwacht de onherroepelijkheid van de bekentenis met de wilsgebreken die ze kunnen aantasten. In beide opzichten geldt het gemeenrecht.

Eenzijds kan de bekentenis, zoals iedere eenzijdige wilsuiting, door haar auteur niet eenzijdig worden herroepen door een nieuwe wilsuiting. Meer bepaald blijft, conform het gemeen recht, een bekentenis haar volle bewijskracht behouden, ook al stelt degene die ze heeft afgelegd dat hij niet wist welke juridische gevolgen aan zijn bekentenis verbonden waren. Met de dwaling omtrent het recht wordt in artikel 1356, vierde lid BW dan ook enkel bedoeld, de dwaling omtrent de juridische gevolgen van de bekentenis voor de persoon die haar heeft afgelegd. De bekentenis kan immers enkel slaan op feiten, niet op de oplossing van een rechtskwestie (Bergen 14 november 1990, *Verkeersrecht* 1992, 77; Rb. Mechelen 5 januari 1982, *RW* 1982-83, 2281; W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 690-691; D. MOUGENOT, *La preuve*, 340-341, nr. 289; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 365, nr. 834; H. DE PAGE, *Traité*, 1086, nr. 1023; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 459, nr. 18). Daarenboven vloeit die regel ook voort uit de recente cassatierechtspraak in verband met het wegvallen van de intentionaliteitsvereiste van de bekentenis (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 605, nr. 48).

Anderzijds moet de bekentenis, zoals elke eenzijdige wilsuiting, rechtsgeldig tot stand gekomen zijn. Artikel 1356, vierde lid BW is in dat verband een bijzondere toepassing van artikel 1110 BW. Bijgevolg leidt dwaling tot nietigheid van de bekentenis (D. MOUGENOT, *La preuve*, 340, nr. 289; H. DE PAGE, *Traité*, 1070, nr. 1009.A en 1085, nr. 1023). Alhoewel artikel 1356, vierde lid BW daarvan niet gewaagt, komen ook de andere wilsgebreken (bedrog en geweld) in aanmerking. Zij worden niet uitdrukkelijk uitgesloten. Als eenzijdige wilsuiting moet de bekentenis vrij zijn van alle wilsgebreken. Een bekentenis aangetast door dwaling, bedrog of geweld kan derhalve worden nietig verklaard (Bergen 26 juni 2000, *JT* 2001, 738; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-75-76, nrs. 5425 en 5427; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 237, nr. 198; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2440-2441, nr. 1810; D. MOUGENOT, *La preuve*, 341, nr. 290; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 165, nr. 300, voetnoot 492; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 416-417, nr. 576; anders in de zin van uitsluiting van bedrog en geweld: H. DE PAGE, *Traité*, 1070, nr. 1009, A).

Wat meer bepaald het wilsgebrek dwaling betreft, komt enkel de dwaling omtrent de feiten in aanmerking, te bewijzen door degene die de dwaling inroept. Niets belet dat de auteur van een bekentenis zou bewijzen dat de werkelijkheid anders was dan deze die hij voor ogen had op het ogenblik van zijn bekentenis. De dwaling omtrent de feiten zal doorgaans betrekking hebben op bepaalde omstandigheden die ten tijde van de bekentenis ongekend waren of op het geloof in een feit dat alsdan niet bestond. In dat geval betreft zij onbetwistbaar de zelfstandigheid van de zaak (Cass. 23 juni

1887, *Pas.* 1887, I, 322; Cass. 29 oktober 1891, *Pas.* 1891, I, 275; Cass. 3 februari 1950, *Pas.* 1950, I, 377; Cass. 5 september 1966, *Arr.Cass.* 1967, 8; Arbh. Brussel 24 mei 1983, *RW* 1983-84, 253; Bergen 26 juni 1987, *RGAR* 1989, nr. 11.474; Brussel 9 juni 1998, *JT* 1999, 137; Brussel 28 november 2003, *RW* 2007-08, 236; Rb. Luik 15 april 2004, *RGAR* 2006, nr. 14140; H. MIN-JAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-75, nr. 5425; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 367, nr. 837; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 605, nr. 48; L. VAN VALCKENBORGH, “De doorbraak van de ‘ongewilde bekentenis’ als geldige buitengerechtelijke bekentenis”, *TBBR* 2008, 459, nr. 18).

Een mooie illustratie daarvan is te vinden in het arrest van 28 november 2003 van het hof van beroep te Brussel (Brussel 28 november 2003, *RW* 2007-08, 236). De verweerder verwees naar de afrekening, gevoegd bij de inleidende dagvaarding, die inderdaad rekening hield met betalingen voor een bepaald bedrag. Deze afrekening was gemaakt aan de hand van de geldbewegingen op de rekening-derden van de raadsman van de eiseres en werd rechtgezet bij de aanvullende en tweede aanvullende conclusies door de eiseres genomen voor de eerste rechter. Het hof oordeelde dat de eenzijdige verklaring, opgenomen in de dagvaarding, het gevolg was van een materiële vergissing in de afrekening betreffende de van de verweerder op de derdenrekening van de raadsman van de eiseres ontvangen gelden, zodat deze niet als een gerechtelijke bekentenis van de eiseres in aanmerking kon worden genomen.

G. CONTROLE DOOR HET HOF VAN CASSATIE

377 De miskennis van het bestaan van een bekentenis raakt de openbare orde niet (Cass. 17 mei 1923, *Pas.* 1923, I, 316; Cass. 11 februari 1942, *Pas.* 1942, I, 39; Cass. 14 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1103). Het middel gesteund op die miskennis kan bijgevolg niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden opgeworpen en is niet ontvankelijk (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 332, nr. 751). Daaruit wordt afgeleid dat al evenzeer niet ontvankelijk is, het nieuw middel dat grond is op het complex (en bijgevolg onsplitsbaar) karakter van de bekentenis (Cass. 10 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, 118; Cass. 15 juni 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1239). Daarnaast wordt ook de draagwijdte van de bekentenis soeverein beoordeeld door de feitenrechter, mits eerbiediging van de bewoordingen van de akte waarin de bekentenis wordt vastgesteld (Cass. 23 juni 1887, *Pas.* 1887, I, 332; Cass. 14 juli 1881, *Pas.* 1881, I, 401; Cass. 30 april 1889, *Pas.* 1889, I, 201; Cass. 17 mei 1923, *Pas.* 1923, I, 316; Cass. 17 september 2010, *T.Pol.* 2012, 31 en 33, noot).

378 De gevolgen van de bekentenis, bedoeld bij artikel 1356 BW, betreffen daarentegen geen feitelijke kwestie, doch wel een rechtsvraag. De miskennis daarvan door de rechter impliceert een wetsovertreding die door het Hof van Cassatie wel wordt gecontroleerd (H. DE PAGE, *Traité*, 1101, nr. 1031.B).

§ 2. De gedingbeslissende eed

A. DEFINITIE

379 De gedingbeslissende eed is de gerechtelijke eed die gedingbeslissend is. Het gaat om de plechtige verklaring van een procespartij voor de rechter waarbij zij de waarachtigheid van haar eigen beweringen bevestigt ter oplossing van het geding (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 422, nr. 588 en 425, nr. 595). De gedingbeslissende eed wordt nader geregeld in de artikelen 1358-1365 BW en in de artikelen 1005-1006 Ger.W.

380 Zowel de eiser (die de uitvoering van een verbintenis vordert) als de verweerder (die laat gelden bevrijd te zijn van die verbintenis) kan aan de tegenpartij de gedingbeslissende eed opdragen (dat de verklaringen van laatstgenoemde stroken met de waarheid), dit zonder dat daartoe enige rechtvaardiging moet worden opgegeven. Door aldus te handelen biedt de opdragende partij aan afstand te doen van haar aanspraak op voorwaarde dat de tegenpartij onder eed de feiten bevestigt die de grondslag vormen van haar tegengestelde aanspraak. Zijn toevlucht nemen tot de eed betekent dus zich bij het erewoord van de tegenpartij neerleggen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 451, nr. 790; D. MOUGENOT, *La preuve*, 346, nr. 297; H. DE PAGE, *Traité*, 1113-1114, nr. 1039.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 423, nr. 589 en 425, nr. 595).

381 De gedingbeslissende eed werd in het leven geroepen om de strengheid van het gereglementeerd bewijsstelsel te milderen om billijkheidsredenen. De rechtszekerheid vereist een gereglementeerd bewijsstelsel. De strikte toepassing van dat bewijsstelsel kan evenwel grote onrechtvaardigheden tot gevolg hebben. Om mogelijke excessen op dat gebied tegen te gaan is de gedingbeslissende eed bedoeld als ultiem redmiddel of laatste toevlucht ten gunste van degene die de bewijslast draagt en die er niet in slaagt om via de andere toegelaten bewijsmiddelen een afdoende bewijsvoering te doen. Bij volstrekt gebrek aan (andere) toegelaten bewijsmiddelen wordt hem door de wetgever de mogelijkheid geboden om het strikt juridische domein te verlaten en een beroep te doen op het geweten en op de goede trouw van de tegenpartij teneinde alsnog gelijk te krijgen (Antwerpen 17 november 1997, *AJT* 1998-99, 118, noot B. WYLLEMAN; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 449, nr. 786; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 174, nr. 320; D. MOUGENOT, *La preuve*, 345, nr. 295 en 346, nr. 297; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 369, nr. 846; H. DE PAGE, *Traité*, 1111, nr. 1037.C; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 72, nr. 1310; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 423, nr. 590).

382 De partij aan wie de eed wordt opgedragen moet het beroep op het geweten ondergaan en kan dus niet opteren voor de afhandeling van het geschil via de gewone wettelijke bewijsregeling. Wel heeft hij de keuze tussen drie verschillende manieren om op de eedopdraging te reageren (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 239, nr. 200; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2447, nr. 1815; D. MOUGENOT, *La preuve*, 346, nr. 297; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 369-370, nr. 847 en 383-384, nrs. 890-896; H. DE PAGE, *Traité*, 1114, nr. 1039.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 72, nr. 1310):

- ofwel legt de partij aan wie de eed is opgedragen, de eed af en dan is haar eed op het betrokken punt bepalend voor de afloop van het geding in haar voordeel (*anders*: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 429, nr. 606);
- ofwel weigert zij de eed af te leggen (en wordt de eed ook niet teruggewezen, ofwel omdat de partij aan wie de eed werd opgedragen dat niet vraagt, ofwel omdat terugwijzing wettelijk onmogelijk is) en dan wordt de partij die de eed heeft opgedragen in het gelijk gesteld, omdat het feit dat zij heeft aangevoerd, bewezen wordt geacht (art. 1361 BW), dit op grond van de stilzwijgende bekentenis van de partij die geweigerd heeft de eed af te leggen;
- ofwel wijst zij (zonder dat daartoe enige rechtvaardiging vereist is) de eed terug, dit wil zeggen dat zij de partij die haar de eed heeft opgedragen, verzoekt om zelf onder eed te bevestigen wat zij beweert waar te zijn; al naargelang de houding van de partij aan wie de eed teruggewezen is, wordt zij (in geval van eedaflegging) of wordt de partij aan wie de eed aanvankelijk was opgedragen (in geval van weigering van eedaflegging; een tweede terugwijzing is onmogelijk) in het gelijk gesteld (art. 1361 BW) (*anders*: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 430, nr. 607).

B. ESSENTIËLE BESTANDELEN

383 Opdat sprake zou zijn van een gedingbeslissende eed moet de eed:

- een gerechtelijk karakter hebben;
- uitgaan van een procespartij;
- betrekking hebben op een persoonlijk feit dat gunstig is voor degene die de eed aflegt;
- gedingbeslissend zijn.

Daarenboven gelden strikte vormvoorwaarden.

1. Een gerechtelijk karakter

384 De gedingbeslissende eed is de eed die voor de rechter wordt afgelegd in het raam van het geding dat betrekking heeft op het betwiste feit.

385 Als dusdanig onderscheidt de gedingbeslissende eed zich van de eedbelofte, zijnde de eed waarbij een persoon zich plechtig ertoe verbindt (vaak ook voor de rechter) de handeling die van hem wordt gevraagd (bv. een getuigenis), de opdracht waarmee hij wordt gelast (bv. een deskundigenonderzoek) of het ambt of de functie waarin hij wordt aangesteld (bv. van magistraat, van advocaat, van openbaar ambtenaar...) loyaal te zullen uitvoeren (D. MOUGENOT, *La preuve*, 346, nr. 296; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 367, nr. 838; H. DE PAGE, *Traité*, 1105, nr. 1033, voetnoot 1). Daarnaast is er ook nog de eed bij een boedelbeschrijving (art. 1183, 11° Ger.W.). Telkens gaat het hier niet om bewijsvoering, zodat hierop niet verder wordt ingegaan.

2. *Uitgaan van een procespartij*

386 De gedingbeslissende eed is het werk van de partijen, niet van de rechter (Cass. 15 maart 1945, *Pas.* 1945, I, 134). Het initiatief (het opdragen of het terugwijzen) moet steeds uitgaan van een procespartij (Cass. 11 februari 1935, *Pas.* 1935, I, 147) die daarmee beoogt een einde te stellen aan het geschil (Cass. 2 juni 1922, *Pas.* 1922, I, 339). Het kan daarbij gaan, zowel om de eiser (op hoofdvordering), als om de verweerder (op exceptie). Dat volgt uit artikel 1360 BW (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 373, nr. 857; H. DE PAGE, *Traité*, 1121, nr. 1044). Wordt de verklaring afgelegd door een derde en niet door een van de partijen, dan gaat het niet om een eed, doch wel om een getuigenverklaring (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 424, nr. 591).

387 Het initiatief tot de gedingbeslissende eed kan ook uitgaan van een vertegenwoordiger van de procespartij.

Conventionele vertegenwoordigers zijn slechts bevoegd tot het stellen van daden van beheer (art. 1988, eerste lid BW). Zij behoeven dan ook een bijzonder mandaat om een gedingbeslissende eed op te dragen of terug te wijzen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 178, nr. 332; D. MOUGENOT, *La preuve*, 350, nr. 300; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 373, nrs. 860-861; H. DE PAGE, *Traité*, 1128, nr. 1050.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 428, nr. 603). Op grond van zijn mandaat *ad litem* kan een advocaat dat niet (Antwerpen 16 mei 1984, *RW* 1987-88, 748). Conclusies met die inhoud moeten dus worden mede-ondertekend door de cliënt, behalve indien een bijzonder mandaat voorhanden is.

Wettelijke vertegenwoordigers van onbekwamen (bv. de voogd) kunnen een gedingbeslissende eed opdragen wanneer de eed betrekking heeft op rechten die zij kunnen uitoefenen zonder bijzondere machtiging. In de andere gevallen is een voorafgaande machtiging, dus een bijzonder mandaat, vereist (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 178, nr. 333; D. MOUGENOT, *La preuve*, 350, nr. 300; H. DE PAGE, *Traité*, 1128, nr. 1050.B). Wettelijke vertegenwoordigers bevinden zich nooit in het geval waarin de eed kan worden teruggewezen, aangezien de eed slechts kan worden opgedragen aan de partij zelf en met betrekking tot een feit dat haar eigen is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 373, 860; anders: F. MOURLON-

BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 178, nr. 333; H. DE PAGE, *Traité*, 1128, nr. 1050.A).

Organen van een rechtspersoon kunnen een gedingbeslissende eed opdragen of terugwijzen, binnen de grenzen van de bevoegdheden die hen toekomen krachtens de wet of de statuten of krachtens een bijzonder mandaat hen daartoe verstrekt door de bevoegde organen van de rechtspersoon en voor zover de eed betrekking heeft op een feit dat hen (omwille van hun functie binnen de rechtspersoon) eigen is (Gent 22 december 1955 en 21 juni 1956, *RW* 1957-58, 1581; Brussel 23 mei 1960, *JT* 1960, 574; H. DE PAGE, *Traité*, 1129, nr. 1050.B).

388 Ter verduidelijking kan daaraan worden toegevoegd dat het Burgerlijk Wetboek in artikel 1357 binnen de gerechtelijke eed twee hoofdcategoriën onderscheidt: enerzijds de gedingbeslissende eed (art. 1358-1365 BW) en anderzijds de ambtshalve opgedragen eed (art. 1366-1369 BW). Criterium voor dat onderscheid is de persoon die de eed opdraagt: in het eerste geval zijn dat de procespartijen (of hun vertegenwoordigers), in het tweede geval de rechter (H. DE PAGE, *Traité*, 1106, nr. 1034).

De ambtshalve opgedragen eed wordt verder opgedeeld in de aanvullende eed en de schattingseed (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 432-436, nrs. 616-628). De aanvullende eed is de eed die onder bepaalde voorwaarden wordt opgedragen als aanvulling van het voorliggend bewijs van een eis of van een exceptie, terwijl de schattingseed de eed is opgedragen aan een van de procespartijen teneinde de waarde van haar eis te bevestigen. Beide vormen van de ambtshalve opgedragen eed zijn geen bewijsmiddelen, doch louter onderzoeksmaatregelen waarop de rechter (op verzoek van een van de partijen of ambtshalve en ten laste van de partij die hij soeverein bepaalt) een beroep kan doen (zonder door het resultaat daarvan gebonden te zijn) wanneer hij van oordeel is dat het beschikbare bewijsmateriaal met betrekking tot een betwist feit ontoereikend blijft (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 178, nr. 245, voetnoten 175 en 176; A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 72; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 240, nr. 201; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2454, nr. 1822; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 452-453, nrs. 793-796; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 180-183, nrs. 340-347; D. MOUGENOT, *La preuve*, 353, nr. 304; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 390-396, nrs. 903-924; H. DE PAGE, *Traité*, 1107-1109, nr. 1036 en 1137-1143, nrs. 1064-1071). Vandaar dat hier niet verder wordt ingegaan op de ambtshalve opgedragen eed. Die onderzoeksmaatregelen worden vandaag trouwens nog uiterst zeldzaam toegepast, omdat de rechters verkiezen de vordering ofwel zonder meer af te wijzen, ofwel te beslechten door een beroep te doen op een begroting *ex aequo et bono*.

3. Betrekking hebben op een betwist en persoonlijk feit dat gunstig is voor degene die de eed heeft afgelegd

389 In de mate waarin de gedingbeslissende eed betrekking moet hebben op een betwist en persoonlijk feit stemt het mogelijk voorwerp van de eed overeen met dit van de bekentenis (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-77, nr. 5430; D. MOUGENOT, *La preuve*, 348, nr. 299). Het omgekeerde is het geval met de voorwaarde dat de gedingbeslissende eed een feit tot voorwerp moet hebben dat gunstig is voor degene die de eed heeft afgelegd.

a. Een betwist en persoonlijk feit

390 Alleen betwiste feiten maken het voorwerp uit van de objectieve bewijslast. Ook de gedingbeslissende eed kan derhalve alleen op dergelijke feiten betrekking hebben (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 426, nr. 598).

391 Krachtens artikel 1359 BW kan de gedingbeslissende eed alleen worden opgedragen omtrent een feit waarbij de partij, aan wie men hem opdraagt, persoonlijk betrokken was. Van een procespartij kan immers niet worden verwacht dat zij plechtig en gewetensvol een feit bevestigt waaraan zij vreemd is.

392 Vandaar dat de eed niet kan worden opgedragen aan vertegenwoordigers met betrekking tot feiten eigen aan degenen die zij vertegenwoordigen (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 692; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 374, nrs. 863-864; H. DE PAGE, *Traité*, 1122, nr. 1045; anders: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 427, nr. 600). De gedingbeslissende eed kan uiteraard ook niet worden opgedragen aan aangestelden van een rechtspersoon, zoals bijvoorbeeld de personeelschef (Arbrb. Brussel 6 oktober 1987, *Pas.* 1988, III, 1); vgl. Brussel 8 januari 1954, *Pas.* 1955, II, 95).

393 De gedingbeslissende eed kan al evenmin worden opgedragen aan erfgenamen of aan andere rechtsopvolgers met betrekking tot feiten eigen aan hun rechtsvoorganger (Antwerpen 15 januari 1992, *Rev.not.b.* 1994, 195, noot J. BLOCKX). Die regel vindt bevestiging in het geval bedoeld bij artikel 2275, tweede lid BW inzake verjaringen gegrond op een vermoeden van betaling: het niet-weten dat de overledene de zaak verschuldigd blijft, is een feit eigen aan de erfgenamen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 450, nr. 787; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 375, nr. 866; anders: D. MOUGENOT, *La preuve*, 348, nr. 299, voetnoot 7; H. DE PAGE, *Traité*, 1122, nr. 1045, voetnoot 2).

394 De gevolgen van de hierboven bedoelde regel van artikel 1359 BW reiken evenwel verder. Krachtens artikel 1362 BW mag de eed niet worden teruggewezen, wanneer niet beide partijen persoonlijk betrokken zijn bij het feit dat het voorwerp ervan uitmaakt, doch alleen de partij aan wie de eed is opgedragen. Doorgaans wordt daaruit afgeleid dat de gedingbeslissende eed slechts kan worden opgelegd wanneer hij betrekking heeft op een feit dat gemeenschappelijk is aan beide partijen en hij zo kan worden teruggewezen aan degene die hem opgedragen heeft (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 427, nr. 600). Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer het te bewijzen feit bestaat uit de kennis van de werkelijke woonplaats van de betekende partij door de betekenende partij (Brussel 22 juni 2001, *JLMB* 2001, 1485; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2449, nr. 1817). Soms wordt evenwel verdedigd dat de omstandigheid dat de eed betrekking heeft op een feit dat uitsluitend eigen is aan degene aan wie ze wordt opgedragen, enkel

belet dat die eed kan worden teruggewezen, niet dat hij wordt opgedragen (H. DE PAGE, *Traité*, 1122, nr. 1045 en 1131, nr. 1053; D. MOUGENOT, *La preuve*, 347, nr. 297).

b. Een feit dat gunstig is voor degene die de eed heeft afgelegd

395 De gerechtelijke eed, die bestemd is tot bewijs, heeft betrekking op een betwist feit dat gunstig is voor de partij die haar aflegt. In tegenstelling tot de bekentenis gaat de bevestiging van het feit de auteur hier tot voordeel strekken. In die zin is de gerechtelijke eed het spiegelbeeld van de bekentenis (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 178, nr. 245; P. VAN OMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2445, nr. 1813; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 73; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 237, nr. 199; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 449, nr. 784; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 173, nr. 319; D. MOUGENOT, *La preuve*, 345, nr. 295; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 367, nr. 838; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 424, nr. 591).

4. Gedingbeslissend

396 Artikel 1357 BW eist dat de eed gedingbeslissend is. Hij moet door de ene partij aan de andere worden opgedragen om de oplossing van het geding daarvan te laten afhangen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 425, nr. 595). De eed moet dan ook betrekking hebben op een feit van aard om het kwestieuze geschilpunt definitief te beëindigen (Cass. 14 januari 1892, *Pas.* 1892, I, 76; Cass. 13 maart 1930, *Pas.* 1930, I, 161; Cass. 16 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1251; Cass. 27 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 817; Bergen 27 januari 1982, *Pas.* 1982, II, 139, noot; J. BLOCKX, noot onder Antwerpen 15 januari 1992, *Rev.not.b.* 1994, 197). Dat veronderstelt dat de feiten die het voorwerp van de eed uitmaken, klaar en duidelijk geformuleerd zijn (H. DE PAGE, *Traité*, 1123, nr. 1046). Komen dus niet in aanmerking: feiten die geen einde zouden stellen aan het geschil (Rb. Namen 15 mei 1990, *RRD* 1991, 276; Bergen 27 januari 1982, *Pas.* 1982, II, 139) of feiten die dubbelzinnig of complex zijn (Arbrb. Charleroi 16 juni 1987, *JT* 1987, 688). Niet vereist is evenwel dat het betrokken feit beslissend is voor de definitieve afloop van het geding. De eed kan dus betrekking hebben op een tussengeschied (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 176, nr. 327; D. MOUGENOT, *La preuve*, 348, nr. 299; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 375, nr. 867, voetnoot 46). Anderzijds belet de omstandigheid dat de eed wordt opgedragen omtrent meerdere feiten niet dat de eed zijn gedingbeslissend karakter behoudt (Cass. 17 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 993).

397 Aangezien de eed van aard moet zijn om het betrokken geschilpunt definitief op te lossen, kan een gedingbeslissende eed enkel

in hoofdorde worden opgedragen. Een eed is niet gedingbeslissend wanneer hij slechts subsidiair wordt opgedragen, onder de voorwaarde dat de partij die hem opdraagt wordt afgewezen van zijn hoofdvordering of onder voorbehoud van hoger beroep (Cass. 2 juni 1922, *Pas.* 1922, I, 339; Cass. 13 maart 1930, *Pas.* 1930, I, 161; Cass. 16 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1251; Cass. 27 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 817; Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142; Rb. Nijvel 2 oktober 1998, *JLMB* 1999, 482; *anders*: L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 238, nr. 200; H. DE PAGE, *Traité*, 1126, nr. 1049; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 426, nr. 597).

5. Strikte vormvoorwaarden

398 De eed wordt door een procespartij opgedragen in conclusies die zijn formule vermelden en die precies en duidelijk de feiten aanduiden die er het voorwerp van uitmaken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 351, nr. 302; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 381, nr. 881). Daarbij moet de partij die de eed opdraagt, zelf de tekst opstellen waarover de eed moet worden afgelegd (Rb. Namen 8 oktober 1984, *RRD* 1985, 46). Die partij formuleert de bewoordingen van de eed inbegrepen de feiten waarop hij betrekking heeft. Met bewoordingen wordt hier bedoeld de formule die aan de tegenpartij wordt overhandigd om ze te herhalen (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 690-691; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 238, nr. 200; D. MOUGENOT, "La preuve" in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 150, nr. 172; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 451, nr. 788). Die formule moet klaar en duidelijk opgesteld zijn (Kh. Leuven 14 januari 1969, *BRH* 1971, 91; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 376, nr. 867). Wel te verstaan is dat die formule niet de weergave is van het standpunt van de eedopdragende partij, doch wel van dat van de partij aan wie de eed wordt opgedragen (hetgeen voortvloeit uit haar persoonlijk karakter). Zo niet is er geen sprake van een gedingbeslissende eed, doch wel van een gerechtelijke bekentenis (Antwerpen 17 november 1997, *AJT* 1998-99, 118, noot B. WYLLEMAN).

399 Vervolgens is het aan de partij aan wie de eed opgedragen werd om dienaangaande standpunt in te nemen. Van zodra de partij aan wie de eed is opgedragen de eedaflegging heeft aanvaard, kan die aanvaarding niet meer worden herroepen. Ook de partij die de eed heeft opgedragen of teruggewezen, kan daarop niet meer terugkomen wanneer de tegenpartij zich bereid heeft verklaard de eed af te leggen (art. 1364 BW). Tot op dat moment kan de eedopdraging of de terugwijzing dus wel nog worden herroepen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 430, nr. 608).

400 De taak van de rechter is in beginsel beperkt tot het vaststellen van de door de procespartijen gekozen weg. Toch is de taak van de rechter niet volstrekt passief. De rechter beoordeelt soeverein het al

dan niet vervuld zijn van de voorwaarden, de toelaatbaarheid en de opportuniteit van de opgedragen gedingbeslissende eed (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 431, nr. 611).

Zo beoordeelt de rechter of de eed wel betrekking heeft op feiten waarbij de partij aan wie hij wordt opgedragen persoonlijk betrokken was en of de feiten voorwerp van de eed wel gedingbeslissend zijn.

Tevens controleert de rechter of er geen reden van niet-toelaatbaarheid speelt (A. DE BOECK EN H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 73; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 238, nr. 200; D. MOUGENOT, *La preuve*, 349, nr. 299).

Doorgaans wordt aangenomen dat de rechter daarenboven soeverein nagaat of de feiten (zelfs in de veronderstelling dat aan al de voornoemde voorwaarden is voldaan) al dan niet dienstig en nuttig kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil, met dien verstande dat hij zijn beslissing in dat verband wel moet motiveren (Cass. 6 augustus 1915, *Pas.* 1915, I, 444). Zo kan hij de eedopdracht bijvoorbeeld afwijzen omdat hij van oordeel is dat uit de bewezen elementen van het geding al blijkt dat de eedopdragende partij de zaak moet winnen of verliezen, of, omdat de geveerde feiten onderling tegenstrijdig en onwaarschijnlijk zijn, of nog, omdat het opdragen van de gedingbeslissende eed enkel een dilatoire of tergende doelstelling heeft (Cass. 23 november 1876, *Pas.* 1877, I, 26; Cass. 14 januari 1892, *Pas.* 1892, I, 76; Brussel 17 juni 1959, *Pas.* 1961, II, 51; Luik 4 juni 1962, *JL* 1963-64, 297; Luik 13 mei 1986, *JL* 1986, 414; Rb. Namen 8 oktober 1984, *RRD* 1985, 46; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 176, nr. 328; D. MOUGENOT, *La preuve*, 349, nr. 299; H. DE PAGE, *Traité*, 1124, nr. 1046; anders: N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 377-381, nrs. 872-880).

Op dezelfde wijze onderzoekt de rechter ook of al dan niet is voldaan aan de voorwaarden, aan de toelaatbaarheid en aan de opportuniteit ingeval degene aan wie de eed opgedragen werd, deze wil terugwijzen. Zo gaat hij bijvoorbeeld na of de eed wel betrekking heeft op een feit dat gemeenschappelijk is aan beide partijen.

Op basis van zijn onderzoek kan de rechter de eed opleggen of integendeel de eedopdracht afwijzen (Luik 4 juni 1963, *JL* 1963-64, 297).

Beslist de rechter dat aan de voorwaarden, aan de toelaatbaarheid en aan de opportuniteit voor de gedingbeslissende eed is voldaan, dan wordt deze opgelegd bij vonnis, waarin de feiten waarover de eed moet worden afgelegd, zijn bepaald (art. 1005 Ger.W.).

Daarbij mag de rechter een onduidelijke of dubbelzinnige formulering in de eedopdracht (naar de vorm) verbeteren, zonder evenwel het voorwerp van de eed (zijn inhoud) te wijzigen. Kan dat niet, dat moet de rechter de eedopdracht verwerpen. De gedingbeslissende eed blijft immers het werk van de partijen (Cass. 15 maart 1945, *Pas.* 1945, I, 134; Antwerpen 16 mei 1984, *RW* 1987-88, 748; Kh. Leuven 14 juni 1969, *BRH* 1971, 91). Handelt de rechter toch anders en wijzigt de rechter de bewoordingen van de eed op een voor die partij onaanvaardbare wijze, dan kan de eed ook nog nadien worden herroepen (Cass. 15 maart 1945, *Pas.* 1945, I, 134; F. MOURLON-

BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 178, nr. 335; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 381, nr. 882; H. DE PAGE, *Traité*, 1125, nr. 1047; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 431, nr. 612).

401 De eed wordt in principe afgelegd op de terechtzitting door de procespartij in persoon en in aanwezigheid van de andere partij die daartoe moet opgeroepen zijn bij gerechtsbrief (art. 1006 Ger.W.).

Wanneer de partij die de eed moet afleggen zonder wettige reden niet verschijnt op de zitting die is vastgesteld met het oog op de eedaflegging, geldt dat gedrag als weigering om de eed af te leggen (Rb. Namen 28 mei 1979, *RRD* 1979, 1004). Maar, de rechter kan oordelen dat een vraag tot uitstel van eedaflegging, gedaan door de partij aan wie de eed werd opgedragen, geen weigering uitmaakt om de eed af te leggen (Cass. 29 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 459).

Wanneer de partij aan wie de gedingbeslissende eed is opgedragen daarover het stilzwijgen bewaart en geen standpunt inneemt (aannemen, terugwijzen of weigeren), kan de rechter uit dat stilzwijgen afleiden dat zij erkent dat de beweringen van de tegenpartij waar zijn (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 428, nr. 605). In dat geval moet de rechter dat stilzwijgen uitleggen op basis van de feitelijke omstandigheden van de zaak (Cass. 26 september 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 97). In voorkomend geval kan het gaan om een stilzwijgende gerechtelijke bekentenis (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 179, nr. 337; D. MOUGENOT, *La preuve*, 352, nr. 303; H. DE PAGE, *Traité*, 1137, nr. 1063).

Voor zover hij daartoe bevoegd is kan de eedaflegging (zoals het opdragen of de terugwijzing) in principe gebeuren door een vertegenwoordiger van de partij aan wie de eed werd opgedragen. Conventionele vertegenwoordigers kunnen de eed afleggen, mits daartoe te beschikken over een bijzonder mandaat (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 374, nr. 861; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 428, nr. 603). Wettelijke vertegenwoordigers van onbekwamen kunnen dat integendeel niet. De eed moet immers worden opgedragen aan de partij zelf en betrekking hebben op een feit dat haar eigen is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 375, nr. 861). Organen van een rechtspersoon kunnen de eed dan weer wel afleggen binnen de grenzen van de bevoegdheden die hen krachtens de wet of de statuten toekomen (Brussel 23 mei 1960, *RPS* 1961, 105), of, daarbuiten krachtens een bijzonder mandaat en voor zover de eed betrekking heeft op een feit dat hen eigen is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 374, nr. 864).

De eed moet worden afgelegd volgens de formule die is neergelegd in het vonnis waarbij hij wordt bevolen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 382, nr. 885). Bij substantiële wijziging van

de eedformule is er geen eedaflegging (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 383, nr. 892).

Noch het Burgerlijk Wetboek, noch het Gerechtelijk Wetboek bevatten vermeldingen aangaande de formaliteiten die bij de eedaflegging in acht moeten worden genomen. Als plechtige verklaring moet de eed in ieder geval worden voorafgegaan door de woorden “ik zweer...”. Niet voldoende zijn de woorden “ik verklaar” (Cass. 25 juni 1971, *Pas.* 1971, I, 1028, noot W.G.). Maar toevoegingen zoals “in eer en geweten” of uiterlijke tekenen zoals de opgeheven hand zijn niet noodzakelijk. *Mutatis mutandis* kan worden verwezen naar de eedformule bedoeld bij artikel 934 Ger.W. (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 179, nr. 335; D. MOUGENOT, *La preuve*, 351, nr. 302; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 383, nr. 889; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 436, nr. 630).

C. DE TOELAATBAARHEID

1. In principe: altijd toegelaten

402 Krachtens artikel 1358 BW kan de eed worden opgedragen omtrent alle geschillen van welke aard ook. Hij kan worden opgedragen in elke stand van het geding (zelfs voor het eerst in graad van hoger beroep en in principe ook na herroeping van een vorige eed) en ongeacht het al dan niet bestaan van andere bewijsmiddelen. Hij kan betrekking hebben, hetzij op de eis, hetzij op het verweer, ook al bestaat er nog geen begin van bewijs van het aangevoerde feit (art. 1360 BW). De eed is dus in principe steeds toegelaten, ook en zelfs wanneer het bewijs door getuigen of vermoedens niet toegelaten is en ongeacht de afwezigheid van een begin van bewijs door geschrift. Ook als tegenbewijs van zelfs onweerlegbare wettelijke vermoedens kan de eed in principe worden aangewend (bv. art. 2275, eerste lid BW; Rb. Namen 28 mei 1979, *RRD* 1979, 1004). Hij heeft in beginsel hetzelfde toepassingsgebied als de bekentenis (Antwerpen 2 juni 1981, *T.Not.* 1983, 304, noot R. CELIS; Rb. Namen 15 januari 1990, *JT* 1990, 458; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 73-74; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 238, nr. 200; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2448, nr. 1817; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 177, nr. 329; D. MOUGENOT, *La preuve*, 350, nr. 301; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 371, nr. 853; H. DE PAGE, *Traité*, 1120, nr. 1043; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 72, nr. 1320; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 426, nr. 597). Wettelijke toepassingsgevallen kan men bijvoorbeeld terugvinden in artikelen 1715 en 2275, eerste lid BW. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Namen 15 januari 1990, *JT* 1990, 458.

2. Uitzonderingen

403 Op de principiële toelaatbaarheid van de gedingbeslissende eed, bestaan meerdere uitzonderingen. De gedingbeslissende eed is niet toegelaten ingeval zij verboden is door een bijzondere wetsbepaling, in materies waarover de partijen niet kunnen beschikken, bij mogelijke strafrechtelijke vervolging en in kort geding.

a. Ingevolge een bijzondere wettekst

404 De eed is niet toegelaten wanneer hij door een bijzondere wetsbepaling is uitgesloten (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-77, nr. 5432).

405 Zoals de bekentenis, mag de eed bijvoorbeeld niet opgedragen worden:

- om het bestaan te bewijzen van een plechtige overeenkomst (Vred. Rochefort 18 september 1942, *Pas.* 1942, III, 93);
- alsook om het tegenbewijs te leveren van authentieke vermeldingen in een authentieke akte waartegen slechts kan bewezen worden door middel van een procedure van betichting wegens valsheid (Antwerpen 2 juni 1981, *RW* 1982-83, 2474 en *T.Not.* 1983, 304, noot R. Celis): maar de eed kan wel worden aangewend tot tegenbewijs van niet-authentieke vermeldingen (Brussel 10 september 1986, *Turnh.Rechtsl.* 1987, 9; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 426, nr. 597).

406 Om dezelfde reden is de eed niet toegelaten om het tegenbewijs te leveren van het gezag van gewijsde of van een bekentenis (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 376, nr. 868 en 379-380, nr. 877).

b. Omdat het gaat om een daad van beschikking

407 Het opdragen, het terugwijzen, het afleggen en het weigeren van een gedingbeslissende eed zijn daden van beschikking (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-78, nr. 5433; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2449, nr. 1818). Vandaar dat, zoals de bekentenis, de eed niet toegelaten is in materies waarover de partijen niet kunnen beschikken.

408 Dat is het geval met materies van openbare orde, bijvoorbeeld in strafrechtelijk gesanctioneerde materies (Arbh. Luik 21 april 1993, *JTT* 1994, 147) of als tegenbewijs van een onweerlegbaar wettelijk vermoeden dat op de openbare orde gebaseerd is.

409 Hetzelfde geldt wanneer de partijen niet bekwaam zijn om te beschikken over de materie waarin ze de eed willen opdragen of waarin hen de eed wordt opgedragen, in welk geval de eed hen niet tegenwerpbaar is. In geval van gedeeltelijke onbekwaamheid, is de eed enkel mogelijk in verband met de rechten waarover de onbekwame de beschikking heeft behouden. In geval van volledige onbekwaamheid (bv. art. 502 BW inzake de onbekwaamverklaring), moet de onbekwame worden vertegenwoordigd (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 177, nr. 331; D. MOUGENOT, *La preuve*, 349, nr. 300; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 372, nr. 855; H. DE PAGE, *Traité*, 1127, nr. 1050.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 427-428, nr. 602).

c. Niet in geval van mogelijke strafrechtelijke vervolging

410 De gedingbeslissende eed mag niet worden opgedragen omtrent feiten die de eedaflegger kunnen blootstellen aan strafrechtelijke vervolging (Rb. Brussel 15 juli 1954, *RGAR* 1954, 5434; Rb. Brussel 20 april 1956, *Pas.* 1957, III, 71; Arbrb. Turnhout 1 februari 1999, *JTT* 1999, 243; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2449, nr. 1817; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 426, nr. 597). Geoordeeld werd dat, wanneer bij betichting van bedrieglijke verduistering, de betichte aan de burgerlijke partij de eed opdraagt over de oprechtheid van het contract waarop het hem ten laste gelegde misdrijf een inbreuk zou uitmaken, de rechter in beginsel het opdragen van de eed niet ontoelaatbaar kan verklaren. Dat is alleen anders wanneer de eed slaat op het bestaan van het misdrijf (Cass. 11 februari 1935, *Pas.* 1935, I, 147). De eed is daarentegen wel toegelaten omtrent een ongeoorloofd feit (D. MOUGENOT, *La preuve*, 350, nr. 301; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 371, nr. 854; H. DE PAGE, *Traité*, 1121, nr. 1043).

d. Niet in kort geding

411 Ten slotte is de gedingbeslissende eed niet toegelaten in kort geding. De eed is immers bedoeld om het geding te beëindigen. Dat is onverenigbaar met het voorlopig karakter van de uitspraak van de kortgedingrechter (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 376-377, nrs. 869-871; anders: H. DE PAGE, *Traité*, 1124, nr. 1046).

D. DE BEWIJSKRACHT

412 De gedingbeslissende eed heeft enerzijds een volledige, definitieve en onherroepelijke bewijskracht en anderzijds een relatieve werking.

1. Volledige, definitieve en onherroepelijke bewijskracht

413 Krachtens artikel 1357, 1° BW beslechten de eedaflegging of de weigering de eed af te leggen het geschil op

definitieve wijze. De bewijskracht van de gedingbeslissende eed is dus volledig of absoluut (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 432, nr. 613). De absolute of volledige bewijskracht van de gedingbeslissende eed vloeit voort uit de eenzijdige wilsuiting van de eedopdragende of terugwijzende partij (die zich ertoe verbonden heeft zich te onderwerpen aan het woord van de eedafleggende partij) of van de tegenpartij die weigert de eed af te leggen (hetgeen een stilzwijgende bekentenis impliceert van het tot dan betwiste feit). Het behoort tot het wezen van de gedingbeslissende eed dat hij een einde maakt aan het geschil (Cass. 27 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 816). De civielrechtelijke betwisting omtrent het rechtsfeit waarvan het bestaan ontkend werd, neemt definitief (en onherroepelijk) een einde (Cass. 22 november 2005, *P&B* 2006, 147 en *Pas.* 2005, I, 2315, concl. PG M. DE SWAEF; Cass. 27 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 817; Cass. 15 mei 2007, *RW* 2008-09, 1467, noot S. VAN OVERBEKE; H. DE PAGE, *Traité*, 1114-1115, nr. 1039.C). Ook de rechter is verplicht om de vordering of de exceptie af te wijzen (in geval van opdragen) of toe te kennen (in geval van terugwijzen) conform de inhoud van de eed. Ook al twijfelt hij aan de oprechtheid daarvan, dan nog moet hij dienovereenkomstig oordelen. Op dat punt beschikt de rechter over geen enkele appreciatiebevoegdheid (Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2452, nr. 1821; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 72, nr. 1330).

414 De door de eedopdraging gedane wilsuiting kan niet worden herroepen. Artikel 1363 BW voegt daaraan toe dat, wanneer de opgedragen of de teruggewezen eed werd afgelegd, de tegenpartij niet ontvankelijk is om de valsheid daarvan te bewijzen (Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot). De eedopdragende partij kan het feit, voorwerp van de eedaflegging, om welke redenen ook niet meer opnieuw voor welk gerecht ook ter sprake brengen. Het geding is dus definitief beoordeeld, ook al wordt naderhand de valsheid van de eed beproven, hetzij ingevolge strafrechtelijke vervolgingen, hetzij ingevolge de ontdekking van nieuwe stukken. Aan de oplossing die burgerlijk ingevolge de (valse) eed aan het geschil werd gegeven, kan geen afbreuk meer worden gedaan (Cass. 22 november 2005, *P&B* 2006, 147 en *Pas.* 2005, I, 2315, concl. PG M. DE SWAEF; Cass. 27 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 817; Cass. 15 mei 2007, *RW* 2008-09, 1467, noot S. Van Overbeke; Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-80, nr. 5445; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2452, nr. 1821; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 150, nr. 172; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 384-385, nr. 897).

415 De definitieve en onherroepelijke bewijskracht van de gedingbeslissende eed heeft tot gevolg dat, ongeacht het recht van het Openbaar Ministerie om de strafvordering in te stellen wegens valse gedingbeslissende eed (art. 226 Sw.), door de tegenpartij van de eedaflegger geen schadevergoeding wegens dit feit kan worden gevorderd bij wijze van burgerlijke partijstelling (Cass. 22 november 2005, *P&B* 2006, 147 en *Pas.* 2005, I, 2315, concl. PG M. DE SWAEF; Cass. 15 mei 2007, *RW* 2008-09, 1467, noot S. VAN OVERBEKE; Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot). Het kan hem hoogstens een morele genoegdoening opleveren.

Al evenmin kan de strafvordering wegens dat feit op initiatief van de tegenpartij van de eedaflegger op gang worden gebracht (Cass. 22 november 2005, *P&B* 2006, 147, *Pas.* 2005, I, 2315, concl. PG M. DE SWAEF; Brussel 9 april 1993, *JLMB* 1993, 1470; Antwerpen 23 december 1994, *Turnh.Rechtsl.* 1994-95, 60; Gent 23 april 2002, *T.Strafr.* 2003, 124).

De procedure van burgerlijke valsheid is uiteraard ook uitgesloten (Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot; A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 74; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 239, nr. 200).

Een hoger beroep over de grond van de zaak hetzij tegen het vonnis waarbij op verzoek van de eiser in hoger beroep de gedingbeslissende eed werd bevolen, hetzij tegen het vonnis waarbij hij naderhand op basis van de afgelegde gedingbeslissende eed (of de tegenpartij in geval van weigering daarvan), is in beginsel niet ontvankelijk. De eiser in hoger beroep heeft immers bij voorbaat in die vonnissen berust (Cass. 2 juni 1922, *Pas.* 1922, I, 339; Cass. 13 maart 1930, *Pas.* 1930, I, 161; Brussel 9 april 1993, *JLMB* 1993, 1470; Bergen 12 januari 2010, *JLMB* 2012, 238, noot). Hoger beroep is daarentegen wel mogelijk tegen een vonnis waarbij wordt geoordeeld over de toelaatbaarheid van de eedopdraging (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2453, nr. 1821; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 432, nr. 614).

Ook een verzoek tot herroeping van het gewijsde, meer bepaald op grond van artikel 1133, 4° Ger.W. (indien recht gedaan is op stukken, getuigenissen, verslagen van deskundigen of eden, die na de beslissing vals zijn bevonden of verklaard), is niet toegelaten. Artikel 1363 BW werd bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek immers niet uitdrukkelijk afgeschaft, terwijl krachtens artikel 2 van dat wetboek elke stilzwijgende afschaffing uitgesloten is. Bovendien is de uitspraak na de gedingbeslissende eed niet gebaseerd op de overtuiging van de rechter, terwijl artikel 1133, 4° Ger.W. precies de gevallen beoogt waarin de overtuiging van de rechter door valsheid werd beïnvloed (Kh. Sint-Niklaas 4 maart 1969, *RW*

1969-70, 873; R. JACOB, "Behelzen de eden van art. 1133, 4° van het Gerechtelijk Wetboek de beslissende eed van art. 1358 à 1365 van het Burgerlijk Wetboek?", *RW* 1969-70, 559; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2453, nr. 1821; D. MOUGENOT, *La preuve*, 352, nr. 303; anders: A. LEPAIGE, *Précis de droit judiciaire, Les voies de recours*, t. IV, 188 e.v.; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1985, 399, nr. 553; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 180, nr. 339; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 432, nr. 615).

Maar een procespartij die de eed heeft opgedragen, teruggewezen, afgelegd of geweigerd, mag wel de nietigverklaring van die rechtshandelingen vorderen, wanneer niet is voldaan aan alle geldigheidsvoorwaarden daarvan, bijvoorbeeld wegens de wilsgebreken dwaling, bedrog of geweld. In dat geval wordt niet de oprechtheid van de afgelegde eed aangevochten (hetgeen verboden is), doch wel de rechtshandelingen die hem mogelijk hebben gemaakt. Concreet zal dat moeten gebeuren via de aanwending van een rechtsmiddel tegen het vonnis waarbij de eed wordt opgelegd (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 239, nr. 200; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 179, nr. 336; D. MOUGENOT, *La preuve*, 352, nr. 303; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 382, nr. 884 en 389, nr. 898; H. DE PAGE, *Traité*, 1134, nr. 1059; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 431, nr. 610).

416 Over de juridische aard van de gedingbeslissende eed bestaat geen eensgezindheid.

Traditioneel wordt de gedingbeslissende eed bestempeld als een dading (Cass. 8 juni 1879, *Pas.* 1879, I, 293; Antwerpen 23 december 1994, *Turnh.Rechtstl.* 1994-95, 60; G. GHEYSEN, "Dading en gedingbeslissende eed", *RW* 1967, 873): de eedopdragende partij doet afstand van haar aanspraak op voorwaarde dat de tegenpartij aanvaardt de eed af te leggen. Er is echter geen sprake van wederzijdse toegevingen (H. DE PAGE, *Traité*, 1119, nr. 1042.C). Bovendien is de gedingbeslissende eed ook geen overeenkomst. Degene aan wie de eed wordt opgedragen of teruggewezen, kan immers niet opteren voor een afhandeling van het geschil volgens de wettelijke bewijsregeling (en voor het behoud van de voordelen die deze regeling voor hem meebrengt) en heeft al evenmin de vrije keuze om de eed te aanvaarden of te weigeren. In dat laatste geval verliest hij zijn exceptie of zijn eis. Hij wordt dus eigenlijk gedwongen de eed te aanvaarden. In dergelijke omstandigheden is geen sprake van wilsovereenstemming (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 175, nr. 323; D. MOUGENOT, *La preuve*, 347, nr. 298; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 370, nrs. 850-851; H. DE PAGE, *Traité*, 1107, nr. 1035, nr. 1039-B en 1116-1120, nr. 1042). Niettemin vertoont de gedingbeslissende eed toch een conventioneel aspect: hij komt tot stand ingevolge een vraag van de eedopdragende partij. Voor degene die hem opdraagt impliceert de eed een verbintenissen

door eenzijdige wilsverklaring om genoeg te nemen met het antwoord van de tegenpartij (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 449, nr. 785-786).

Vandaar dat de gedingbeslissende eed thans doorgaans wordt gekwalificeerd als een instelling *sui generis* (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2448, nr. 1816; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 175, nr. 323; H. DE PAGE, *Traité*, 1111, nr. 1037.C en 1120, nr. 1042.C; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 425, nr. 596).

417 Omwille van haar werking op bewijsrechtelijk vlak wordt over het algemeen verdedigd dat de gedingbeslissende eed in werkelijkheid geen bewijsmiddel is, doch wel een vrijstelling van bewijslast impliceert. De gedingbeslissende eed vervangt de regeling inzake de bewijslast en is vooral een middel om een einde aan het geding te stellen. Omwille van de bewijskracht die eraan verbonden is, behandelt het Burgerlijk Wetboek de gedingbeslissende eed niettemin als een bewijsmiddel (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2445-2446, nr. 1813; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-77, nr. 5429; D. MOUGENOT, *La preuve*, 347, nr. 298; H. DE PAGE, *Traité*, 1116, nr. 1041).

418 De volledige, definitieve en onherroepelijke bewijskracht heeft tot gevolg dat aan de gedingbeslissende eed grote gevaren verbonden zijn. De eed moet dan ook met grote omzichtigheid worden benaderd. Hij veronderstelt immers eerlijke en gewetensvolle procespartijen. De ervaring leert echter dat in het raam van geschillen zelden aan die veronderstelling is voldaan. Die realiteit wordt wel getemperd door het feit dat meined krachtens artikel 226 Sw. strafbaar is, zij het dat de strafvordering slechts door het Openbaar Ministerie kan worden ingesteld en dat zulks op burgerlijk gebied zonder gevolgen blijft (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 237, nr. 199; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 179, 246; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 150, nr. 172; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 423, nr. 589). Precies omwille van de daaraan verbonden inherente gevaren en zijn verstrekkende gevolgen (definitieve en onherroepelijke vaststelling van de uitkomst van het geschil), is de gedingbeslissende eed in de praktijk nagenoeg totaal in onbruik geraakt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 345, nr. 295).

2. Relatieve werking

419 De gedingbeslissende eed heeft in principe alleen bewijskracht ten voordele of ten nadele van hem die de eed heeft opgedragen (art. 1365, eerste lid BW). Ze stelt enkel een einde aan de betwisting tussen de partij die de eed opdraagt en deze aan wie hij opgedragen wordt. Wanneer er bijvoorbeeld meerdere schuldeisers of schuldenaars zijn, heeft de eed alleen bewijskracht ten voordele of ten nadele van de

schuldeiser of van de schuldenaar die hem heeft opgedragen. De beslissing die ingevolge die eed door de rechter wordt genomen heeft enkel tussen de partijen gezag van gewijsde. Een derde kan derhalve geen schade lijden door een eed die hem niet aanbelangt (Cass. 22 november 2005, *P&B* 2006, 147 en *Pas.* 2005, I, 2315, concl. PG M. DE SWAEF).

420 Diezelfde bewijskracht geldt in beginsel ook ten aanzien van de erfgenamen van de voormelde partijen en ten aanzien van hun schuldeisers.

Wat de erfgenamen betreft, wordt hier het geval bedoeld waarin de partij die de eed heeft opgedragen naderhand overlijdt. Wanneer daarentegen de partij aan wie de eed werd opgedragen overlijdt vooraleer hij de eed heeft kunnen afleggen of terugwijzen of heeft kunnen weigeren dat te doen, blijft de eedopdraging zonder enig gevolg (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 389, nr. 899).

Ook tegenover de schuldeisers van de partijen heeft de gedingbeslissende eed in beginsel bewijskracht. Dat is alleen anders in geval van bedrog van de schuldenaar (art. 1167 BW).

421 Artikel 1365 BW regelt verder de uitgestrektheid van de werking van de afgelegde eed in verschillende bijzondere hypothesen, inzonderheid bij hoofdelijkheid en borgtocht:

- wanneer de eed is opgedragen door een van de hoofdelijke schuldeisers, bevrijdt hij de schuldenaar alleen voor het aandeel van die schuldeiser en kan hij aan de overige schuldeisers niet worden tegengeworpen (art. 1366, tweede lid BW);
- een eed aan de hoofdschuldenaar opgedragen, bevrijdt eveneens de borgen (art. 1365, derde lid BW);
- de eed aan een van de hoofdelijke schuldenaars opgedragen, strekt ten voordele van de medeschuldenaars (art. 1366, vierde lid BW);
- de eed aan de borg opgedragen, strekt tot voordeel van de hoofdschuldenaar (art. 1365, vijfde lid BW);
- in de laatste twee gevallen geldt die werking van de eed enkel wanneer hij is opgedragen omtrent de schuld zelf en niet omtrent de hoofdelijkheid of de borgtocht (art. 1365, laatste lid BW).

AFDELING V

DE BEWIJSMIDDELEN MET EEN BEPAALDE BEWIJSKRACHT

422 Er zijn drie bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht: de (onweerlegbare en weerlegbare) wettelijke vermoedens, de (authentieke en onderhandse) akten en de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften.

§ 1. De wettelijke vermoedens

A. DEFINITIE

423 Artikel 1349 BW bepaalt dat *vermoedens* gevolgtrekkingen zijn die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit.

424 Bij *wettelijke vermoedens* wordt de rechter verplicht uit een vaststaand feit een ander ongekend en te bewijzen feit af te leiden. In al die gevallen verkiest de wetgever de gevolgtrekking uit het bekende feit niet aan het beleid van de rechter over te laten. Meerdere overwegingen brengen de wetgever tot die optie. Vaak acht de wetgever de gevolgtrekking zo waarschijnlijk dat hij de waarschijnlijkheid verheft tot algemene regel (bv. art. 1908 BW). In andere gevallen spelen overwegingen van openbare orde, of ruimer, van algemeen belang (bv. het gezag van gewijsde) een rol. Soms ook zijn wettelijke vermoedens gegrond op een bewijsvoordeel dat de wetgever wil instellen ten voordele van de begunstigde daarvan, zoals bijvoorbeeld in geval van artikel 2268 BW (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2271, nr. 1655; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 437, nr. 770 en 439, nr. 772; H. DE PAGE, *Traité*, 961, nr. 933).

B. ESSENTIËLE BESTANDDLEN

1. *Gevolgtrekking gebaseerd op een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit*

425 Vermoedens steunen niet op vaststellingen van feiten met een eigen onmiddellijke en rechtstreekse bewijswaarde. Precies omdat feiten met dergelijke bewijswaarde ontbreken, is men verplicht genoeg te nemen met gevolgtrekkingen. Die gevolgtrekkingen impliceren steeds een *redenering* van *inductieve* aard en vormen daarom een onrechtstreeks bewijsmiddel (Gent 8 mei 1990, *TGR* 1990, 114; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 437, nr. 770; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 143, nr. 259; D. MOUGENOT, *La preuve*, 282, nr. 231; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 100, nr. 184; H. DE PAGE, *Traité*, 949-950, nr. 924).

426 Uitgangspunt van de *redenering* moet een bekend feit zijn, zijnde een bewezen feit, tenzij het gaat om een feit dat niet moet worden bewezen, zoals bijvoorbeeld een algemeen bekend feit. Een persoonlijke opvatting van de rechter komt niet in aanmerking (Cass. 15 oktober 1992, *JT* 1993, 226; Cass. 11 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 62; Cass. 19 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1439; Cass. 17 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1888; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120). Artikel 1349 BW wordt geschon- den door het arrest dat, hoewel het weigert te onderzoeken of de feitelijke gegevens die het aanhaalt als bekende feiten moeten worden aangemerkt,

niettemin uit die gegevens tot een onbekend feit besluit (Cass. 18 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 335).

427 Uit het feit dat vaststaat, wordt een ongekend en te bewijzen feit afgeleid (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 175, nr. 239; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 229, nr. 190). Zoals reeds gezegd is die afleiding dikwijls gebaseerd op de graad van waarschijnlijkheid, op de normale gang van zaken (*quod plerumque fit*) en gaat ze meer bepaald uit van de overtuiging dat, indien het onbekende feit niet bestond, ook het gekende feit zich niet zou voorgedaan hebben. Zo leidt de wet bijvoorbeeld uit het bekende feit dat de schuldeiser kwijting voor het kapitaal heeft gegeven, zonder voorbehoud van de intrest, op grond van de graad van waarschijnlijkheid het onbekende, te bewijzen feit van de bevrijding van de schuldenaar inzake de intrest af (art. 1908 BW). Het vermoeden is daarbij niet het bekende feit dat als uitgangspunt van de redenering dient (al wordt dat in de omgangstaal vaak zo voorgesteld), doch wel de gevolgtrekking die eruit wordt afgeleid. De tekst van artikel 1349 BW laat daaromtrent geen twijfel toe.

428 Uit wat voorafgaat vloeit voort dat geen wettelijke vermoedens zijn, de gevallen waarin de wetgever preciseert dat een ongekend, betwist feit niet wordt vermoed en dat degene die het inroept daarvan de subjectieve bewijslast draagt. Zie bijvoorbeeld de verwerping van een nalatenschap (art. 784 BW), het bedrog (art. 1116 BW) en de hoofdelijkheid (art. 1202 BW). Die bepalingen vormen integendeel een wettelijke bevestiging van de gemeenrechtelijke principes inzake de objectieve en de subjectieve bewijslast.

2. *Gevolgtrekking door de wetgever*

429 Uit artikel 1349 BW vloeit voort dat er twee soorten vermoedens bestaan: de wettelijke vermoedens en de rechterlijke of feitelijke vermoedens. In het eerste geval maakt de wet de gevolgtrekking waarvan hierboven sprake, in het tweede geval doet de rechter dat. Het voornaamste verschil tussen beide is dat in het laatste geval de rechter vrij is, terwijl hij bij wettelijke vermoedens verplicht is uit een bepaald feit het wettelijk voorgeschreven gevolg te trekken (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 62, nr. 36; D. MOUGENOT, *La preuve*, 282, nr. 232; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 100, nr. 185; H. DE PAGE, *Traité*, 950-952, nr. 925; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 371, nr. 511).

Soms wordt nog een derde soort vermoedens onderscheiden, de zogenaamde *quasi*-wettelijke vermoedens, zijnde meer bepaald vaststaande feiten waaraan de rechtspraak de gevolgen van wettelijke vermoedens verbindt, maar die niet berusten op een wettelijke basis (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 65, nr. 47; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 144, nr. 262; D. MOUGENOT, *La preuve*, 105, nr. 34). Voorbeel-

den van die derde soort vermoedens zijn: het vermoeden van kennis in hoofde van de professionele verkoper van gebreken waarmee de verkochte zaak behept is (zie daarover o.m. Cass. 7 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 391; Brussel 17 juni 2009, *TBBR* 2013, 110; B. DUBUISSON, “Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel”, *Ann.dr.Louvain* 1988, 177), alsook het vermoeden van hoofdelijkheid tussen contractuele medeschuldenaars in handelszaken (dat evenwel gebaseerd wordt op een handelsgewoonte en dus toch op de wet). Niettemin heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het arrest dat zijn beslissing baseert op een niet-bestaand wettelijk vermoeden (dat een bedrijfsrevisor bij het opstellen van een balans en van een winst- en verliesrekening uitgaat van hem overgelegde stukken en dat zijn verslag daarvan een juiste weergave is) artikel 1350 BW schendt (Cass. 27 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 89).

430 Hier worden enkel de wettelijke vermoedens verder onderzocht. **Wettelijke vermoedens zijn vermoedens die door de wet zijn ingesteld** (H. DE PAGE, *Traité*, 959, nr. 933). Meer bepaald gaat het om vermoedens die door een bijzondere wetsbepaling met zekere handelingen of met zekere feiten verbonden zijn (art. 1350 BW). Zij komen doorheen de wetgeving bijzonder talrijk voor.

C. SOORTEN

431 Bij artikel 1352 BW wordt voorgeschreven dat geen bewijs tegen het wettelijk vermoeden wordt toegelaten, wanneer de wet, op grond van dit vermoeden, bepaalde handelingen nietig verklaart of de rechtsvordering ontzegt, tenzij de wet het tegenbewijs heeft vrijgelaten, en onverminderd hetgeen omtrent de gerechtelijke eed en de gerechtelijke bekentenis zal worden bepaald. Uit deze wetsbepaling wordt afgeleid dat er twee soorten wettelijke vermoedens bestaan: de weerlegbare wettelijke vermoedens (de eenvoudige, voorlopige, relatieve vermoedens of vermoedens *juris tantum*) en de onweerlegbare wettelijke vermoedens (de buitengewone, definitieve, absolute vermoedens of vermoedens *juris et de jure*) (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 63-64, nr. 43 e.v.; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 67; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 51, nr. 39 en 143, nr. 260; D. MOUGENOT, *La preuve*, 104, nr. 34 en 283, nr. 233; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 102, nr. 189 en 103 e.v., nr. 192 e.v.; H. DE PAGE, *Traité*, 952, nr. 925; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 440, nr. 774, die erbij vermeldt dat niemand weet wat die middeleeuwse Latijnse adagia precies betekenen). Het onderscheid tussen beide soorten wettelijke vermoedens komt tot uiting in het verschil in bewijsrechtelijke werking. De weerlegbare wettelijke vermoedens zijn vermoedens waarbij de wet gevolgen van gekende feiten regelt, maar waarbij de

partijen met alle middelen van recht kunnen bewijzen dat de realiteit niet overeenstemt met de door de wet vastgelegde gevolgen. Bij de onweerlegbare wettelijke vermoedens is dit tegenbewijs in principe niet mogelijk (daarover verder meer onder nr. 446).

Daarnaast is soms ook nog sprake van een derde soort wettelijk vermoeden, meer bepaald het gemengd wettelijk vermoeden (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijslast en bewijsrisico” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.2-7, nr. 5114). Een gemengd wettelijk vermoeden is aan de orde telkens wanneer de wetgever weliswaar het tegenbewijs toelaat, maar tegelijkertijd bepaalt dat dit enkel op een welbepaalde wijze kan gebeuren, hetgeen zelden voorkomt (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2271, nr. 1655 en 2273, nr. 1658; D. MOUGENOT, *La preuve*, 104, nr. 34; H. DE PAGE, *Traité*, 965, nr. 935).

432 Van belang is uiteraard de vraag hoe men kan uitmaken met welk soort wettelijk vermoeden men te doen heeft. Soms bepaalt de wetgever zelf of het vermoeden dat hij in het leven heeft geroepen weerlegbaar of onweerlegbaar is. Bij gebrek aan wettelijk uitsluitel, moet, krachtens artikel 1352, tweede lid BW, het wettelijk vermoeden in beginsel als onweerlegbaar worden aangezien wanneer op grond daarvan de wet bepaalde handelingen nietig verklaart (bv. de art. 909, 911 en 1100 BW, art. 918 BW...) of de rechtsvordering ontzegt (bv. art. 313 BW, art. 1282 BW...). Daarbuiten heeft het wettelijk vermoeden een weerlegbaar karakter, hetgeen derhalve de regel is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 105, nr. 198; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 440, nr. 774; H. DE PAGE, *Traité*, 964-965, nr. 935).

Twee vaststellingen dringen zich daarbij op. Vooreerst blijkt de rechtspraak die principes niet steeds te volgen. In strijd met artikel 1352, tweede lid BW is bijvoorbeeld sprake van een onweerlegbaar wettelijk vermoeden in het geval bedoeld bij artikel 1385 BW (aansprakelijkheid voor dieren). Daarnaast moet worden vastgesteld dat in de wetgeving in ieder geval veel meer weerlegbare wettelijke vermoedens voorkomen dan onweerlegbare.

D. TOEPASSINGEN

433 In artikel 1350, tweede lid BW is een lijst opgenomen van wettelijke vermoedens. In de lijst worden vier onderscheiden gevallen van wettelijke vermoedens opgesomd, meer bepaald:

- de handelingen die de wet nietig verklaart, omdat zij uit hun aard zelf vermoed worden te zijn verricht om wetsbepalingen te ontduiken;
- de gevallen waarin de wet de eigendom of de bevrijding van schuld uit zekere bepaalde omstandigheden afleidt;
- het gezag dat de wet aan het rechterlijk gewijsde toekent;
- de kracht die de wet aan de bekentenis of aan de eed van partijen toekent.

1. *Vermoedens van wetsontduiking*

434 Als wettelijk vermoeden worden ten eerste opgesomd, rechtshandelingen die de wet nietig verklaart, omdat zij uit hun aard zelf vermoed worden verricht te zijn om wetsbepalingen te ontduiken.

Voorbeelden van dergelijke (onweerlegbare) wettelijke vermoedens zijn inzake schenkingen en testamenten ten gunste van bepaalde personen te vinden in:

- artikel 909 (vermoeden van captatie door geneesheren, officieren van gezondheid, apothekers, beheerders en personeelsleden van rustoorden, geestelijken en afgevaardigden van de Centrale Vrijzinnige Raad);
- de artikelen 911, tweede lid, 1099, tweede lid en 1100 BW (vermoeden van tussenstelling van personen voor bepaalde vrijgevheden in geval van onbekwaamheid om te ontvangen).

2. *Vermoedens van eigendomsrecht of van bevrijding van schuld*

435 In tweede instantie is sprake van wettelijke vermoedens in gevallen waarin de wet het eigendomsrecht of de bevrijding van de schuld uit bepaalde omstandigheden afleidt.

Inzake het eigendomsrecht kan hier bijvoorbeeld worden gedacht aan artikel 552, eerste lid BW, krachtens welke bepaling de eigendom van de grond in zich de eigendom bevat van hetgeen op en onder de grond is.

Wat betreft de bevrijding van de schuld, kan worden verwezen naar:

- artikel 1908 BW: kwijting voor het kapitaal, gegeven zonder voorbehoud van de intrest, leidt tot een vermoeden dat deze intrest is betaald en bevrijdt bijgevolg de schuldenaar (onweerlegbaar vermoeden);
- artikel 1282 BW: vrijwillige teruggave van de oorspronkelijke onderhandse titel door de schuldeiser aan de schuldenaar, bewijst de bevrijding van de schuldenaar (onweerlegbaar vermoeden);
- artikel 1283 BW: vrijwillige teruggave van de grosse van een titel doet kwijtschelding of betaling van de schuld vermoeden, behoudens tegenbewijs (weerlegbaar vermoeden).

3. *Het gezag van gewijsde*

436 Artikel 1350, tweede lid BW vermeldt ten derde ook als wettelijk vermoeden, het gezag dat de wet overeenkomstig artikel 23 e.v. Ger.W. aan het rechterlijk gewijsde toekent.

Onder gezag van gewijsde moet worden verstaan de bewijskracht (het gezag) die de wet onder bepaalde voorwaarden tussen de partijen hecht aan de beslissing van een

rechter (het gewijsde) over een betwist punt na een tegensprekelijk debat (vgl. Gent 13 september 2011, *P&B* 2012, 99; zie daarover o.a. J. VAN COMPERNOLLE, "Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile", *RCJB* 1984, 253 e.v.; P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde*, Antwerpen, Kluwer, 2001). Meer bepaald wordt aan die beslissing een onweerlegbaar waarheidsvermoeden (het positief aspect van het gezag van gewijsde) toegekend (*res judicata pro veritate habetur*; vgl. Cass. 20 april 1966, *RW* 1966-67, 511; Cass. 9 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1591), waardoor aan de partijen het recht wordt ontzegd om het betwist punt waarover een beslissing werd genomen, nogmaals aan de rechter voor te leggen (W. van Gerven en S. Covemeaker, *Verbintenissenrecht*, 687; L. Cornelis, *De verbintenis*, 220-221, nr. 182; R. Dekkers, A. Verbeke et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 439, nr. 773). Gebeurt dat toch, dan mag de tegenpartij een grond van niet-ontvankelijkheid opwerpen (het negatief aspect van het gezag van gewijsde), de zogenaamde exceptie van gewijsde (art. 27 Ger.W.). Het gezag van gewijsde moet aldus worden onderscheiden van de kracht van gewijsde, die de uitvoerbaarheid van een rechterlijke beslissing betreft. Een rechterlijke beslissing heeft kracht van gewijsde wanneer zij niet meer vatbaar is voor verzet of hoger beroep (art. 28 Ger.W.; Cass. 9 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1591).

De voorwaarden waaronder aan een rechterlijke beslissing gezag van gewijsde toekomt, zijn drieërlei: er moet een eindvonnis zijn gewezen dat niet door een nieuwe beslissing ongedaan is gemaakt (na aanwending van de bij de wet bepaalde rechtsmiddelen), de nieuwe vordering moet berusten op dezelfde juridische oorzaak en hetzelfde voorwerp hebben, en het eerste en het tweede geding moeten worden ingesteld tussen dezelfde partijen in dezelfde hoedanigheid (B. Samyn, *Privaatrechtelijk bewijs*, 251, nr. 272).

Het gezag van gewijsde van een rechterlijke beslissing strekt zich uit tot de motiveringen die de noodzakelijke onderbouw vormen van het beschikkend gedeelte (Cass. 1 maart 1951, *Pas.* 1951, I, 443; Cass. 15 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 739; Cass. 13 juni 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1498; Cass. 4 december 2008, *JT* 2009, 303, noot J. Van Drooghenbroeck en F. Balot). De exceptie van gewijsde mag door de partijen in elke stand van het geding worden ingeroepen. De rechter mag ze evenwel niet ambtshalve opwerpen (art. 27 Ger.W.).

De *ratio legis* van het gezag van gewijsde is te vinden in de zorg van de wetgever om maatschappelijke rust te creëren en om het vertrouwen in het gerecht te handhaven. Steeds nieuwe procedures omtrent hetzelfde geschilpunt met mogelijk onderling tegenstrijdige uitspraken zijn in dat opzicht absoluut te vermijden (R. Dekkers, A. Verbeke et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 440, nr. 773). Toelaten dat beslissingen en redengevingen van de rechter in een eerder gewezen vonnis in een navolgend geding tussen dezelfde partijen worden bestreden, zou tot gevolg hebben dat het gezag van het rechterlijk gewijsde en het daaraan verbonden wettelijk vermoeden van waarheid

van de eerdere uitspraak, waarmee de latere uitspraak eventueel onverenigbaar kan zijn, worden ondermijnd. Ook de uitvoering van de eerdere uitspraak, die zijn gezag van rechterlijk gewijsde blijft behouden, zou onmogelijk worden gemaakt, terwijl de exceptie van het rechterlijk gewijsde en het gezag van het rechterlijk gewijsde precies en onder meer tot doel hebben onverenigbare uitspraken te vermijden. Dat alles geldt, ook en zelfs al is de eerdere beslissing verkeerd of onregelmatig (Gent 13 september 2011, *P&B* 2012, 99).

Alhoewel de wetgever het gezag van gewijsde vermeldt in de lijst van de wettelijke vermoedens, wordt algemeen aangenomen dat het rechterlijk gewijsde geen bewijsmiddel in de eigenlijke zin van het woord is, doch eerder een procedurekwestie (hetgeen vooral geldt voor zijn negatief aspect). Het proces is immers beëindigd zodat er niets meer te bewijzen valt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 283, nr. 234). Vandaar trouwens dat de wetgever artikel 1351 BW heeft afgeschaft bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek en de materie daar verder geregeld heeft (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 687; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 65, nr. 45; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 143-144, nr. 261; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 108, nr. 206).

437 Wanneer de voorwaarden waaraan de wet het gezag van gewijsde onderwerpt niet vervuld zijn, mag de rechter uit de rechterlijke beslissing niettemin een feitelijk vermoeden afleiden, dit althans indien feitelijke vermoedens als bewijsmiddel toegelaten zijn (Cass. 17 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 148). Zo bijvoorbeeld kan een rechterlijke beslissing ten aanzien van derden als (weerlegbaar) feitelijk vermoeden gelden (Cass. 21 januari 2011, *Pas.* 2011, 239; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 221, nr. 182; anders in de zin van een weerlegbaar wettelijk vermoeden: Cass. 16 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 251-252; KG Kh. Luik 18 januari 2011, *JT* 2011, 892, noot N. THIRION; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 44, nr. 15). Maar, dat heeft niet tot gevolg dat die rechterlijke beslissing in hoofde van deze derden verbintenissen doet ontstaan waarvan zij zich slechts door het bewijs van het tegendeel zouden kunnen ontdoen (Cass. 28 april 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1013; Cass. 26 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 724).

4. De bewijskracht van de bekentenis en van de eed

438 Ten slotte bestempelt artikel 1350, tweede lid BW als wettelijk vermoeden de bewijskracht die de wet aan de bekentenis en aan de eed van partijen toekent. Over de bewijskracht van de bekentenis en van de gedingbeslissende eed werd hierboven onder afdeling IV reeds gehandeld. De bekentenis en de gedingbeslissende eed zijn onweerlegbaar, respectievelijk ten nadele van degene die de bekentenis heeft gedaan of ten voordele van degene die de gedingbeslissende eed heeft afgelegd. Zij zijn echter niet gelijk te stellen met wettelijke vermoedens (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit*

de la preuve, 101, nr. 187; H. DE PAGE, *Traité*, 966, nr. 936; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 372, nr. 513).

5. Andere toepassingen

439 Algemeen wordt aangenomen dat de opsomming van artikel 1350, tweede lid BW allesbehalve limitatief is. Ook buiten de gevallen vermeld in die wetsbepaling komen wettelijke vermoedens bijzonder talrijk voor (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 67; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2271, nr. 1656; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 101, nr. 187; H. DE PAGE, *Traité*, 962-963, nr. 934; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 372, nr. 513).

440 Dat wordt in eerste orde geïllustreerd door het Burgerlijk Wetboek zelf waarin tal van wettelijke vermoedens verspreid zijn opgenomen (zie daarover o.m.: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 375-379, nr. 519 en 385-386, nr. 526).

Dat is bijvoorbeeld het geval met:

- de artikelen 1384, eerste lid (aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken) en derde lid (aansprakelijkheid van aanstellers), 1385 (aansprakelijkheid voor dieren) en 1386 (aansprakelijkheid bij instorting van gebouwen) BW, die onweerlegbare aansprakelijkheidsvermoedens instellen;
- de artikelen 1384, tweede lid (aansprakelijkheid van ouders) en vierde lid (aansprakelijkheid van onderwijzers en ambachtslieden) BW, die in een weerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden voorzien: artikel 1384, vijfde lid BW bepaalt dat de aansprakelijkheid ophoudt, indien de ouders, de onderwijzers en de ambachtslieden bewijzen dat zij de daad die tot aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten.

Een belangrijk weerlegbaar wettelijk vermoeden werd ingevoerd met de nieuwe regeling inzake de consumentenkooop (wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij de verkoop van consumptiegoederen, *BS* 21 september 2004). Een gebrek aan overeenstemming leidt slechts tot aansprakelijkheid van de verkoper, indien het gebrek bestond op het ogenblik van de levering van de goederen. Voor de koper kan het moeilijk zijn het bewijs van de anterioriteit te leveren. Artikel 1649*quater*, § 4 BW komt de koper tegemoet: manifesteert zich een gebrek aan overeenstemming binnen een termijn van zes maanden vanaf de levering van het goed, dan geldt tot bewijs van het tegendeel het vermoeden dat dit gebrek bestond op het tijdstip van levering, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van het goed of met de aard van het gebrek aan overeenstemming, door onder andere rekening te houden met het feit of het goed nieuw dan wel tweedehands is. Voor de koper volstaat het bijgevolg het tijdstip te bewijzen waarop het gebrek zich heeft gemanifesteerd. Voor enkele toepassingsgevallen, zie Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122, noot R. STEENNOT; Kh. Bergen 23 november 2010, *TBBR* 2013, 112).

Andere illustraties van weerlegbare wettelijke vermoedens zijn: het vermoeden van afwezigheid (art. 112 e.v. BW), de vaststelling van de afstamming van moederszijde (art. 312 BW), de vaderschapsregel van artikel 315 BW (waarbij uit de datum van de geboorte en de datum van het huwelijk het vaderschap van de echtgenoot wordt afgeleid), het vermoeden van gemeenheid van muren (art. 653 BW) en grachten (art. 666 BW), het vermoeden dat de tijdsbepaling is bedongen ten voordele van de schuldenaar (art. 1187 BW), het vermoeden dat de huurder het gehuurde goed heeft ontvangen in de staat waarin het zich op het einde van de huurovereenkomst bevindt bij

gebrek aan plaatsbeschrijving (art. 1731 BW), de aansprakelijkheid van de huurder op grond van artikel 1733 BW voor brand, tenzij hij bewijst dat de brand buiten zijn schuld is ontstaan, alsook de regel dat goede trouw steeds wordt vermoed behoudens tegenbewijs door degene die zich op kwade trouw beroept (art. 2268 BW), de vermoedens dat bezit geldt als titel (art. 2279, eerste lid BW) en men steeds voor zichzelf als eigenaar wordt geacht te bezitten (art. 2230 BW), alsook dat de huidige bezitter die bewijst voorheen het bezit te hebben gehad, wordt geacht het ook in de tussentijd te hebben gehad (art. 2234 BW); het vermoeden van betaling als grondslag van de verjaring (art. 2272 BW)...

441 In het *Gerechtelijk Wetboek* is er bijvoorbeeld artikel 440, tweede lid (mandaat *ad litem*) dat bepaalt dat de advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken (weerlegbaar vermoeden). Overeenkomstig die wetsbepaling werd geoordeeld dat, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving vereist, de advocaat die in een akte van rechtspleging verklaart op te treden in naam van een rechtspersoon die genoegzaam is geïdentificeerd, wettelijk vermoed wordt daartoe een regelmatige lastgeving van een bevoegd orgaan van die rechtspersoon te hebben gekregen, tenzij de partij die de regelmatigheid van die lastgeving betwist, het tegendeel bewijst (Cass. 17 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 456). Voor andere voorbeelden van wettelijke vermoedens in het *Gerechtelijk Wetboek*, zie o.m.: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 379-380, nr. 520.

442 Ook in *bijzondere wetgeving* komen vaak wettelijke vermoedens voor.

Dat is bijvoorbeeld het geval in handelszaken, meer bepaald:

– wat de vervoerovereenkomst betreft:

- artikel 3.3 verdrag van Athene van 13 december 1974 betreffende het vervoer van passagiers en hun reisgoed over zee bepaalt dat het bewijs dat het feit dat het nadeel heeft veroorzaakt, zich heeft voorgedaan tijdens de reis, en het bewijs van de omvang van het nadeel ten laste van de eiser vallen; er is een vermoeden van schuld of nalatigheid in hoofde van de vervoerder of zijn aangestelden of lasthebbers bij de uitoefening van hun taak, tenzij het tegendeel wordt bewezen, als de dood of de letsels van de passagier of het verlies of de beschadiging van kajuitreisgoed rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeien uit een schipbreuk, aanvaring, stranding, ontploffing of brand of uit een gebrek van het schip; met betrekking tot het verlies of de beschadiging van ander reisgoed is er een vermoeden van een dergelijke schuld, tenzij het tegendeel wordt bewezen, ongeacht de aard van het feit dat het verlies of de beschadiging heeft veroorzaakt; in alle andere gevallen zal de eiser het bestaan van de schuld of van de nalatigheid moeten bewijzen;
- artikel 37, § 2 CIV-verdrag (Uniforme Regelen van 3 juni 1999 betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van reizigers) schrijft voor dat het bewijs dat het verlies, de beschadiging of de vertraging in de aflevering door een van de in artikel 36, § 2, genoemde feiten veroorzaakt is, rust op de vervoerder; wanneer de vervoerder bewijst dat het verlies of de beschadiging, gelet op de omstandigheden van het geval, kan zijn ontstaan uit een of meer van de in artikel 36, § 3, genoemde bijzondere risico's, wordt vermoed dat het verlies of de beschadiging daardoor is veroorzaakt; de rechthebbende heeft evenwel het recht te bewijzen dat de schade geheel of gedeeltelijk niet door een van deze risico's is veroorzaakt;
- artikel 18 CMR-verdrag (verdrag van 19 mei 1956 betreffende de overeenkomst van internationaal vervoer van goederen over de weg) voorziet in een vergelijkbare regeling;
- artikel 9.2 CMR-verdrag luidt dat, bij gebreke van vermelding in de vrachtbrief van gemotiveerde voorbehouden van de vervoerder wordt vermoed, dat de goederen en hun verpakking in uiterlijke goede staat waren op het ogenblik van de inontvangstneming door de vervoerder

en dat het aantal colli en hun merken en nummers in overeenstemming waren met de opgaven in de vrachtbrief;

- artikel 33, § 2 wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen luidt dat de inschrijving, behoudens tegenbewijs, een vermoeden van de hoedanigheid van koopman of ambachtsman vormt, naargelang de aard van de inschrijving;
- inzake vennootschappen, de voorbeelden opgesomd door: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 381-382, nr. 522 en 386, nr. 527.

Wettelijke vermoedens zijn ook talrijk in:

- *f i s c a l e z a k e n*: artikel 341 WIB 1992 inzake tekenen en indiciën (weerlegbaar vermoeden); artikel 351 WIB 1992 omtrent de aanslag van ambtswege (weerlegbaar vermoeden); artikel 64 WBTW aangaande de voor de btw belastbare grondslag (weerlegbaar vermoeden)...;
- *s o c i a l e z a k e n*: artikel 105 arbeidsovereenkomstenwet betreffende het concurrentiebeding voor handelsvertegenwoordigers (weerlegbaar vermoeden); artikel 121 arbeidsovereenkomstenwet dat een overeenkomst tussen een werkgever en een student, welke benaming aan die overeenkomst ook is gegeven, een arbeidsovereenkomst is (weerlegbaar vermoeden) (Cass. 7 oktober 1996, *Arr.Cass.* 1996, 880); artikel 2 KB van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het KB nr. 38 van 27 juli 1967, houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, inzake de uitoefening van een mandaat in een vennootschap of vereniging (onweerlegbaar vermoeden) (Cass. 23 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 790); artikel 3 van datzelfde KB aangaande de afzonderlijke beroepsuitoefening als zelfstandige door echtgenoten (weerlegbaar vermoeden); artikel 9 arbeidsongevallenwet dat, wanneer de getroffene of zijn rechthebbenden benevens het bestaan van het letsel, een plotselinge gebeurtenis aanwijzen, het letsel, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed door een ongeval te zijn veroorzaakt (weerlegbaar vermoeden)... (zie verder: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 380, nr. 521 en 387, nr. 528).

E. DE BEWIJSKRACHT

443 Krachtens artikel 1352, eerste lid BW ontslaat het wettelijk vermoeden degene in wiens voordeel het bestaat van ieder bewijs. Die wetsbepaling moet enigszins worden gerelativeerd. Het wettelijk vermoeden ontslaat niet van iedere bewijslast, doch verlicht de bewijslast alleen maar (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 51, nr. 39; D. MOUGENOT, *La preuve*, 103-104, nr. 34; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 102-103 nr. 190; H. DE PAGE, *Traité*, 962, nr. 933). Wettelijke vermoedens zijn neergelegd in wetsbepalingen die hun toepassingsvoorwaarden omschrijven. De partij die zich op een wettelijk vermoeden beroept, moet aantonen dat de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke regel waarin het vermoeden is neergelegd, vervuld zijn (zie bv. Cass. 23 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 790). Wanneer bijvoorbeeld het slachtoffer geen fout moet aantonen van de ouders die het tot schadeloosstelling aanspreekt, moet het wel nog de (objectief) onrechtmatige daad van het kind bewijzen, alsook het oorzakelijk verband met de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd (art. 1384, tweede lid BW). Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de vrijwillige teruggave van de titel door de schuldeiser aan de schuldenaar (art. 1282 BW). Wanneer niet is aangetoond dat de toepassingsvoorwaarden van een wettelijk vermoeden vervuld zijn, geldt het gemeen bewijsrecht (Arbh. Luik 9 januari 1989, *T.Verz.* 1989, 255). Binnen de grenzen van

artikel 1341 BW kan in dat geval worden bewezen door middel van feitelijke vermoedens.

444 Wanneer de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke regel waarin het vermoeden is vastgelegd bewezen zijn, moet degene in wiens voordeel het wettelijk vermoeden bestaat, evenwel niet meer bewijzen dat de wetgever terecht heeft geredeneerd dat uit een welbepaald gekend feit een ander onbekend feit volgt. Hij wordt dus vrijgesteld van het bewijs van dat ongekende feit. Van hem mag geen verder bewijs worden verwacht dan het bewijs van de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke regel waarin het vermoeden is neergelegd. Het wettelijk vermoeden houdt voor de rechter dwingend bewijs in.

Zo wordt het bij artikel 4, tweede lid arbeidsovereenkomstenwet gevestigde wettelijk vermoeden aangaande het bestaan van een gezagsverhouding tussen de handelsvertegenwoordiger en de werkgever miskend door de rechter die aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid die zich op dat vermoeden beroept, het bewijs oplegt van het bestaan van een gezagsverhouding (Cass. 17 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 479).

445 Bovendien heeft het wettelijk vermoeden een algemene draagwijdte. Kenmerkend voor het wettelijk vermoeden is inderdaad dat het de waarschijnlijkheid verheft tot algemene regel. Dat wil zeggen dat het wettelijk vermoeden geen rekening houdt met de concrete omstandigheden, maar zich opdringt, ook en zelfs wanneer mocht blijken dat de redenering van de wetgever in het concrete geval aan de orde verkeerd uitvalt (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 686; H. DE PAGE, *Traité*, 951, nr. 925 en 959-962, nr. 933; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 371, nr. 511). Van belang is daarbij wel na te gaan ten voordele van wie het wettelijk vermoeden in het leven geroepen is.

Zo werd geoordeeld dat, bij ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters van de deeltijdse werknemers, zoals vereist in artikel 171 van de programmawet van 22 december 1989 (*BS* 30 december 1989), de werknemers worden vermoed hun arbeidsprestaties voltijds te hebben verricht zonder dat het bewijs van het tegendeel kan worden aangebracht. Dat vermoeden is evenwel enkel ingesteld ten voordele van de instellingen en ambtenaren bevoegd om zwartwerk te voorkomen en te bestrijden, niet ten voordele van de werknemers die er zich dan ook niet kunnen op beroepen (Cass. 4 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1206). In dezelfde zin werd geoordeeld dat het wettelijk vermoeden vervat in artikel 64, § 2 WBTW, dat stelt dat eenieder die diensten verricht, wordt geacht dat te hebben gedaan onder voorwaarden waaronder de belasting opeisbaar wordt, een bijzonder bewijsmiddel vormt, dat een omkering van de bewijslast ten voordele van de staat inhoudt en waarop de belastingplichtige zich dus niet kan beroepen om vast te stellen dat hij handelingen verricht die aan de belasting onderworpen zijn wanneer de bewijslast op hem rust (Rb. Brussel 6 maart 2008, *FJF* 2009, 995).

446 De bewijsrechtelijke betekenis van het wettelijk vermoeden verschilt niettemin al naargelang het wettelijk vermoeden een weerlegbaar, een gemengd of een onweerlegbaar karakter heeft.

Het weerlegbaar wettelijk vermoeden keert de bewijslast om. Degene die zich erop beroept tot bewijs van een betwist feit, is bevrijd van

iedere bewijslast (andere dan het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke regel waarin het vermoeden is neergelegd). Die bevrijding van bewijslast werkt evenwel slechts voorlopig. Degene tegen wie dat vermoeden wordt ingeroepen, kan het weerleggen door aan te tonen (niet dat de redenering van de wetgever als dusdanig verkeerd is, doch wel) dat in het concrete geval aan de orde de feiten het vermoeden niet wettigen. Dat tegenbewijs kan worden geleverd met alle bewijsmiddelen (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 686; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 231, nr. 192; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2271, nr. 1656; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 104, nr. 193; H. DE PAGE, *Traité*, 952, nr. 925 en 963, nr. 935; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 374, nrs. 516-517). Zo kunnen bijvoorbeeld de ouders met alle middelen van recht aantonen dat zij hun kind, auteur van een (objectief) onrechtmatige daad oorzaak van de schade van een ander, goed hebben opgevoed en voldoende toezicht hebben uitgeoefend (art. 1384, vijfde lid BW). Zie bijvoorbeeld in verband met artikel 108 W.Succ.: Rb. Nijvel 6 februari 1989, *Rec.gén.enr.not.* 1989, 347, noot. Het vermijden van al te absolute veralgemeningen in minder evidente situaties is hier de zorg van de wetgever die daarom tegenbewijs toelaat.

Ten aanzien van het gemengd wettelijk vermoeden geldt hetzelfde, met dien verstande dat het tegenbewijs hier enkel mogelijk is op de door de wet toegelaten wijze (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 105, nr. 197; H. DE PAGE, *Traité*, 965, nr. 935). Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 315 e.v. BW inzake het vermoeden van vaderschap. Tegenbewijs is enkel mogelijk onder de voorwaarden bepaald in artikel 318 BW. Een ander voorbeeld vormt het vermoeden van gemeenschap van muren en grachten dat geldt "indien er titel noch teken is van het tegendeel" (art. 653 en 666 BW).

Het onweerlegbaar wettelijk vermoeden ten slotte bevrijdt degene in wiens voordeel het bestaat daarentegen definitief van de bewijslast. Eens is aangetoond dat de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke regel waarin dat vermoeden is neergelegd, vervuld zijn, moeten de procespartijen en de rechter daarvan de wettelijke gevolgen ondergaan. Tegenbewijs is in principe niet toegelaten, ook en zelfs wanneer dit mogelijk of voorhanden is (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 231, nr. 193; H. DE PAGE, *Traité*, 963, nr. 935; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 384, nr. 524). Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de aansteller in geval van een bewezen onrechtmatige daad door een aangestelde veroorzaakt in de bediening waartoe hij gebezigd werd (art. 1384, derde lid BW).

In bepaalde gevallen acht de wetgever zijn gevolgtrekking zo evident dat hij geen rekening wil houden met zeldzame uitzonderingen (zie bv. art. 1282 BW, art. 1384, derde lid BW). In andere gevallen spelen overwegingen van algemeen belang (dat ruimer is dan de openbare orde) een vooraanstaande rol waarbij de nood aan rechtszekerheid en aan een goed functionerend rechtstelsel centraal staan. Vandaar dat bijvoorbeeld het vermoeden dat iedereen geacht wordt de wet te kennen (vermoeden dat enkel betrekking heeft op de

wetten van openbare orde en inzonderheid op de strafwetten) een onweerlegbaar karakter heeft. Hetzelfde geldt voor het gezag van gewijsde dat wil vermijden dat eenzelfde geschil steeds opnieuw wordt hernomen, ook en zelfs al mocht blijken dat in een concreet geval de waarheid werd miskend, en dat een van de pijlers is van een behoorlijke maatschappelijke ordening (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 440, nr. 774; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 105, nr. 196, voetnoot 18 en 108, nr. 208; H. DE PAGE, *Traité*, 960-961, nr. 933).

Uitzonderingen op die regel van verbod van tegenbewijs komen niettemin voor waarbij, krachtens de bepaling houdende het onweerlegbaar wettelijk vermoeden zelf, tegenbewijs toegelaten is. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 1283 BW: vrijwillige teruggave van de grosse van een titel doet kwijtschelding of betaling van de schuld vermoeden, behoudens tegenbewijs. Wel is dat tegenbewijs dan soms aan beperkingen onderworpen (bv. de vordering tot betwisting van vaderschap bedoeld bij de art. 315 tot en met 318 BW).

Verder is tegenbewijs door middel van een bekentenis of van een gedingbeslissende eed van het (zelfs) onweerlegbaar wettelijk vermoeden in principe steeds toegelaten (art. 1352, tweede lid *in fine* BW). Degene tegen wie een wettelijk vermoeden wordt ingeroepen, mag zich dus steeds beroepen op een bekentenis van zijn tegenpartij om aan te tonen dat het vermoeden in dat concrete geval niet opgaat. Zo bijvoorbeeld valt het vermoeden van schenking aan een erfgerechtigde in de rechte lijn weg, in geval van toestemming van de overige erfgenamen (art. 918 BW). Ook kan degene tegen wie een wettelijk vermoeden wordt ingeroepen, zijn tegenpartij steeds de gedingbeslissende eed opdragen dat het vermoeden in dat geval wel opgaat (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 441, nr. 775; H. DE PAGE, *Traité*, 966, nr. 937). Die uitzondering heeft te maken met de werking van de bekentenis en van de gedingbeslissende eed: beiden hebben een vrijstelling van de bewijslast tot gevolg. Aangezien die vrijstellingen evenwel gegrond zijn op een wilsuiting, is tegenbewijs via de bekentenis of de gedingbeslissende eed uitgesloten wanneer het wettelijk vermoeden de openbare orde raakt, bijvoorbeeld het vermoeden van de bindende kracht van de afkondigde wet (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2272, nr. 1657; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2", *P&B* 2010, 63, nr. 42, en 64, nr. 45; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 106, nr. 200; H. DE PAGE, *Traité*, 966-967, nr. 937; D. MOUGENOT, *La preuve*, 104, nr. 34).

447 In de rechtsleer wordt opgemerkt dat de artikelen 1350 en 1352 BW getuigen van een verkeerd inzicht van de wetgever (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 230, nr. 191; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2270, nr. 1655 en 2416-2417, nr. 1792). Omwille van de werking daarvan op bewijsrechtelijk vlak wordt verdedigd dat wettelijke vermoedens in werkelijkheid geen bewijsmiddelen zijn, doch wel wetten

in de materiële betekenis, namelijk algemene, abstracte, duurzame en eenzijdige bevelen van de wetgever die de bewijslast regelen.

Door het bepalen van een wettelijk vermoeden beschouwt de wetgever een betwist feit dat normalerwijze zou moeten worden bewezen, als reeds aangetoond. Aldus wijkt een wettelijk vermoeden steeds af van de gemeenrechtelijke regels betreffende de objectieve bewijslast. Het betwiste feit dat op grond van het wettelijk vermoeden bewezen wordt geacht, wordt vrijgesteld van bewijslevering.

Enkel bij de weerlegbare wettelijke vermoedens wordt daarenboven ook afgeveken van de gemeenrechtelijke regels betreffende de subjectieve bewijslast. De tegenpartij van degene die het betwist feit normalerwijze zou moeten bewijzen maar op grond van het wettelijk vermoeden vrijgesteld is van bewijslevering, moet nu het tegenbewijs leveren. In de rechtsleer wordt vaak alleen dit aspect (de omkering van de subjectieve bewijslast) als kenmerkend voor wettelijke vermoedens benadrukt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 99-100, nr. 182; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 31; D. MOUGENOT, *La preuve*, 282, nr. 233; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 143, nr. 260).

In dit verband kan ten slotte nog worden opgemerkt dat ten aanzien van elk onweerlegbaar wettelijk vermoeden de vraag kan worden gesteld of het al dan niet discriminerend is en al dan niet inbreuk pleegt op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 51, nr. 39).

§ 2. De akten

A. DEFINITIE

448 Het Burgerlijk Wetboek bevat geen definitie van de akte. Doorgaans wordt de akte omschreven als het geschrift dat is opgemaakt om te dienen tot bewijs van het ontstaan of van het verdwijnen van rechten en verplichtingen uit een rechtshandeling (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 168, nr. 225; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 58, nr. 38; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 26; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 91, nr. 133 en 94, nr. 138; D. MOUGENOT, *La preuve*, 138, nr. 79; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 193, nr. 392 en 194, nr. 396; H. DE PAGE, *Traité*, 749-750, nr. 739; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité*

théorique et pratique, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 640).

449 Deze definitie leert dat een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de rechtshandeling (overeenkomst of eenzijdige wilsuiting), zijnde het *negotium*, en anderzijds het schriftelijk bewijs dat daarvan opgesteld werd, zijnde de akte of het *instrumentum* (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 208, nr. 201). Een gebrek aan dat *instrumentum* tast weliswaar het bewijs van het *negotium* aan, doch niet het bestaan daarvan dat kan worden bewezen door de andere toegelaten bewijsmiddelen, inzonderheid de bekentenis en de gedingbeslissende eed (Bergen 26 mei 2010, *Rev.not.b.* 2010, 650). Dat is alleen anders bij plechtige contracten, omdat het geschrift in dat geval niet slechts vereist is als bewijsmiddel, doch daarenboven een geldigheidsvereiste is (Luik 5 mei 2009, *Rev.not.b.* 2010, 192, noot; D. MOUGENOT, *La preuve*, 139, nrs. 80-81; H. DE PAGE, *Traité*, 803, nr. 788.B).

B. ESSENTIËLE BESTANDDELEN

1. Algemeen

450 De akte is een bewijsmiddel dat bij voorbaat opgesteld wordt. Vóór iedere betwisting scheidt een partij dit bewijsmiddel tegen zichzelf, stelt zij het ter beschikking van de tegenpartij en kan het bij een later geschil door laatstgenoemde worden gehanteerd (vgl. Cass. 30 december 1918, *Pas.* 1919, I, 50).

451 De akte bevat steeds een intentioneel element, zijnde de wil om een geschrift op te stellen dat juridische gevolgen (vooral op bewijsvlak) beoogt.

Soms wordt voorgehouden dat het intentioneel element ontbreekt bij zogenaamde fiscale akten, zoals bijvoorbeeld de aangifte van nalatenschap, die daarom geen burgerlijke rechtsgevolgen zouden kunnen creëren en bijgevolg geen tegenbewijs zouden kunnen leveren van een onderhandse akte (Voorz. Kh. Hasselt 30 maart 2001, *TRV* 2001, 428, noot; *anders*: Rb. Bergen 13 april 2005, *Rev.not.b.* 2006, 50, noot). In dit geval kan echter wel sprake zijn van een buitengerechtelijke bekentenis (zie hierboven onder de nrs. 201 e.v.).

Het intentioneel element is hoe dan ook niet kenmerkend voor de akte. Ook gewone geschriften, zoals de factuur, reiskaartjes, plaatsbewijzen, bewijzen van bewaargeving... kunnen opgesteld zijn met dezelfde bedoeling (P. VAN EECHE, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 5, nr. 4).

452 Voor akten gelden in het algemeen slechts drie vormvoorwaarden: het moet gaan om geschriften die volledig zijn en die ondertekend zijn (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2326, nr. 1709; vgl. H. DE PAGE, *Traité*, 794, nr. 777, die alleen het geschrift en de handtekening als essentiële voorwaarden aanduidt).

2. Het geschrift

453 Opdat sprake zou kunnen zijn van een akte is in eerste orde een geschrift vereist. Zonder geschrift kan er geen sprake zijn van een schriftelijk bewijs en derhalve al evenmin van een akte (H. DE PAGE, *Traité*, 794, nr. 777.A).

a. Definitie

454 Het geschrift wordt niet gedefinieerd in het Burgerlijk Wetboek. Tot voor kort werd weinig aandacht besteed aan een begripsomschrijving van het geschrift. Meestal beperkte de rechtspraak en de rechtsleer zich ertoe het geschrift aan te duiden als een tekst op papier (Bergen 21 oktober 1998, *JT* 1999, 136; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2309, nr. 1701), of, als een geheel van alfabetische tekens aangebracht op een materiële drager (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 24), of meer omslachtig, als de leesbare weergave van de taal en van de gedachten door middel van grafische vormgeving op een papieren drager of op elke andere drager waarop handgeschreven of gedrukte alfabetische tekens kunnen worden aangebracht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 139, nr. 83).

455 Het belang van het geschrift mag niettemin niet worden onderschat. Terwijl het overleveren van feiten aanvankelijk mondeling gebeurde, vormt sinds de late Middeleeuwen het geschrift de belangrijkste documentatievorm. Het geschrift biedt dan ook meerdere praktische voordelen:

- feiten kunnen schriftelijk precies worden vastgelegd, waardoor latere interpretatieproblemen kunnen worden vermeden;
- geschriften kunnen worden gearhiveerd, waardoor het probleem van het achteraf traceren van getuigen zich niet stelt;
- geschriften laten toe op afstand te contracteren.

Vandaar dat de wetgever in vele takken van het recht en onder meer op bewijsvlak bijzondere juridische waarde is gaan verlenen aan het geschrift. Maar ook en zelfs wanneer dat niet het geval is (bv. in handelszaken), moet worden vastgesteld dat de rechtssubjecten vaak spontaan een geschrift opstellen (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2-3, nr. 2).

b. Technologische ontwikkeling

456 Vooral gedurende de laatste decennia is het traditionele geschrift (pen en papier) op de achtergrond geraakt en verloopt het rechtsverkeer steeds meer langs elektronische weg. Allerhande informatie- en communicatietechnologiën (ICT) zoals computers, modems, scan-

ners, cd's, tekstverwerkingsprogramma's, gsm's, communicatiesatellieten, het internet... worden gebruikt om juridisch informatie vast te leggen, te bewaren en uit te wisselen. Elektronische handel is op korte tijd uitgegroeid tot een belangrijke economische component (P. VAN EECHE, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 1 en 12, nr. 10; J. DUMORTIER, "Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering", in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 219, nr. 1; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 5 en 18).

457 Op bewijsrechtelijk vlak gaf dat onvermijdelijk aanleiding tot de vraag of een elektronisch gegevensbestand, dat bestaat uit een binaire taal zonder materiële drager, al dan niet als een geschrift kan worden bestempeld. Vooral de vereisten van onmiddellijke leesbaarheid en van grafische vormgeving waren daarbij problematisch (D. MOUGENOT, *La preuve*, 140, nr. 83).

Vanuit de traditionele visie werd aanvankelijk aangenomen dat elektronische gegevensbestanden niet als geschriften konden worden aangezien, doch hoogstens in aanmerking kwamen om daaruit feitelijke vermoedens als bewijsmiddel af te leiden (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 218, nr. 180).

De verschuiving van een papieren omgeving naar een elektronische omgeving heeft evenwel tot gevolg gehad dat de rechtsleer stilaan is gaan pleiten voor een ruime begripsomschrijving van het geschrift teneinde de essentie van het bestaande bewijsstelsel te kunnen handhaven, evenals trouwens de andere dan de zuivere bewijsfuncties van het geschrift. Een argument voor die extensieve interpretatie werd gevonden in artikel 1333 BW dat zelfs kerven kwalificeert als een schriftelijk bewijs.

Aldus wordt meer en meer verdedigd dat sprake is van een geschrift wanneer drie eigenschappen verenigd zijn (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 696; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2309-2313, nr. 1702 en 2325, nr. 1708; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 92, nr. 134; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 233, nr. 492):

- het moet gaan om de uitdrukking van een taal (woorden en zinnen, bv. ook informaticataal), zonder dat vereist is dat degene die het geschrift gebruikt of aan wie het gericht is, vertrouwd is met die taal;
- die uitdrukking moet gebeuren door middel van begrijpelijke tekens, ongeacht de aard daarvan (alfabet, cijfers, afkortingen, ideogrammen, stenografie, cryptogrammen, opnames op magnetisch band...) en zonder dat vereist is dat er sprake zou zijn van onmiddellijke leesbaarheid: de noodzaak van een beroep op een technologisch hulpmiddel (bv. een computer) vormt geen beletsel;

- de tekens moeten neergelegd zijn in een drager, ongeacht de aard en de wijze van overdracht daarvan (papier, perkament, dierenvel, film, fotokopie, telex, stoffen, doek, ijzer, glas, scherm, magnetische band...: een geluidsopname op een magnetische band is evenwel geen geschrift, doch hoogstens een feitelijk vermoeden: Cass. 24 november 1961, *Pas.* 1962, I, 367; Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272), met duurzaam karakter (zodat hij achteraf bij herhaling kan geraadpleegd worden en, zo nodig, kan gereproduceerd worden).

Naast een verruiming van de omschrijving van het begrip geschrift, wordt ook de methode van de functionele equivalenten aangewend om een afdoende bewijsrechtelijk statuut te kunnen verlenen aan elektronische documenten. Als geschrift wordt daarbij aangezien, elk document dat de functies van het geschrift verenigt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 140, nr. 83-1; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 47, nr. 750). Over de functies van het geschrift bestaat wel geen eensgezindheid (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 47, nr. 760). Sommigen duiden begrijpelijkheid, leesbaarheid en duurzaamheid aan als de drie essentiële functionele eigenschappen van elk geschrift. Onveranderlijkheid en toerekenbaarheid zouden evenwel geen bijkomende eigenschappen zijn opdat sprake zou zijn van het geschrift, doch veeleer van zijn papieren drager dan wel van de handtekening (D. MOUGENOT, *La preuve*, 140-145, nr. 83-1). Anderen duiden ook het onveranderlijk karakter aan als essentieel kenmerk van het geschrift (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 92, nr. 135). Als gevolg van die functionele invulling van het begrip geschrift kunnen nu ook elektronische gegevens als geschrift beschouwd worden, ook al is er specifieke apparatuur nodig om het geschrift waarneembaar te maken en is de vastlegging slechts relatief duurzaam (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 14, nr. 11).

Daarbij wordt ervoor gepleit dat de wetgever een algemene definitie van het geschrift zou invoeren (toepasselijk ongeacht de functie van het geschrift: bewijsmiddel, dan wel vormvoorwaarde, geldigheidsvoorwaarde of voorwaarde voor tegenstelbaarheid) en wel in het Burgerlijk Wetboek (door toevoeging van een art. 1316bis BW), dit gelet op het fundamenteel karakter van dit begrip (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2317-2320, nr. 1705 en 2325, nr. 1708). Anderen betwijfelen evenwel het nut van een dergelijk wetgevend initiatief (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 94, nr. 137).

458 Vooral onder invloed van Europese Richtlijnen is de wetgever inmiddels tussengekomen. Die nieuwe wetgeving ligt helaas zeer verspreid over diverse deeldomeinen van het recht: elektronische handel, elektronisch betalen, elektronisch factureren, elektronische handtekening. Bovendien heeft de wetgever bewust ervoor geopteerd geen algemene definitie van het geschrift te formuleren. Hij verwijst daarvoor precies naar de hierboven beschreven evolutie in de rechtsleer (zie daarover P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2316, nr. 1703; P. VAN EECHE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 233, nr. 22; D. MOUGENOT, *La preuve*, 146, nr. 83-2; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 47, nr. 760). Meteen impliceert die nieuwe wetgeving een duidelijke bevestiging van de rechtsleer die een ruime en functionele interpretatie van het geschrift verdedigt.

In dit verband vooral van belang is artikel 16 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij (BS 17 maart 2003), waarbij wordt voorgeschreven:

- dat aan elke wettelijke of reglementaire vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg is voldaan wanneer de functionele kwaliteiten van deze vereiste zijn gevrijwaard (§ 1);
- dat voor de toepassing van de voormelde bepaling moet in overweging worden genomen (§ 2):
 - dat aan de vereiste van een geschrift is voldaan door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn;
 - dat aan de uitdrukkelijke of stilzwijgende vereiste van een handtekening is voldaan wanneer deze laatste beantwoordt aan de voorwaarden van ofwel artikel 1322, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, ofwel van artikel 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001 tot vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie-diensten;
 - dat aan de vereiste van een geschreven vermelding van degene die zich verbindt, kan worden voldaan door om het even welk procedé dat waarborgt dat de vermelding effectief uitgaat van deze laatste.

Alhoewel deze wetsbepaling betrekking heeft op de totstandkoming van contracten langs elektronische weg (art. 16, § 1) en dus niet rechtstreeks het bewijsrecht viseert, wordt niettemin aangenomen dat de omschrijving van het geschrift eveneens geldt voor het geschrift als bewijsmiddel (S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, 170, nr. 229; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 24). Dat belet evenwel niet dat artikel 16, § 2 geen algemene draagwijdte heeft en enkel geldt bij de totstandkoming van contracten langs elektronische weg onder de voorwaarden bepaald door de wet van 11 maart 2003 (zie in dit

verband ook de uitsluitingen opgesomd in art. 17 van de wet). Artikel 16, § 2 regelt verder drie onderscheiden zaken: het definieert niet alleen het geschrift, het bepaalt ook aan welke voorwaarden een handtekening moet voldoen en voegt er ten slotte aan toe dat, ingeval door de wet handgeschreven vermeldingen worden opgelegd (bv. art. 1326 BW inzake de “goed voor” regel), ook een elektronische vermelding kan volstaan op voorwaarde dat de identiteit van de auteur van die vermelding gewaarborgd is (H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 47-48). Over de formaliteiten bedoeld bij artikel 1325 BW behoudt de wet evenwel het stilzwijgen.

Uit de nieuwe wettelijke omschrijving van het geschrift blijkt dat de twee essentiële kenmerken van een geschrift voortaan zijn (P. VAN EECKE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 233, nr. 22; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 24; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 48, nr. 800; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 19):

- het begrijpelijk karakter: het geschrift moet begrijpelijk zijn, eventueel via vertaalsoftware (alle computers werken vandaag in binaire taal: een reeks van 0 en van 1) die evenwel automatisch wordt omgezet in een voor de gebruiker toegankelijke taal;
- het duurzaam karakter: het geschrift moet toegankelijk blijven gedurende zijn normale gebruiksduur.

Elke verwijzing naar een alfabetische taal en naar een materiële drager is in die wettelijke begripsomschrijving verdwenen (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 48, nr. 780). Opdat sprake zou zijn van een geschrift, is evenmin zijn onveranderlijk karakter vereist, zij het dat het onveranderlijk karakter er wel moet zijn opdat het geschrift zou kunnen gelden als (onderhandse of authentieke) akte, en zelfs, als begin van bewijs door geschrift (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 155, nr. 176). Op grond van artikel 16 kan bijgevolg in vrijwel alle gevallen elektronische informatie als een geschrift worden beschouwd (J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 222, nr. 8).

Recente wetgeving vormt een bevestiging van de nieuwe omschrijving van het begrip geschrift.

In de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming wordt inzake overeenkomsten op afstand aan de verkoper de verplichting opgelegd de consument schriftelijk of op een andere duurzame drager allerhande informatie te verstrekken (art. 46, § 1). Inzake overeenkomsten op afstand met betrekking tot financiële diensten is in dezelfde zin sprake van informatieverstrekking op papier of op een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager (art. 52, § 1). Zie voor gelijkwaardige bepalingen wat betreft betalingen langs elektronische weg: de artikelen 8, § 1 en 13, § 1 van de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten. Terecht wordt evenwel opgemerkt dat de gelijkstelling van het geschrift met een duurzame drager vatbaar is voor kritiek, omdat de moderne definitie van het geschrift precies abstractie maakt van elke vorm van drager (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 165, nr. 188; P. WERY, D.

GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 48, nr. 790; vgl. J. DUMORTIER, "Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering", in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 222, nr. 9).

459 Ingevolge die evolutie zijn voortaan bijvoorbeeld als geschriften te bestempelen:

- een t e l e f a x b e r i c h t: zijnde de reproductie van een document verstuurd door een telefoonlijn, aangezien het stuk dat voortgebracht wordt door het toestel van de bestemming op papier gedrukt wordt;
- een s m s: zijnde via gsm of soms ook vaste telefoon verzonden korte geschreven berichten; die berichten worden (en kunnen) in principe niet (worden) afgedrukt, doch zijn begrijpelijk en toegankelijk voor een latere consultatie (althans zolang de bestemming het bericht niet wist), zij het dat de raadpleging door derden niet altijd gemakkelijk zal zijn; in dat laatste verband kan eraan worden gedacht het scherm van de gsm te fotograferen, de telefoon mee te brengen naar de terechtzitting of een beroep te doen op de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder met het oog op de vaststelling van de inhoud van het bericht;
- e l e k t r o n i s c h e p o s t: zijnde berichten verzonden door middel van een elektronisch netwerk (internet of intranet), al dan niet verzegeld van allerhande gegevensbestanden (teksten, foto's, films, muziek...); die elektronische post is leesbaar en kan worden bewaard in de computer, zowel van de afzender als van de bestemming (zie in strafzaken bv. Brussel 27 juni 2000, *AM* 2001, 142, noot D. VOORHOOF);
- a l l e r h a n d e t e c h n i e k e n v a n r e p r o d u c t i e v a n d o c u m e n t e n: de fotokopie (optische reproductie van een origineel), de scan (reproductie per computer) of de microfilm (fotografische reproductie);
- g e g e v e n s v e r m e l d o p e e n d i s k e t t e, e e n C D - R, e e n C D - R W, e e n D V D, e e n c h i p k a a r t, o p t i s c h e v e z e l..., op voorwaarde dat ze verstaanbaar zijn en voor latere raadpleging toegankelijk;
- h e t e l e k t r o n i s c h l o g b o e k w a a r i n r e g i s t r a t i e w o r d t g e d a a n v a n b e t a a l v e r r i c h t i n g e n v i a b a n k a u t o m a t e n, v i a b e t a a l t e r m i n a l s, v i a t h u i s b a n k i e r e n o f v i a o p l a a d b a r e b e t a a l k a a r t e n;
- ...

3. De volledigheid

460 Om als bewijsmiddel in aanmerking te komen, moet het geschrift op zichzelf volstaan om het bestaan en de inhoud van de betrokken rechtshandeling te bewijzen. Het geschrift moet derhalve de totaliteit van het *negotium* omvatten. Zo niet kan het geschrift slechts gelden als begin van bewijs door geschrift dat kan aangevuld worden met bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2327, nr. 1711; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 177; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 264, nr. 302), of als een buitengerechtigde bekentenis (H. DE

PAGE, *Traité*, 756, nr. 744), eventueel ook als door de schuldeiser op de titel aangebrachte aantekeningen (art. 1332 BW).

4. De handtekening

a. De principiële vereiste van een handtekening

461 Voor de geldigheid van een akte is in principe de handtekening vereist (Cass. 14 november 1901, *Pas.* 1902, 1; Cass. 13 november 1930, *Pas.* 1930, I, 357, noot P.L.; Bergen 26 mei 2010, *Rev.not.b.* 2010, 650; Scheidsr. Uitspraak 2 maart 2000, *Ors.* 2001, 22), maar voldoende (Cass. 17 juni 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1204; Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374 en *Rec.gén.enr.not.* 1993, 380, noot A. CULOT; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 795, nr. 777.B) van degene die zich verbonden heeft en tegen wie de akte wordt ingeroepen, dus van de schuldenaar.

De handtekening is daarmee het belangrijkste element van de akte (D. MOUGENOT, *La preuve*, 158, nr. 99 en 161, nr. 109; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 179; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 701; H. DE PAGE, *Traité*, 756, nr. 744 en 795, nr. 777.B). Het is in wezen de handtekening die een geschrift tot een akte maakt: zij maakt van het geschrift een origineel en verleent het geschrift haar bewijskracht.

Het Burgerlijk Wetboek vermeldt de vereiste van een handtekening als kwalificerend element voor een akte evenwel niet. Niettegenstaande in artikel 1347 BW het woord akte wordt gebruikt als synoniem van een (ook niet-ondertekend) geschrift, moet het geschrift om te gelden als akte wel degelijk ondertekend zijn (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 26). Dat vloeit voort uit artikel 1318 BW dat voorschrijft dat de onregelmatige authentieke akte slechts geldt als onderhandse akte “indien zij door de partijen ondertekend is”, alsook uit artikel 1322 e.v. BW die de bewijskracht van de onderhandse akte onderwerpen aan de voorafgaande erkenning door de ondertekenaar van zijn handtekening (H. DE PAGE, *Traité*, 756, nr. 744).

Mede onder verwijzing naar de voorbereidende werken, bevestigt een *quasi*-unanieme rechtsleer en rechtspraak dat een geschrift dat niet ondertekend is, geen akte is, doch slechts een gewoon geschrift (Antwerpen 23 maart 2004, *NJW* 2004, 1099, noot E. BREWAEYS; Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON; P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 4, nr. 4; M. VAN QUICKENBORNE, “Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé”, *RCJB* 1985, 68; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 232, nr. 491; H. DE PAGE, *Traité*, 756, nr. 744, 796, nr. 777.B en 802-803, nr. 788; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 264, nr. 303). In voorkomend geval kan dat gewoon

geschrift gelden als begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW) of in de gevallen bedoeld bij de artikelen 1329-1332 BW. Die regeling geldt ook wanneer elektronische communicatiemiddelen worden aangewend.

Zo werd, onder verwijzing naar artikel 1322 BW, geoordeeld dat het verzoek tot hernieuwing van een handelshuurovereenkomst per aangetekende brief van de huurder aan de verhuurder, om geldig te zijn, door de huurder moet zijn ondertekend (Cass. 25 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 328). In deze zelfde zin werd beslist dat een verkoopcompromis dat niet voorzien is van de handtekening van alle partijen, nietig is als *instrumentum* (Bergen 26 mei 2010, *Rev.not.b.* 2010, 650).

462 In de praktijk worden tal van contracten, uit hun aard zelf onderworpen aan artikel 1322 BW, vastgesteld door geschriften die niet van een handtekening zijn voorzien, zoals bijvoorbeeld reisbiljetten, theatertickets, jetons die de inbewaargeving bevestigen van kledij of bagage... Het gaat daarbij vaak om briefjes aan toonder, doorgaans gedrukt, soms ook om jetons, en vaak met de enkele vermelding van een nummer. Soms wordt aangenomen dat er een gewoonte *contra legem* bestaat om deze geschriften op bewijsrechtelijk vlak gelijk te stellen met onderhandse akten in de zin van artikel 1322 BW (H. DE PAGE, *Traité*, 802, nr. 787.B; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 404, nr. 708; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 243-244, nr. 515). Anderen laten gelden dat de betrokken geschriften, bij gebrek aan handtekening, geen onderhandse akte kunnen uitmaken met de daaraan verbonden bewijskracht. Wel kunnen die geschriften in aanmerking komen als een feitelijk vermoeden, ook wanneer in principe een schriftelijk bewijs vereist is en dus bij wijze van uitzondering op artikel 1341 BW, dit meer bepaald wanneer in dit verband sprake is van een zeker, vaststaand en algemeen aanvaard gebruik om geen akte op te stellen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2328-2329, nr. 1712). Al evenzeer kunnen de betrokken geschriften worden aangezien als een begin van bewijs door geschrift (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 244, nr. 515). Bovendien gaat het hier zeer dikwijls om transacties met een waarde beneden 375,00 EUR die bijgevolg steeds door feitelijke vermoedens kunnen worden bewezen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 120). Ten slotte geldt ook in dit verband dat het bewijsrecht niet van openbare orde is, zodat afwijkende overeenkomsten geldig zijn.

463 Uitzonderlijk heeft de wetgever niet-getekende afschriften gelijkgesteld met het origineel op grond van een weerlegbaar wettelijk vermoeden van conformiteit.

Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 196 van de wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen. De fotografische, microfotografische, magnetische, elektronische of optische afschriften van de stukken van kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen zijn bewijskrachtig zoals de originele stukken waarvan zij, behoudens bewijs van het tegendeel, worden verondersteld een afschrift te zijn indien zij werden opgesteld door een van de betrokken vennootschappen of onder haar toezicht.

464 In andere uitzonderlijke gevallen neemt de wetgever aan dat niet moet worden voldaan aan de handtekeningvereiste, zonder dat de rechtsgevolgen van de akte uitblijven.

Zie bijvoorbeeld artikel 785 Ger.W. dat bepaalt:

- dat, indien de voorzitter of een van de rechters in de onmogelijkheid verkeert om het vonnis te ondertekenen, de griffier daarvan melding maakt onderaan op de akte en de beslissing geldig is met de handtekening van de overige rechters die ze hebben uitgesproken;
- dat, indien een akte niet kan worden ondertekend door de griffier die daaraan heeft meegewerkt, het voldoende is dat de voorzitter of de rechter die hem vervangt, de akte ondertekent en de onmogelijkheid vaststelt.

b. Definitie

465 De wetgever geeft geen definitie van wat onder de traditionele handtekening moet worden verstaan, dit in tegenstelling tot wat het geval is met de elektronische handtekening (daarover verder meer onder de nrs. 487 e.v.). Al evenmin specificeert de wetgever aan welke voorwaarden moet worden voldaan opdat sprake zou zijn van een rechtsgeldige handtekening (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 5, nr. 5; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 179).

466 De rechtspraak en de rechtsleer omschrijven de traditionele handtekening doorgaans als het handgeschreven teken waarmee de ondertekenaar gewoonlijk zijn persoonlijkheid aan derden bekendmaakt (Cass. 7 januari 1955, *RW* 1954-55, 1753, *T.Not.* 1955, 44, noot, *Pas.* 1955, I, 456, noot, *Ann.not.* 1955, 305, noot E. DE SMEDT en *Rec.gén.enr.not.* 1958, 334, noot; Cass. 2 oktober 1964, *RW* 1965-66, 1440; zie ook R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702; B. VAN BAEVEGHEM, “De paraaf: slip of the pen of geldige handtekening?”, *TBBR* 2006, 597), of nog, als het met de hand plaatsen van zijn naam op een papier om zich te identificeren en om zich met de inhoud van het ondertekende stuk akkoord te verklaren (Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336; P. VAN EECKE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 216, nr. 9; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 234, nr. 494; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 25).

467 Daarmee wordt klaarblijkelijk geopteerd voor een vormelijke definitie van de handtekening. In die zin werd in een arrest van 10 juni 1983 door het Hof van Cassatie geoordeeld dat de rechter in feite kan vaststellen dat de erflaatster, die onderaan haar testament gewoon haar naam heeft aangebracht en niet haar gebruikelijke handtekening, nooit de bedoeling heeft ge-

had zich het geschrift toe te eigenen door haar handtekening te plaatsen (Cass. 10 juni 1983, *T.Not.* 1986, 309, noot M. COENE).

Maar in een later geval waarin een (weinig geletterde) erflaatster haar volledige naam onder een eigenhandig testament had aangebracht, terwijl ze dat teken voor de eerste keer had gebruikt en ze voor derden doorgaans onder een andere naam bekend was, werd door het Hof van Cassatie beslist dat naar recht verantwoord is, het arrest dat oordeelt dat een onderhands testament naar vereiste van artikel 970 BW door de erflaatster ondertekend is wanneer het vaststelt dat deze onder het testament haar volledige naam heeft aangebracht en daarbij de bedoeling heeft gehad haar handtekening te plaatsen (Cass. 13 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1410).

Volgens sommigen heeft het Hof van Cassatie daarmee een functionele invulling van het begrip handtekening aanvaard. Overeenkomstig die meer recente cassatierechtspraak zou als geldige handtekening voortaan worden beschouwd, elke ondertekening die geen twijfel laat bestaan over de identiteit van de ondertekenaar en over zijn wil om de rechtshandeling goed te keuren (M. PUELINCKX-COENE, "Giften. Overzicht van rechtspraak (1985-1992)", *TPR* 1994, 1765, nr. 301; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 179; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 237, nr. 502). Anderen verdedigen dat het Hof van Cassatie zijn vormelijke definitie van de handtekening niet heeft verlaten. Enkel de vereiste van het gewoonlijk karakter van de handtekening wordt niet meer gesteld. Bovendien zou die rechtspraak beperkt moeten blijven tot akten in familiale aangelegenheden. Ook de invoering in ons recht van een functionele definitie van de elektronische handtekening (art. 1322, tweede lid BW), zou niet toelaten, de handgeschreven handtekening functioneel in te vullen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 163, nr. 110).

c. Dubbele functie

468 De definitie van het begrip handtekening duidt aan dat de vereiste van een handtekening essentieel een dubbele functie vervult: enerzijds de identificatiefunctie en anderzijds de toe-eigeningsfunctie (Brussel 27 januari 1998, *AJT* 1998-99, 875, noot F. LOGGHE; Luik 5 mei 2009, *Rev.not.b.* 2010, 192, noot; Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336; S. STIJS, *Verbintenissenrecht*, 168, nr. 226; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2329, nr. 1713; P. VAN EECKE, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 1, 4, nr. 4 en 10, nr. 8; H. DE PAGE, *Traité*, nrs. 744, 777B en 778-787; D. MOUGENOT, *La preuve*, 161, nr. 109; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 179; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 234, nr. 494; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de

preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 50, nr. 830).

469 Vooreerst moet de handtekening toelaten de ondertekenaar te identificeren (de identificatiefunctie). De handtekening moet verwijzen naar de identiteit van de ondertekenaar en aldus zijn medewerking aan het tot stand komen van de akte bewijzen. Ze vormt het bewijs dat de akte wel degelijk uitgaat van de ondertekenaar (H. DE PAGE, *Traité*, 756, nr. 744).

470 Bovendien moet de handtekening uitdrukking geven aan de wil van de ondertekenaar om zich de inhoud van de akte toe te eigenen (de toe-eigeningsfunctie). In zijn arrest van 25 maart 1993 (*Arr.Cass.* 1993, 328 en *RW* 1994-95, 1293, noot) geeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk aan dat door de ondertekening de ondertekenaar de inhoud van de akte tot de zijne maakt. De handtekening creëert dus een weerlegbaar vermoeden van toe-eigening van de ondertekende tekst (*Cass.* 30 april 1942, *Pas.* 1942, I, 103; *Cass.* 2 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1221, noot; Gent 12 november 1999, *AJT* 2001-02, 475; *Arbh.* Bergen 10 april 2000, *JTT* 2000, 375; *Arbh.* Antwerpen 12 januari 2001, *Soc.Kron.* 2001, 426; Antwerpen 8 april 2002, *RW* 2005-06, 198, noot; *Scheidsr.* Uitspraak 2 maart 2000, *Ors.* 2001, 22; P. VAN EECKE, *De handtekening*, 620).

Een handtekening vertoont steeds een dubbel aspect: enerzijds een materieel element, zijnde de vormelijke voorwaarden waaraan de handtekening moet voldoen, en anderzijds een intentioneel of intellectueel element (*animus signandi*), zijnde de bedoeling van de ondertekenaar om de handtekening te plaatsen, zich de inhoud van het geschrift toe te eigenen en aldus juridische gevolgen teweeg te brengen (P. VAN EECKE, "Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 212, nr. 12; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 704). Het is dat intentioneel element, de *animus signandi*, die toelaat de handtekening te onderscheiden van zuivere identificatietechnieken (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 50, nr. 830, voetnoot 235). Aangenomen wordt doorgaans dat het aanwezig zijn van de handtekening van de auteur met de vormelijke kenmerken waarvan hierboven sprake het voorhanden zijn van het intentioneel element bewijst. De handtekening is immers zo opgevat dat zij in principe geen onachtzaamheid kan meebrengen en dus werd voorafgegaan door een *animus signandi* in hoofde van de ondertekenaar (P. VAN EECKE, "Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 212-223, nr. 13).

471 Soms wordt daaraan nog een derde functie (de integriteitsfunctie) toegevoegd. De handtekening zou aan de akte zijn origineel karakter verlenen en aldus de integriteit van de inhoud van de akte waarborgen (D. GOBERT en E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiement électroniques: l'approche fonctionnelle", *DAOR* 2000, 17 e.v.). Maar, die stelling is enkel correct voor zover de handtekening zelf origineel is. Bij het cassatiearrest van 28 juni 1982 (*Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE) wordt inderdaad geoordeeld dat enkel het document dat de originele handtekeningen van de partijen bevat, geldt als een origineel exemplaar in de zin van artikel 1325 BW, niet het geschrift waarop de handtekeningen met carbonpapier zijn aangebracht. Het afschrift van een akte blijft een afschrift wanneer daarop slechts een kopie van de handtekening wordt aangebracht. De integriteit van de inhoud wordt verzekerd door de handgeschreven handtekening die rechtstreeks en onderaan

op het papieren geschrift is aangebracht. In artikel 1322, tweede lid BW is nadrukkelijk sprake van de integriteitsfunctie.

472 Daarnaast wordt aan de handtekening ook nog een beveiligingsfunctie (minimalisatie van de kans op fraude, bestaande in het bedrieglijk plaatsen van de handtekening door een derde persoon of het bedrieglijk verwarring zaaien omtrent de inhoud waarop de handtekening betrekking heeft; vgl. Cass. 27 september 2011, *RW* 2011-12, 569, concl. M. DE SWAEF) en een ceremoniële functie (besef van het belang van de transactie omwille van de eraan verbonden rechtsgevolgen) toegeschreven (P. VAN EECKE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 224-227, nr. 15).

d. Essentiële bestanddelen

473 Opdat sprake zou zijn van een rechtsgeldige handtekening moet voldaan zijn aan een complex geheel van vormvereisten: de handtekening moet handgeschreven zijn, bestaan uit lettertekens, identificeerbaar zijn, uitgaan van degene die zich verbindt en de inhoud van het geschrift volledig dekken. Bij gebrek aan een handtekening die voldoet aan die vormvoorwaarden is in burgerlijke zaken geen akte voorhanden. In handelszaken beoordeelt de rechter soeverein de bewijswaarde van het geschrift dat een handtekening draagt die niet voldoet aan (een van) de vormvereisten. Die regeling geldt er ook wat betreft de elektronische handtekening (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2331, nr. 1714; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 335 en 114, nr. 194; anders in de zin van in handelszaken wel geldige handtekeningen waarvan de rechter de bewijswaarde vrij beoordeelt: M. VAN QUICKENBORNE, “Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé”, *RCJB* 1985, 57, nr. 41; D. MOUGENOT, *La preuve*, 167, nr. 114; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 243, nr. 514).

1) Handgeschreven zijn

474 De handtekening moet vooreerst handgeschreven zijn (Cass. 24 februari 1910, *Pas.* 1910, I, 241; Cass. 3 november 1910, *Pas.* 1910, I, 475; Cass. 1 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 118; Cass. 23 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 20, concl. Adv. Gen. HOLVOET; Cass. 22 januari 1934, *Pas.* 1934, I, 152; Cass. 26 november 1951, *Pas.* 1952, I, 156; Cass. 7 januari 1955, *Pas.* 1955, I, 456; Cass. 2 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 106; Cass. 18 november 1981, *RW* 1982-83, 838; Cass. 28 juni 1982, *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE; Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374 en *Rec.gén.enr.not.* 1993, 380, noot A. CULOT; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; D. MOUGENOT, *La preuve*, 164, nr. 111; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 238, nr. 505; H. DE PAGE, *Traité*, 754, nr. 742.A, 756, nr. 744, 757, nr. 745 en 795, nr. 777.B). Dat betekent dat de

handtekening door de ondertekenaar zelf, normalerwijze met de hand (vgl. art. 970 BW), rechtstreeks op het geschrift moet geschreven zijn (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 267-268, nrs. 305-306).

475 De handtekening moet eigenhandig geplaatst zijn (Brussel 15 april 1959, *Pas.* 1960, II, 65; P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 9, nr. 6; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180).

De handtekening moet met de hand geplaatst zijn (Brussel 19 juni 1991, *TBH* 1993, 1022; Rb. Antwerpen 7 september 1989, *T.Not.* 1990, 109; Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336). Een (naam)stempel, een vloeibare zegel..., zelfs aangebracht door de ondertekenaar zelf, gelden bijgevolg niet als handtekening (Cass. 24 februari 1910, *Pas.* 1910, I, 241; Cass. 3 november 1910, *Pas.* 1910, I, 475; Cass. 1 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 118; Cass. 23 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 20; Cass. 26 november 1951, *Pas.* 1952, I, 156; RvS 8 mei 2009, nr. 193.106, *T.Vreemd.* 2009, 308; H. DE PAGE, *Traité*, 797, nr. 778). Elke techniek, die niet toelaat de fysieke aanwezigheid van de ondertekenaar te controleren en die door een derde zou kunnen aangewend worden, is uitgesloten (D. MOUGENOT, *La preuve*, 164, nr. 111 en 165, nr. 112; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 239, nr. 505, voetnoot 41; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 50, nr. 850).

Bijzondere wettelijke bepalingen wijken af van de vereiste dat de handtekening met de hand moet zijn gesteld (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 238, nr. 505). Zo mag bijvoorbeeld inzake de ondertekening van effecten (aandelen en obligaties) aan toonder door de bestuurders de handtekening uitzonderlijk door een naamstempel vervangen worden (art. 466 Venn.W.). Zo ook schrijft artikel 14 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet voor dat elke vorm van handtekening door de kredietgever geoorloofd is voor zover de consument op het ogenblik van de overhandiging van de kredietovereenkomst duidelijk de kredietgever kan identificeren die zich verbonden heeft.

De handtekening mag niet door derden aangebracht zijn. Fysisch kan niemand in de plaats van een ander rechtsgeldig diens handtekening plaatsen (Cass. 24 februari 1910, *Pas.* 1910, I, 241; Cass. 3 november 1910, *Pas.* 1910, I, 475). Uitzondering op die regel wordt gemaakt voor blinde personen die een rechtsgeldige handtekening kunnen plaatsen (enkel materieel) geleid door een ziende persoon (Cass. 26 november 1936, *Pas.* 1936, I, 430). Ook de akte ondertekend door de blinde zelf (bv. na voorlezing en uitlegging door een vriend) is geldig (Luik 10 februari 1887, *Pas.* 1887, II, 318; Brussel 21 december 1990, *JT* 1991, 495; D. MOUGENOT, *La preuve*, 167, nr. 115; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 237, nr. 500; H. DE PAGE, *Traité*, 799, nr. 781).

476 De handtekening moet niet alleen eigenhandig geplaatst zijn, zij moet daarenboven op het geschrift geschreven zijn.

Dat betekent in eerste orde dat de handtekening moet gematerialiseerd zijn door het neerschrijven ervan. Gelden bijgevolg niet als rechtsgeldige handtekening, het in de lucht of in zand schrijven van zijn naam. De voor het plaatsen van de handtekening gebruikte materie (bv. inkt, potlood, krijt) speelt evenwel geen rol (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 6; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702).

De handtekening moet rechtstreeks op het geschrift worden aangebracht. Zo niet kan niet met zekerheid worden uitgemaakt dat de ondertekenaar zijn handtekening wel heeft willen aanbrengen op het geschrift dat men hem tegenwerpt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 239, nr. 506). Door die vereiste wordt het mogelijk een origineel geschrift van een kopie te onderscheiden, zodat het moeilijker wordt om op een later tijdstip ongezien gegevens toe te voegen of te verwijderen.

Een geschrift waarop de handtekening met carbonpapier is aangebracht, kan geen geldige akte uitmaken (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE; Vred. Torhout 12 september 1995, *DCCR* 1994-95, 465, noot F. HENDRICKX). Hetzelfde geldt voor een gefotokopieerde handtekening (Arbrb. Charleroi 13 november 1995, *Soc.Kron.* 1997, 247) of voor een afdruk van de handtekening via fax (Cass. 25 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 719; Cass. 27 september 2011, *RW* 2011-12, 569, concl. M. DE SWAEF) of scanner (R.v.St. nr. 193.106, 8 mei 2009, *T.Vreemd.* 2009, 308; zie daaromtrent ook: P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 6; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; D. MOUGENOT, *La preuve*, 158, nr. 100; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 133, nr. 148, die opmerkt dat dergelijke procedés in handelszaken theoretisch wel zouden kunnen toegelaten worden, maar dat het weinig waarschijnlijk is dat ze in de praktijk de toets van de rechterlijke controle zullen doorstaan).

Deze vereiste geldt evenwel enkel wanneer het geschrift is opgesteld als bewijsmiddel. Zo heeft het Hof van Cassatie reeds herhaaldelijk geoordeeld (Cass. 10 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 72, *AJT* 1996-97, 456, noot D. BLOMMAERT, G. STRAETMANS, *JTT* 1997, 279, noot M. FORGES, *R.Cass.* 1998, 300, noot A. DE BOECK, *T.Vred.* 1997, 233, noot M. DAMBRE, *RW* 1997-98, 48, noot en *Soc.Kron.* 1997, 565, noot; Cass. 27 september 2001, AR C.98.0327.N, www.cass.be, *AJT* 2001-02, 687, noot en *DAOR* 2001, 353, noot G.L. BALLON) dat:

- overeenkomstig artikel 27, eerste lid van de loonbeschermingswet van 12 april 1965, de overdracht van het loon moet gebeuren bij een akte onderscheiden van die welke de hoofdverbintenissen, waarvan zij de uitvoering waarborgt, bevat; dat alleen de overdrager zich ten aanzien van de overnemer verbindt; dat, vermits het geen wederkerige overeenkomst betreft, artikel

1325 van het Burgerlijk Wetboek niet toepasselijk is en als schriftelijk bewijs van de aangegane verbintenissen volstaat dat de overnemer een exemplaar van de akte met de handtekening van de overdrager overlegt;

- krachtens artikel 27, tweede en derde lid van de loonbeschermingswet, de akte van overdracht van loon op straffe van nietigheid moet worden opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang; dat deze wetsbepaling niet de bewijsregeling betreft maar de bescherming van de overdrager beoogt; dat ook de overdrager een exemplaar van de akte moet krijgen om, als belanghebbende partij die zich verbonden heeft, de draagwijdte van zijn verbintenis te kunnen nagaan;
- alhoewel de handtekening op een onderhandse akte in de regel rechtstreeks op het stuk zelf moet worden aangebracht, een kopie van de akte van overdracht waarop de handtekening van de overdrager met carbonpapier is aangebracht, een exemplaar is in de zin van artikel 27 van de loonbeschermingswet.

Zie gelijklopende rechtspraak van de feitenrechtshouders: Vred. Hasselt 16 maart 1992, *VI.T.Gez.* 1992, 376 (per faxbericht overgemaakt verzoekschrift strekkende tot de terobservatieneming in een instelling van een geesteszieke); Arbh. Gent 8 november 1995, *TGR* 1996, 33 (aangetekende verzending van een fotokopie van de oorspronkelijke brief houdende kennisgeving van de dringende reden van het ontslag); Arbh. Luik 5 mei 1998, *JLMB* 1998, 1685 (per faxbericht opgestuurd verzoekschrift tot hoger beroep).

2) Bestaan uit lettertekens

477 De handtekening moet geschreven zijn en dus uit lettertekens bestaan. Een kruisje, een tekening of een ander symbool (bv. aangebracht door een iemand die beweert analfabeet te zijn), zelfs vergezeld van de handtekening van getuigen, vormen geen rechtsgeldige handtekening (Cass. 14 november 1901, *Pas.* 1902, I, 37; Brussel 25 oktober 1890, *Pas.* 1891, II, 290; Luik 17 maart 1917, *Pas.* 1917, II, 225), al evenmin als vingerafdrukken (P. VAN EECHE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 217, nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2330, nr. 1714; H. DE PAGE, *Traité*, 757, nr. 744 en 798, nr. 780; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; R. DEKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850). Dat geldt ook voor de digitale vingerafdruk, ondanks de nieuwe wetgeving die immers enkel geldt voor de elektronische handtekening (D. MOUGENOT, *La preuve*, 165, nr. 111). Niettemin werd een “dun kronkelend streepje” aanvaard als handtekening van de rechter onder een uitspraak, zoals bedoeld bij artikel 782 Ger.W. (Cass. 8 mei 2012, *Juristenkrant* 2012, 6).

478 Er bestaan evenwel wettelijke uitzonderingen. Zie bijvoorbeeld artikel 14 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt dat de notaris toelaat te vermelden dat een partij niet kan tekenen of daartoe niet in staat is (voor de persoon die zich in de onmogelijkheid bevindt te ondertekenen, biedt de authentieke akte een uitweg), alsook artikel 5 wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen dat voorschrijft dat de overeenkomst, tot bewijs van de instemming van de partijen,

kan voorzien worden van een teken, dat door twee getuigen wordt gewaarmerkt.

3) Identificeerbaar zijn

479 De handtekening moet identificeerbaar zijn. Daaruit volgt dat de handtekening vormelijke continuïteit moet vertonen, alsook leesbaar moet zijn.

480 Traditioneel wordt aangenomen dat de handtekening vormelijke continuïteit moet vertonen, dit wil zeggen de gewoonlijke manier van ondertekenen ten aanzien van derden moet zijn (Brussel 19 juni 1991, *TBH* 1993, 1022; Rb. Antwerpen 7 september 1989, *T.Not.* 1990, 109). Doorheen de jaren mag de handtekening wel een vormelijke verfijning ondergaan, maar fundamentele wijzigingen in de schrijfwijze mogen in principe niet optreden (Rb. Brussel 29 maart 2004, *TBH* 2006, 79, noot J. BUYLE, M. DELIERNEUX; P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 9, nr. 6; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702). Een handtekening die vormelijk afwijkt van de handtekening die men gewoonlijk stelt, wordt niet als een rechtsgeldige handtekening aanvaard (Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336). Zo werd bijvoorbeeld de bank aansprakelijk gesteld omdat zij was overgegaan tot de uitbetaling van een cheque, ondanks een duidelijke afwijking tussen de handtekening op het specimen en de handtekening op de cheque (Kh. Brussel 21 januari 1952, *BRH* 1959, 268; Kh. Brussel 17 maart 1981, *BRH* 1982, 148, noot G. DAL). Niettemin moet worden vastgesteld dat recente (cassatie)rechtspraak de rechtsgeldigheid aanvaardt, ook van een ongewone handtekening (Cass. 2 oktober 1964, *RW* 1965-66, 1440 en *Rev.prat.not.* 1965, 330, noot J.B.; Cass. 13 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1410; Brussel 7 september 2009, *T.Not.* 2010, 198; Gent 16 september 2010, *RW* 2011-12, 1045, noot).

Als teken gebruikt de ondertekenaar normalerwijze zijn naam (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 6; D. MOUGENOT, *La preuve*, 162, nr. 110; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 236, nr. 499). Niet vereist is evenwel dat de handtekening de volledige officiële naam van de ondertekenaar bevat, zoals die blijkt uit de akten van de burgerlijke stand (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 237, nr. 501; H. DE PAGE, *Traité*, 796, nr. 777.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 266, nr. 304). De familienaam, gevolgd of voorafgegaan door de eerste letter van de voornaam, volstaat (Brussel 19 juni 1991, *TBH* 1993, 1022). Zelfs een gedeeltelijke weergave van enkel de familienaam is voldoende (Rb. Charleroi 6 december 1954, *Rev.prat.not.* 1955, 27).

Meer zelfs, gebruik van de familienaam is (al dan niet alleen in familiale aangelegenheden) niet eens vereist, voor zover identificatie en toe-eigening maar voorhanden zijn (Cass. 13 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1410). Een ongewoon afgekorte handtekening werd aanvaard omdat ze op voldoende wijze de essentiële kenmerken van de gebruikelijke handtekening weergaf (Antwerpen 10 mei 1989, *Rev.not.b.* 1990, 550). Ook de roepnaam of het pseudoniem van de ondertekenaar mogen worden gebruikt, voor zover hij daaronder algemeen bekend is (Rb. Mechelen 25 oktober 1949, *RW* 1949-50, 402). Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn met een auteur of een kunstenaar (D. MOUGENOT, *La preuve*, 164, nr. 111). De gehuwde vrouw mag de naam van haar echtgenoot gebruiken (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850).

Maar, de ondertekening met het woord “moeder” of “grootmoeder” werd niet als een geldige handtekening aanvaard (Cass. 7 januari 1955, *RW* 1954-55, 1753, *Pas.* 1955, I, noot en *Ann. not.* 1955, 305, noot E. DE SMEDT; Cass. 2 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 106, Antwerpen 23 november 1988, *Rev.not.b.* 1989, 526).

Een handtekening is niet (of niet noodzakelijk) hetzelfde als een paraaf (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 401, nr. 702; H. DE PAGE, *Traité*, 796, nr. 777.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 266, nr. 304; anders: Arbh. Gent 23 maart 1992, *JTT* 1993, 146, noot). Een paraaf (of korttekening) is een soort verkorte handtekening (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 59, nr. 41). De paraaf beoogt doorgaans enkel aan te geven dat men een bepaalde tekst heeft gezien (het “viseren” van de inhoud), niet de goedkeuring ervan (B. VAN BAEVEGEM, “De paraaf: ‘Slip of the pen’ of geldige handtekening?” (noot onder Cass. 13 mei 2005), *TBBR* 2006, 589-601). Het parafeerde geschrift is dan ook geen akte en kan enkel gelden als begin van bewijs door geschrift voor zover vaststaat van wie dat geschrift is uitgegaan (Brussel 4 december 1879, *Pas.* 1881, II, 328; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 242, nr. 510; H. DE PAGE, *Traité*, 796, nr. 777.B en 799, nr. 780bis). Vandaar dat van een rechtsgeldige handtekening geen sprake is wanneer enkel de initialen van de voornaam en van de familienaam geplaatst worden, omdat dit slechts een paraaf is (Brussel 4 december 1879, *Pas.* 1881, II, 328; P. VAN EECKE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 219-220, nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2330, nr. 1714, H. DE PAGE, *Traité*, nr. 777B en 780bis; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; D. MOUGENOT, *La preuve*, 164, nr. 111; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850), tenzij wanneer vaststaat dat de steller

ervan gewoonlijk of zelfs bij gelegenheid een paraaf als handtekening gebruikt (Luik 5 juni 1996, *RRD* 1996, 567).

Sommigen verdedigen dat een handtekening meer moet zijn dan de loutere vermelding van de naam en zich moet onderscheiden door karakteristieke grafische trekken. Het zou een teken of een tekening moeten zijn, ongeacht de aard daarvan, dat/die door de betrokkene zelf werd gekozen en waarmee hij zich gewoonlijk laat herkennen. Het zou moeten gaan om een persoonlijke en herhaalde creatieve uitdrukking (P. VAN EECKE, “Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 219-221, nr. 11; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702). Anderen oordelen dat die interpretatie te ver gaat. De vorm of de schrijfwijze van de handtekening is irrelevant. De afwezigheid van tierelantijnen tast de geldigheid van de handtekening niet aan (Rb. Namen 25 juni 1990, *RRD* 1992, 60; D. MOUGENOT, *La preuve*, 164-165, nr. 111).

481 Om geldig te zijn moet de handtekening in principe ook leesbaar zijn (zie o.m. P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 8, nr. 6; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 240, nr. 507; *anders*: Brussel 22 december 1975, *RW* 1976-77, 88; Arbrb. Luik 3 juni 1980, *JTT* 1980, 337; D. MOUGENOT, *La preuve*, 164, nr. 111; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 702). Wanneer uit de handtekening niet kan worden afgeleid wie de ondertekenaar is en dit niet uit andere elementen naar voren komt, in het bijzonder door een bijkomende vermelding op het geschrift, is geen rechtsgeldige handtekening voorhanden. Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat geen acht wordt geslagen op een tot staving van de voorziening ingediende memorie, als deze vermeldt dat ze in opdracht van een advocaat is opgesteld doch in opdracht (i.o.) ondertekend is met een onleesbare handtekening, zonder vermelding van de naam en de hoedanigheid van de ondertekenaar (Cass. 2 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 384; zie in dezelfde zin Cass. 22 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 532 en *RW* 1987-88, 1476, noot D. MERCKX; Cass. 21 februari 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 701; Cass. 19 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 442; Cass. 2 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 384; Cass. 20 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 102; Cass. 29 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 574; Cass. 6 december 2005, *Arr.Cass.* 2005, 2442 en *NC* 2007, 135, noot L. ARNOU; Cass. 17 maart 2011, *FJF* 2011, 939, noot). De rechtspraak van de Raad van State is in gelijkkluidende zin gevestigd (RvS 25 januari 1994, nr. 45.744, *P&B* 1996, 184 en RvS 8 februari 1994, nr. 46.046, *P&B* 1996, 185, noot D. VAN HEUVEN, F. VAN VOLSEM; RvS 18 november 1996, nr. 63.140, *T.Vreemd.* 1997, 295).

4) Uitgaan van degene die zich verbindt

482 Het geschrift moet worden ondertekend door de partijen die daarbij een verbintenis aangaan. Het is niet noodzakelijk dat zulks gelijktijdig geschiedt (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2333, nr. 1716). De handtekening van een derde voldoet evenwel niet, tenzij in geval van (wettelijke of conventionele) vertegenwoordiging (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 236, nr. 498).

483 Wanneer een onderhandse akte, die tot bewijs moet dienen van een wederkerige overeenkomst, overeenkomstig artikel 1325 BW, in verschillende originelen werd opgemaakt en iedere partij een exemplaar ervan heeft ontvangen, is het op straffe van nietigheid niet vereist dat op elk exemplaar de handtekening van alle partijen voorkomt. Voldoende is dat iedere partij een exemplaar bezit met de handtekening van de andere partijen. Wanneer een partij tot bewijs van een wederkerige overeenkomst een onderhandse akte voorlegt waarop haar eigen handtekening niet voorkomt, maar wel die van de partij tegen wie de akte wordt ingeroepen, beslist de rechter derhalve wettig dat die akte het bewijs oplevert van het akkoord van de partijen over de verbintenissen van de partij tegen wie de akte wordt ingeroepen (Cass. 17 juni 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1204; Luik 14 oktober 2002, *TRV* 2003, 303).

5) De inhoud van het geschrift volledig dekken

484 Er moet zekerheid over bestaan dat de ondertekenaar zich de volledige inhoud (bv. vermeld op verschillende bladzijden) van het geschrift heeft toegeëigend (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 240, nr. 508; H. DE PAGE, *Traité*, 795, nr. 777.B). Daartoe volstaat niet dat de tekst wordt aangevangen met de woorden: ik, ondergetekende... (D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 119).

485 Er bestaan geen voorschriften omtrent de plaats van de handtekening (P. VAN EECKE, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 7, nr. 6; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; H. DE PAGE, *Traité*, nr. 777.B; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 704; D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 119; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 240, nr. 508; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850).

Men mag bijvoorbeeld vooraan ondertekenen of in de rand (bv. verticaal geschreven, bij gebrek aan plaats onderaan de tekst op het einde van de bladzijde), of nog, op de fiscale zegel (bij voorkeur met overschrijding van het oppervlak van de zegel om verwijdering en aanwending op een ander

geschrift te voorkomen) (RvS 14 mei 2009, nr. 193.296, *RW* 2009-10, 1690). Niettemin blijft het aangewezen dat de partijen hun handtekening aan het einde van het document plaatsen. Zo niet kan naderhand betwisting ontstaan omtrent de mate waarin de ondertekenaar zich het voorgelegde geschrift heeft toegeëigend (zie bv. Rb. Leuven 20 mei 1992, *Pas.* 1992, III, 78). Normalerweise wordt de handtekening trouwens onderaan het geschrift geplaatst op het einde van de bladzijde (Rb. Brussel 31 oktober 1986, *Rev.not.b.* 187, 164; Arbrb. Luik 3 juni 1980, *JTT* 1980, 337). Dat laat toe om datgene waartoe de ondertekenaar zich verbindt, fysisch af te bakenen. Zo niet moet de rechter op grond van de elementen eigen aan het concrete geval beoordelen of de elders geplaatste handtekening toe-eigening van de volledige inhoud van het geschrift impliceert (D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 119; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2333, nr. 1717; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 108, nr. 180; B. VAN BAEVEGHEM, “De paraaf: ‘Slip of the pen’ of geldige handtekening”, *TBBR* 2006, 599; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 241, nr. 508; H. DE PAGE, *Traité*, 796, nr. 777.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850). Zie bijvoorbeeld Luik 15 mei 1972, *RGAR* 1972, nr. 8887; Brussel 7 november 1973, *RW* 1974-75, 613.

486 In principe is het niet noodzakelijk om elke bladzijde van het geschrift te ondertekenen of te paraferen (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 133, nr. 148; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 241, nr. 509). Toch is het aangewezen dat de partijen alle pagina’s afzonderlijk paraferen. Doorgaans wordt dat trouwens ook gedaan, zodat niet later onopgemerkt een bladzijde kan worden toegevoegd of vervangen.

Hetzelfde geldt voor wijzigingen. Toevoegsels en doorhalingen moeten niet in de rand worden ondertekend en gearafeerd. Het ontbreken van paraferingen bij schrappingen verhindert niet dat de rechter oordeelt dat de schrappingen rechtsgeldig tot stand gekomen zijn en effect sorteren (Arbh. Antwerpen 4 juni 1993, *RW* 1993-94, 824). De enkele omstandigheid dat in een onderhandse akte een clause niet gearafeerd werd en een andere wel, doet geen afbreuk aan de wettelijke bewijswaarde van die niet-gearafeerde clause waarvan vaststaat dat zij deel uitmaakt van de tussen partijen ondertekende overeenkomst. Uit de afwezigheid van een paraaf bij een clause van een tussen partijen ondertekende overeenkomst kan niet worden afgeleid dat de partijen met die clause niet hebben ingestemd (Cass. 13 mei 2005, *TBBR* 2006, 589, noot B. VAN BAEVEGHEM; zie evenwel de art. 13, 15 en 16 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt). Wel kan aangenomen worden dat niet-doorgehaalde, gedrukte bedingen afgeschaft werden door handgeschreven toevoegsels die er niet mee te verenigen zijn (R. DEKKERS, A.

VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 705; D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 119).

De rechter beoordeelt in principe soeverein of alle bladzijden, overschrijvingen, doorhalingen, blancoruimtes of toevoegingen al dan niet gedekt zijn door de handtekening (vgl. Cass. 12 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 358, weliswaar in verband met een notariële akte; Arbh. Brussel 2 februari 1990, *JTT* 1991, 29; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 704; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 241, nr. 509, voetnoot 51; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 850).

e. De elektronische handtekening

1) Probleemstelling

487 De technologische evolutie heeft niet alleen geleid tot het ontstaan van nieuwe informatie- en communicatietechnieken, maar ook tot de ontwikkeling van diverse vormen van elektronische handtekening, zijnde *tous les mécanismes dans lesquels une forme de signature est créée et conservée par un procédé électronique* (D. MOUGENOT, *La preuve*, 169, nr. 121).

Ongeacht de technische modaliteiten daarvan (die bijzonder snel wijzigen en die qua verschijningsvormen bijzonder talrijk zijn, bv. naam onder een e-mail, scannen van handgeschreven handtekening, handtekening met smartpen, biometrische handtekening op basis van vingerafdruk of oogiris, digitale handtekening...), is belangrijk van meet af aan te benadrukken dat alle daartoe aangewende procedés de hiernavolgende gemeenschappelijke karakteristieken beogen (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 156-157, nr. 177; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 401, nr. 703; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 51, nr. 860), maar daarin veelal slechts gedeeltelijk slagen:

- het gaat om een geheel van elektronische gegevens (zijnde voorstellingen van feiten die in de informatietechniek verwerkt kunnen worden) dat toelaat een persoon, de ondertekenaar, te identificeren (de identificatiefunctie):

vooral de biometrische handtekening en de digitale handtekening scoren hier goed; het scannen van de handgeschreven handtekening kan daarentegen door om het even wie gebeuren (vereist is alleen dat men in het bezit is van een specimen van de originele handtekening en van een scanner), zodat hier de

identificatiefunctie niet wordt vervuld; de magnetische kaart, vergezeld van de pincode, is dan weer niet rechtstreeks verbonden met één welbepaalde persoon (D. MOUGENOT, *La preuve*, 169, nr. 121 en 177, nr. 121-3);

- dat geheel van elektronische gegevens is verbonden met een wel bepaald elektronisch document, het goed te keuren stuk (de toe-eigeningsfunctie):

ongeacht het aangewende procedé, moet de handtekening vrijwillig (niet automatisch) worden geplaatst; de noodzakelijke band tussen handtekening en document is daarbij bijvoorbeeld zeer moeilijk te realiseren bij de biometrische handtekening (D. MOUGENOT, *La preuve*, 170, nr. 121) en al helemaal niet aanwezig bij invoering in een bankautomaat of in een betaalterminal van een magnetische kaart (voorzien van een magnetische band of van een chip) gecombineerd met het intikken van een geheime code op het klavier, omdat de journaalband van die bankautomaat of van die betaalterminal geen spoor van die code bevat; in dat laatste geval gebeurt de goedkeuring van de operatie bovendien niet altijd na de beëindiging ervan, zoals bijvoorbeeld in tankstations waar veelal wordt getankt nadat de verrichtingen op de terminal hebben plaatsgehad (D. MOUGENOT, *La preuve*, 170-172, nr. 121-1, die erop wijst dat in bancaire aangelegenheden overeenkomsten tussen de banken en hun klanten evenwel uitdrukkelijk bepalen dat de aanwending van dit procedé dezelfde juridische gevolgen heeft als het gebruik van de handgeschreven handtekening);

- dikwijls gaat dat gepaard met de tussenkomst van een derde (certificatiedienst), met de bedoeling de handtekening te begeleiden door een elektronisch certificaat dat toelaat de identiteit van de ondertekenaar te bevestigen.

Op dat certificaat na (dat vreemd is aan de handgeschreven handtekening) stemmen die karakteristieken overeen met de functies die de handgeschreven handtekening vervult. De elektronische handtekening is dan ook gebaseerd op een functionele invulling van het begrip handtekening. Opdat van een elektronische handtekening sprake zou zijn, moet minimaal zijn voldaan aan de identificatiefunctie en aan de toe-eigeningsfunctie. Zoals de handgeschreven handtekening verleent ook de elektronische handtekening aan een document zijn origineel karakter. Maar anders dan bij een handgeschreven handtekening (die bij vermenigvuldiging noodzakelijk een afschrift wordt), laat de elektronische handtekening toe een oneindig aantal originelen te maken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 178, nr. 121-3).

488 Hierboven onder nummer 466 werd reeds uiteengezet dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie de handtekening lange tijd vormelijk heeft benaderd als zijnde de handgeschreven uitdrukking van de eigennaam van de

ondertekenaar. Die vormelijke benadering vormde een beletsel voor het hechten van juridische waarde aan elektronische vormen van handtekening (P. VAN EECHE, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 1; H. DE PAGE, *Traité*, 798, nr. 779). De voormelde moderne technieken kwamen niet als klassieke handtekening in aanmerking (zie bv. inzake een telefaxbericht Cass. 25 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 719).

Gevolg daarvan was dat aan het *instrumentum* voorzien van een elektronische handtekening niet de bewijskracht van een onderhandse akte kon worden verleend, dit bij gebrek aan een handgeschreven handtekening. Dergelijk *instrumentum* kon hoogstens gelden als een feitelijk vermoeden of als een begin van bewijs door geschrift. Conventionele afwijkingen waren theoretisch weliswaar denkbaar en in de praktijk ook gangbaar (bv. inzake het gebruik van bankkaarten: vgl. Rb. Namen 30 mei 1988, *DIT* 1990, 60, noot J. BUYLE), maar praktisch niet haalbaar in een open netwerk zoals het internet, omdat de correspondenten elkaar daar niet kennen en derhalve ook niet voorafgaand overeenkomsten kunnen sluiten die hun onderlinge verhoudingen regelen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 178, nr. 121-4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 46, nr. 740).

489 Ook in een elektronische omgeving bestaat evenwel nood aan betrouwbaarheid zowel omtrent de informatie zelf als aangaande de persoon die deze informatie uit (hetgeen in de wereld van de informatiebeveiliging wordt aangeduid met de term "authenticiteit" van de informatie). Er was dan ook behoefte aan elektronische equivalenten van de traditionele technieken om informatie op een betrouwbare wijze vast te leggen. Meer bepaald was met het oog op de rechtszekerheid een juridische gelijkstelling noodzakelijk tussen de akte in een papieren omgeving en de elektronische akte. De bevestiging door de wetgever van de rechtsleer die aanvaardt dat een geschrift eveneens in elektronische vorm kan opge maakt worden (zie hierboven onder nr. 458), volstond daartoe niet langer. Ook elektronische vormen van handtekening moesten wettelijk worden erkend, zeker indien men de ontwikkeling van de elektronische handel wou ondersteunen. Een functionele invulling van de elektronische handtekening was daarbij noodzakelijk (om het elektronisch ondertekende geschrift als bewijsmiddel toelaatbaar te maken), maar niet voldoende. Om betwistingen in zake bewijskracht te vermijden moest de wetgever ook klaar en duidelijk bepalen onder welke voorwaarden van gelijkstelling van de elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening sprake is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 169, nr. 121 en 178-180, nr. 121-4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 60, nr. 1020).

490 Onder invloed van Europese richtlijnen heeft de wetgever sinds kort de elektronische handtekening ingevoerd in ons recht. Dat is gebeurd zonder te raken aan de jurisprudentiële en doctrinale invulling van het concept van de handgeschreven handtekening dat dus onverminderd blijft bestaan (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 50, nr. 820; J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 225, nr. 12). Net zoals bij het elektronisch geschrift, is de invoering van de elektronische handtekening opnieuw gebeurd via diverse opeenvolgende, niet-gecoördineerde wetgeving (zie daarover o.m.: J. VANDENDRIESSCHE, *De elektronische handtekening*, Brugge, Vanden Broele, 2006; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009). Zoals hierna zal blijken, werden daarbij zelfs meerdere definities van de elektronische handtekening in de wet opgenomen. Daarenboven zijn die verschillende vormen van elektronische handtekening onderworpen aan verschillende regels, dit al naargelang hun onderscheiden karakteristieken. Gevolg daarvan is een juridische toestand die allesbehalve klaar en helder is en een blijvend gebrek aan rechtszekerheid bij het gebruik van elektronische handtekeningen. Het probleem voor de rechter is vooral te weten of de elektronische handtekening (in de technische zin van het woord) waarmee hij wordt geconfronteerd, al dan niet kan worden gelijkgesteld met de handgeschreven handtekening (in de juridische zin van het woord) en, in bevestigend geval, welke juridische gevolgen moeten worden gehecht aan de betrokken elektronische handtekening.

2) De wet van 20 oktober 2000

491 Er is in dit verband vooreerst de wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure (*BS* 22 december 2000, 42.698), welke wet een gedeeltelijke omzetting is (meer bepaald inzake de elektronische handtekening) van de Europese E-handtekeningenrichtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 (richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *Pb.L.* 2000, afl. 13, p. 12). Ingevolge die wet wordt inzake onderhandse akten een tweede lid aan artikel 1322 BW toegevoegd waarbij wordt voorgeschreven dat, voor de toepassing van dat wetsartikel, aan de vereiste van een handtekening kan voldoen, een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoonst.

492 Door deze wetsbepaling wordt het klassieke handtekeningbegrip in het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk verruimd, zodat naast de handgeschreven handtekening ook elektronische vormen van handtekening toegelaten worden. Meer bepaald kan het nu ook gaan om een geheel van elektronische gegevens, mits ze aan een bepaalde persoon kunnen toegeschreven worden (toerekenbaarheid aan een bepaalde persoon) en het behoud van de integriteit van de akte aangetoond is (onveranderlijkheid van de akte). De wet zelf spreekt evenwel niet van “elektronische handtekening”. Maar ze beoogt ze wel en verleent haar onder welbepaalde voorwaarden dezelfde juridische waarde als een handgeschreven handtekening (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 19, nr. 17 en 21, nr. 18).

De wettelijke verruiming geldt evenwel niet voor handgeschreven handtekeningen die niet aan door het Hof van Cassatie gestelde vormvereisten voldoen, noch voor niet-elektronische tekens zoals bijvoorbeeld de vingerafdruk (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 53, nr. 900).

493 Met artikel 1322, tweede lid BW wordt een functionele definitie van de elektronische handtekening in de wet neergelegd (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 270, nr. 310).

In de omschrijving wordt vooreerst uitdrukkelijk verwezen naar de identificatiefunctie en naar de toe-eigeningsfunctie, zij het dat zulks gebeurt door aanwending van minder gebruikelijke terminologie: toerekening aan een bepaalde persoon (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 52, nr. 880; anders: D. MOUGENOT, *La preuve*, 194, nr. 122-3 die meent dat art. 1322, tweede lid BW alleen de identificatiefunctie vermeldt).

Anders dan inzake de handgeschreven handtekening wordt daarnaast de integriteitsfunctie vermeld (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 110, nr. 186). Achterliggende redenering daarvan is dat het onderscheidend element tussen een originele akte en een afschrift gelegen is in het feit of het geschrift al dan niet voorzien is van een handtekening, terwijl originaliteit nodig is om de integriteit van de inhoud van de akte te kunnen waarborgen (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 17). Maar, dat standpunt wordt niet door eenieder gedeeld. De integriteit van een akte zou immers worden bepaald door de bewaring of de originaliteit van haar drager of door een andere techniek, niet noodzakelijk door de handtekening (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2338, nr. 1718; D. MOUGENOT, *La preuve*,

194, nr. 122-3; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 53, nr. 890).

494 Ingevolge artikel 1322, tweede lid BW wordt het principe van de niet-discriminatie in ons recht ingevoerd. Een handtekening kan voortaan door de rechter niet meer worden verworpen om de enkele reden dat ze elektronisch is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 188, nr. 122-3 en 198, nr. 122-5; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 62, nr. 1070; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 270, nr. 310; J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 226, nr. 15).

Een elektronische handtekening wordt evenwel niet automatisch gelijkgesteld met een schriftelijke handtekening. Een tussenkomst van de rechter blijft noodzakelijk. De rechter is daarbij niet verplicht de elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening gelijk te stellen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 703; D. MOUGENOT, *La preuve*, 198, nr. 122-5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 273, nr. 316). Voor de geldigheid van een onderhandse akte kan de rechter een elektronische handtekening erkennen. Dat betekent meer bepaald dat de rechter, ingeval een elektronische handtekening wordt ingeroepen die wordt betwist, concreet moet nagaan of al dan niet aan de vereisten van de hierboven geciteerde wetsbepaling, d.i. aan de identificatiefunctie, aan de toe-eigeningsfunctie (waarvan het vervuld zijn ook hier op weerlegbare wijze wordt vermoed) en aan de integriteitsfunctie, is voldaan. De rechter beschikt over een soevereine appreciatiebevoegdheid. Hij kan dienaangaande een deskundigenonderzoek gelasten. De subjectieve bewijslast rust op degene die de elektronische handtekening inroept (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 111, nr. 187). Het gebruik van een bankkaart met een geheime pin-code bij betalingsverrichtingen via een bankautomaat of via een betaalterminal is weliswaar een elektronische handtekening, maar voldoet bijvoorbeeld niet aan de vereisten van artikel 1322 BW (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-4, § 6, 1). De toestand is in dat verband niet anders dan in een papieren omgeving: ook daar moet de rechter nagaan of een bewijsstuk al dan niet van een handgeschreven handtekening is voorzien en bijgevolg of sprake is van een onderhandse akte dan wel alleen van een gewoon geschrift.

In die zin is er ook geen onderlinge tegenstrijdigheid tussen artikel 1322, tweede lid BW en artikel 16, § 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij,

waarbij wordt voorgeschreven dat aan de uitdrukkelijke of stilzwijgende vereiste van een handtekening in het kader van de totstandkoming van een contract langs elektronische weg is voldaan wanneer deze laatste beantwoordt aan de voorwaarden van artikel 1322, tweede lid BW. De rechter oordeelt soeverein over de invulling van de functionele voorwaarden waarvan hierboven sprake, maar zijn bevoegdheid in dat verband is niet onbeperkt. In geval van een positieve beoordeling moet de rechter de elektronische handtekening met een handgeschreven handtekening gelijkstellen (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21-22, nr. 18; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 62, nr. 1070; anders: J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 227, nr. 16).

495 Door zijn plaats in het Burgerlijk Wetboek (in Titel III “Contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen”, onder Hoofdstuk VI “Bewijs van de verbintenissen en bewijs van de betaling”, afdeling I, § 2 “De onderhandse akte”) is het toepassingsgebied van artikel 1322, tweede lid BW beperkt (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 22, nr. 19). De tekst van artikel 1322, tweede lid BW vangt trouwens aan met de woorden: “kan, voor de toepassing van dit artikel, ...” (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 703; D. MOUGENOT, *La preuve*, 190-192, nr. 122-3; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 271, nr. 311). De gelijkstelling van een elektronische handtekening met een handgeschreven handtekening geldt dan ook enkel voor de handtekening:

- die gesteld wordt op een onderhandse akte, niet op een authentieke akte (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 44, nr. 670, voetnoot 210 en 54, nr. 900): zie evenwel artikel 1317, derde lid BW (daarover verder meer onder nr. 543);
- die gehanteerd wordt voor het bewijs van verbintenissen, niet voor de geldigheid van verbintenissen (bv. art. 970 BW of inzake de cheque, het orderbriefje of de wisselbrief): zie evenwel artikel 16 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische diensten van de informatiemaatschappij dat de mogelijkheid creëert om een overeenkomst ook met het oog op haar geldigheid van een elektronische handtekening te voorzien (aangezien aan elke wettelijke vereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg is voldaan wanneer onder meer de functionele voorwaarden van art. 1322, tweede lid BW zijn vervuld);

- die betrekking heeft op een overeenkomst in het algemeen, dit wil zeggen voor zover er geen specifieke wetgeving inzake welbepaalde overeenkomsten andere regels (waaraan enkel met papieren documenten kan worden voldaan) oplegt.

Daarenboven kan geen elektronische handtekening worden gebruikt in het raam van de artikelen 1326 (eenzijdige verbintenissen) en 1328 BW (vaste datum). Wat artikel 1326 BW betreft, is er evenwel ondertussen de bepaling van artikel 16, § 2, derde streepje van de wet van 11 maart 2003 die mogelijk maakt dat de aldaar voorgeschreven handgeschreven vermeldingen worden vervangen door een elektronisch procedé (daarover verder meer onder nr. 600). De moeilijkheid met artikel 1328 BW is het gevolg van het feit dat elektronische registratie in principe vooralsnog onmogelijk is (uitgezonderd de mogelijkheden die art. 16 van de voormelde wet van 11 maart 2003 op dat vlak biedt). Een onderhandse akte voorzien van een elektronische handtekening kan wel vaste datum verkrijgen bij overlijden van een van haar ondertekenaars of wanneer de hoofdinhoud is overgenomen in een authentieke akte (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 22-23, 19).

3) De wet van 9 juli 2001 (wet elektronische handtekeningen)

496 Een tweede initiatief van de wetgever is er gekomen met de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten (*BS* 29 september 2001), hierna de wet elektronische handtekeningen, welke wet ook een gedeeltelijke omzetting vormt (meer bepaald inzake de certificatediensten) van de hierboven bedoelde Europese E-handtekeningenrichtlijn. Met die wet wordt het begrip elektronische handtekening voor het eerst in ons recht geïntroduceerd, zij het dat de elektronische handtekening daarbij op verschillende wijzen wordt gedefinieerd. De nieuwe regeling kent in principe een algemeen toepassingsgebied. Niettemin wordt dat algemeen toepassingsgebied in de praktijk nog steeds beperkt door de talrijke wettelijke bepalingen die bijzondere formaliteiten opleggen die enkel in een papieren omgeving kunnen ingevuld worden, zoals bijvoorbeeld de eis van welbepaalde vermeldingen die een bijzondere lay-out moeten hebben (vetjes, in een kader geplaatst...). In die gevallen blijft het gebruik van een weliswaar rechtsgeldige (zelfs gekwalificeerde) elektronische handtekening (nog altijd) zonder gevolg. Al is de wetgever ingevolge Europese richtlijn 2000/31 van 8 juni 2000 omtrent elektronische handel (daarover verder meer onder nr. 508) op dat ogenblik wel reeds verplicht om de problemen als gevolg van deze formaliteiten weg te werken wat contracten betreft (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 28-29, nr. 28).

a) De gewone elektronische handtekening

497 In artikel 2.1° van de voormelde wet wordt de elektronische handtekening in het algemeen omschreven als gegevens in elektronische vorm, vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens (waarmee wordt aangeduid dat de elektronische handtekening een zekere band moet hebben met de akte waarop ze betrekking heeft, ongeacht de daartoe gebruikte techniek, band die in een papieren omgeving door de papieren drager wordt verzekerd), die worden gebruikt als middel voor authenticatie (de eigenschap van een document waarvan de auteur of de originaliteit zijn verzekerd op basis van een certificaat). Het gaat dus om alle elektronische authenticatietechnieken.

Een voorbeeld van het gebruik van een elektronische handtekening kan worden gevonden in artikel 15, § 1 wet 22 juli 1953 houdende oprichting van een instituut van de bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor (*BS* 24 mei 2007). Bij die wetsbepaling wordt voorgeschreven dat de bedrijfsrevisoren die wettelijke controles van de enkelvoudige jaarrekening of geconsolideerde jaarrekening bij organisaties van openbaar belang uitvoeren, uiterlijk drie maanden na het eind van elk boekjaar op hun websites jaarlijkse transparantieverslagen bekendmaken die ze via een elektronische handtekening bevestigen.

498 De omschrijving van artikel 2, 1° strookt niet met de definitie van artikel 1322, tweede lid BW. Alleen laatstbedoelde definitie geldt voor de toepassing van het interne Belgische bewijsrecht wat de eenvoudige elektronische handtekening betreft. De omschrijving van artikel 2.1° is enkel van belang voor de toepassing van het niet-discriminatiebeginsel (eerste principe geïntroduceerd door de wet van 9 juli 2001) neergelegd in artikel 4, § 5 van de wet (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 110, nr. 184; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 703; D. MOUGENOT, *La preuve*, 180, nr. 122-3; J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 226, nr. 13). Laatstbedoelde wetsbepaling schrijft voor dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid kan worden ontzegd en niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van het feit dat:

- de handtekening in elektronische vorm is gesteld; of
- niet gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat; of
- niet is gebaseerd op een door een geaccrediteerd certificatiebureau afgegeven certificaat; of
- zij niet met een veilig middel is aangemaakt.

Artikel 4, § 5 van de wet van 9 juli 2001 houdt een bevestiging in van het niet-discriminatiebeginsel in alle takken van het recht. Daarmee heeft die wetsbepaling een ruimer toepassingsgebied dan artikel 1322 BW dat hetzelfde principe enkel toepast inzake het bewijsrecht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 189, nr. 122-3).

499 Zoals artikel 1322 BW voert artikel 4, § 5 enkel een niet-discriminatiebeginsel in van elektronische authenticatietechnieken tegenover niet-elektronische authenticatietechnieken. De rechter kan een handtekening niet terzijde schuiven om de enkele reden dat zij een elektronisch karakter heeft.

De elektronische authenticatietechnieken worden evenwel juridisch niet automatisch gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening. In geval van betwisting moet de rechter de elektronische handtekening juridisch effect weigeren wanneer hij van oordeel is dat aan de criteria van artikel 1322, tweede lid BW niet is voldaan (toerekenbaarheid aan een bepaalde persoon en onveranderlijkheid van de inhoud). Degene die zich op de elektronische handtekening beroept, draagt de bewijslast van het vervuld zijn van die functies ((D. MOUGENOT, *La preuve*, 190, nr. 122-3). Uit dat niet-discriminatiebeginsel vloeit wel voort dat, eens de rechter tot de vaststelling is gekomen dat aan de vereisten van artikel 1322, tweede lid BW is voldaan, hij de elektronische handtekening met de traditionele handtekening moet gelijkstellen. Op dat punt ontbreekt het hem derhalve aan enige appreciatiebevoegdheid (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2340, nr. 1719; D. MOUGENOT, *La preuve*, 190, nr. 122-3). Ook in geval van niet-betwisting zal de rechter de elektronische handtekening als geldig moeten aanvaarden, aangezien het bewijsrecht niet van openbare orde is (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 158-159, nr. 179).

b) De geavanceerde elektronische handtekening

500 Vervolgens definieert de wet in artikel 2.2° de geavanceerde elektronische handtekening als elektronische gegevens vastgehecht aan of logisch geassocieerd met andere elektronische gegevens, die worden gebruikt als middel voor authenticatie en aan de volgende eisen voldoen:

- zij zijn op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden;
- zij maken het mogelijk de ondertekenaar te identificeren;
- zij worden aangemaakt met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden;
- zij zijn op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking hebben verbonden, dat elke latere wijziging van de gegevens kan worden opgespoord.

Anders dan bij de eenvoudige elektronische handtekening specificeert de wetgever ten aanzien van de geavanceerde elektronische handtekening wat precies onder authenticatie moet worden verstaan. Het gaat dus om een elektronische handtekening die aan bepaalde technische veiligheidsvoorschriften voldoet.

501 Aan dit type van elektronische handtekening worden door de wetgever verder geen andere specifieke rechtsgevolgen verleend. Het begrip is slechts van belang als een van de bestanddelen van de gekwalificeerde elektronische handtekening waarover hieronder onder de nummers 502 e.v. meer. Terecht wordt opgemerkt dat de geavanceerde elektronische handtekening niettemin juridisch wel een betere bewijspositie oplevert dan de gewone elektronische handtekening, aangezien ze in belangrijke mate aan de functionele voorwaarden van artikel 1322, tweede lid BW lijkt te kunnen voldoen (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 26, nrs. 23 en 25; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 703).

c) De gekwalificeerde elektronische handtekening

502 Ten slotte is in artikel 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001 sprake van een derde vorm van elektronische handtekening, meer bepaald van de geavanceerde elektronische handtekening gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening, zijnde de meest beveiligde vorm van elektronische handtekening. In de rechtsleer is men in dat verband gaan spreken van de gekwalificeerde elektronische handtekening. Die terminologie is niet te vinden in de wet van 9 juli 2001, doch naderhand in navolging van de doctrine wel overgenomen door de wetgever in de wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering.

503 In artikel 2 bevat de wet onder meer definities van:

- het certificaat: een elektronische bevestiging, uitgereikt door een certificatie dienstverlener, die de gegevens voor het verifiëren van de handtekening koppelt aan een natuurlijke persoon of een rechtspersoon en de identiteit van die persoon bevestigt;
- het gekwalificeerd certificaat: een certificaat dat voldoet aan de eisen van bijlage I van de wet en dat wordt afgegeven door een certificatie dienstverlener die voldoet aan de eisen van bijlage II van de wet;
- de eisen van bijlage I van de wet betreffen de inhoud van het certificaat; een gekwalificeerd certificaat kan zelf worden bestempeld als een onderhandse akte, meer bepaald als een akte (voorzien van een rechtsgeldige elektronische handtekening) waarbij een derde (de certificatie dienstverlener) attesteert dat een bestand is aangemaakt met de private sleutel van een bepaalde persoon (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 27, nr. 27);
- bijlage II van de wet bevat de voorwaarden voor de erkenning van certificatie dienstverleners; het gaat daarbij vooral om technische en organisatorische voorwaarden (bv. de integriteit, de beschikbaarheid en de veiligheid

van het systeem, de deskundigheid van het personeel...) (zie over het statuut van de certificatie dienstverleners: D. MOUGENOT, *La preuve*, 201-205, nr. 122-6);

- gegevens voor het aanmaken van een handtekening: unieke gegevens, zoals codes of cryptografische privésleutels, die door de ondertekenaar worden gebruikt om een geavanceerde elektronische handtekening aan te maken;
- een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening: geconfigureerde software of hardware die wordt gebruikt om de gegevens voor het aanmaken van een handtekening te implementeren en die voldoet aan de eisen van bijlage III van de wet.

Artikel 6 wet elektronische handtekeningen voegt daaraan toe dat, wanneer een product voor elektronische handtekeningen overeenstemt met de normen waarvan de referentienummers worden gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, dit product wordt verondersteld te voldoen aan de eisen van bijlage II en bijlage III van de wet.

504 Een voorbeeld van een gekwalificeerde elektronische handtekening is de digitale of numerieke elektronische handtekening (PKI). Die vorm van handtekening maakt gebruik van de cryptografie (waarvan het gebruik in België vrij is sinds de wet van 19 december 1997 houdende wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven). De cryptografie is de techniek die via een wiskundige formule (algoritme) toelaat een bericht onbegrijpelijk te maken voor de niet-geautoriseerde lezer. Enkel de lezer die over de sleutel (een reeks van cijfers en/of letters) beschikt is in staat om het bericht te ontcijferen.

In een eerste variëteit beschikken de auteur en de bestemming van het bericht over dezelfde geheime sleutel. Een voorbeeld daarvan is de "digipass" die door financiële instellingen ter beschikking wordt gesteld van hun klanten (D. MOUGENOT, "La preuve" in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 160, nr. 180). Bij elke connectie wordt de gebruiker in kennis gesteld van een willekeurig getal. De gebruiker tikt dat getal op het klavier van de digipass die door middel van zijn algoritme een ander getal vormt dat dienst kan doen als paswoord. Vervolgens hecht de gebruiker dat paswoord aan het bericht (bv. een overschrijving) dat hij aan de financiële instelling verstuurt. De instelling controleert dan het haar toegestuurde paswoord met het resultaat van haar eigen berekening. Op die manier kan de instelling een grote graad van zekerheid bekomen omtrent de originaliteit van het bericht (identificatiefunctie). Nadeel is evenwel dat dit systeem slechts functioneert in het raam van vooraf georganiseerde verhoudingen en niet in een open netwerk, zoals het internet. Het systeem moet immers op de hoogte zijn van de geheime sleutel van elke digipass.

Naderhand is een meer ontwikkelde variant ontstaan, waarbij gebruik wordt gemaakt van twee sleutels: een geheime sleutel die enkel gekend is door zijn titularis en een publieke sleutel die kenbaar is voor iedereen, waarbij het wiskundig mogelijk is de publieke sleutel te berekenen uitgaande van de private sleutel, maar het omgekeerde niet. Wanneer A nu een bericht bewerkt met de publieke sleutel van B, kan enkel B dat bericht ontcijferen met zijn geheime sleutel (waarborg voor het vertrouwelijk karakter van het bericht). Wanneer A het bericht daarenboven bewerkt met zijn geheime sleutel, kan B dat gecodeerde bericht slechts lezen met aanwending van de publieke sleutel van A (identificatiefunctie). Voor zover de bewerking door A vrijwillig is geschied, kan ook de toe-eigeningsfunctie van de handtekening geacht worden vervuld te zijn. Maar bovendien wordt (anders dan bij de handgeschreven handtekening waar de drager daarvoor instaat) ook de integriteit van het bericht gewaarborgd (integriteitsfunctie). Nadat het bericht is opgesteld, wordt het bericht door A bewerkt met een “hash”-functie die een soort van gecodeerde samenvatting van de tekst (elektronische afdruk) maakt. De digitale handtekening bestaat uit die gecodeerde samenvatting van de tekst die de tekst zelf vergezelt. Na ontcijfering van het ontvangen bericht, gebruikt de bestemming op zijn beurt de “hash”-functie om een afdruk van het bericht te maken. Stemmen beide afdrucken overeen, dan staat meteen vast dat het bericht ongewijzigd is. Essentieel daarbij in een open netwerk is uiteraard dat elke gebruiker zekerheid heeft dat de publieke sleutel die hem ter beschikking wordt gesteld, ook daadwerkelijk overeenstemt met de identiteit van zijn correspondent. Die overeenstemming wordt gewaarborgd door een certificaat dat wordt verstrekt door een (publieke of private, al dan niet geaccrediteerde) vertrouwensdienst (trusted third party) ((D. MOUGENOT, *La preuve*, 174-175, nr. 121-2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 111-112, nr. 188; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 169, nr. 228; P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 16-18, nr. 13; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 401, nr. 703). De Belgische overheid stimuleert het gebruik van een dergelijke digitale handtekening inzonderheid door de invoering van de digitale identiteitskaart. Die identiteitskaart bevat onder meer een certificaat en een sleutelpaar dat iedere burger kan hanteren om een digitale handtekening te plaatsen (O. GOFFARD en E. ROGER-FRANCE, “L’introduction de la carte d’identité électronique en droit belge par la loi du 25 mars 2003: aspects juridiques”, *JT* 2005, 277 e.v.).

505 Wat betreft de gekwalificeerde elektronische handtekening, wordt de rechterlijke controlebevoegdheid inzake het vervuld zijn van de functies van de handtekening uitgeschakeld. Van zodra aan de voorwaarden van artikel 4, § 4 is voldaan (bewijs te leveren door degene die zich op een dergelijke handtekening beroept aan de hand van het certificaat, bij voorkeur aangemaakt door een geaccrediteerde certificatedienstverstrekker), wordt de betrokken elektronische handtekening door de wetgever automatisch gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening. Dat

is het principe van de gelijkstelling (tweede principe ingevoerd door de wet van 9 juli 2001). Artikel 4, § 4 wet elektronische handtekeningen schrijft immers voor dat, onverminderd artikel 1323 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, de gekwalificeerde elektronische handtekening geassimileerd wordt met een handgeschreven handtekening (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 110, nr. 184 en 112, nr. 191; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 401, nr. 703; D. MOUGENOT, *La preuve*, 195-198, nr. 122-4; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 63, nr. 1090; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 274, nr. 317). Gevolg daarvan is dat het elektronisch geschrift waaraan die elektronische handtekening gehecht is het statuut van onderhandse akte verwerft.

De automatische gelijkstelling van de elektronische handtekening met de handgeschreven handtekening vormt een vermoeden *juris tantum*. Er wordt bijgevolg automatisch vermoed dat aan de toerekenings- en aan de integriteitsfunctie is voldaan, behoudens tegenbewijs door een van de partijen, tegenbewijs dat mag worden geleverd met alle middelen van recht. Ingeval dat tegenbewijs geleverd wordt, herneemt de rechter zijn bevoegdheid om vast te stellen of de aangewende techniek al dan niet als een rechtsgeldige handtekening in aanmerking komt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 197-198, nr. 122-4; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 113, nr. 191; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 64, nr. 1100).

d) Behoud van de artikelen 1323-1324 BW

506 Dat alles belet verder niet dat de artikelen 1323 en 1324 BW (in verband met de erkenning/ontkenning van de handtekening, waarover verder onder nr. 607 meer), net zoals op de papieren handtekening, op de (gewone en gekwalificeerde) elektronische handtekening van toepassing blijven (D. MOUGENOT, *La preuve*, 198, nr. 122-4). Artikel 4, § 4 voorziet inderdaad uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot ontkenning van een gekwalificeerde elektronische handtekening (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 64, nr. 1110).

e) Ook rechtspersonen

507 Ten slotte moet worden benadrukt dat ook een rechtspersoon een rechtsgeldige elektronische handtekening kan plaatsen (art. 2, art. 4, § 4 en bijlage III wet elektronische handtekeningen). Anders dan in een papieren omgeving (waar een rechtspersoon slechts kan ondertekenen door tussenkomst van een fysieke persoon) is het in een elek-

tronische omgeving mogelijk de handtekening te verbinden aan het titularis zijn van een certificaat. Niets verhindert dat rechtspersonen titularis zouden zijn van een certificaat. Vandaar ook dat niets belet dat ook rechtspersonen de elektronische handtekening kunnen aanwenden en bijgevolg onderhandse akten kunnen ondertekenen. De regels inzake de vertegenwoordiging van rechtspersonen blijven evenwel onverminderd gelden. Artikel 8, § 3 van de wet van 9 juli 2001 schrijft wel voor dat voor de rechtspersoon de certificatie-dienstverlener een register bijhoudt met de identiteit en de hoedanigheid van de natuurlijke personen die de rechtspersoon vertegenwoordigen en die gebruiken van de handtekening verbonden aan het certificaat, op zo een wijze dat bij elk gebruik van deze handtekening de identiteit van de natuurlijke persoon kan achterhaald worden.

4) De wet van 11 maart 2003 (wet elektronische handel)

508 Inzake langs elektronische weg gesloten contracten is bevestiging van die nieuwe regelgeving omtrent de elektronische handtekening te vinden in artikel 16, § 2 van de wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, hierna de wet elektronische handel (welke wet een omzetting is van de Europese richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb.L.* 178, 17 juli 2000). Meer bepaald wordt in die wetsbepaling voorgeschreven dat aan de uitdrukkelijke of stilzwijgende vereiste van een handtekening is voldaan wanneer deze laatste beantwoordt aan de voorwaarden van ofwel artikel 1322, tweede lid BW, ofwel van artikel 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001 tot vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten.

5) Bijzondere wetgeving

509 Naast de hierboven beschreven algemene wetgeving, geldt inzake de elektronische handtekening inmiddels ook bijzondere wetgeving. Die wetgeving impliceert in specifieke rechtsdomeinen veelal een verstrenging van de algemene voorschriften (dikwijls in een onderling verschillende zin) en daardoor tevens een belangrijke inperking van het toepassingsgebied van de wet elektronische handtekeningen.

510 Zo wordt bij artikel 504 Wetboek van Vennootschappen voorgeschreven dat de overdracht van effecten op naam geschiedt door een verklaring van overdracht, ingeschreven in het register van de betrokken effecten en gedagtekend en ondertekend door de overdrager en de overnemer of door hun gevolmachtigden. Indien het register in elektronische vorm wordt aangehouden, kan de verklaring van overdracht een elektronische vorm aannemen en ondertekend worden met een geavanceerde elektronische handtekening, afgeleverd op basis van een gekwalificeerd certificaat dat de identiteit van de overdrager en de overnemer vaststelt en is opgemaakt voor het veilig aannemen van een elektronische handtekening, overeenkomstig de ter zake geldende wetgeving. Hier legt de wetgever, in afwijking van het gemeen recht inzake elek-

tronische handtekeningen, dus de verplichting op gebruik te maken van een gekwalificeerde elektronische handtekening in de zin van artikel 4, § 4 wet elektronische handtekeningen.

511 Soms is de wetgever zelfs nog strenger gaan optreden door de gekwalificeerde elektronische handtekening niet alleen te verplichten, doch daarenboven voorwaarden op te leggen aan de vorm en de wijze waarop die handtekening tot stand komt. In dit verband kan bijvoorbeeld melding worden gemaakt van de wet van 3 juni 2007 houdende diverse arbeidsbepalingen (BS 23 juli 2007), waarvan titel III luidt: het gebruik van de elektronische handtekening voor het sluiten van arbeidsovereenkomsten en het elektronisch versturen en opslaan van bepaalde documenten in het kader van de individuele arbeidsrelatie. Hoofdstuk I van die titel behandelt meer in het bijzonder: het gebruik van de elektronische handtekening voor het sluiten van arbeidsovereenkomsten. Ingevolge die wet werd in de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 een artikel 3*bis* ingevoerd waarbij wordt voorgeschreven dat een arbeidsovereenkomst ondertekend met behulp van de elektronische handtekening die wordt gecreëerd door de elektronische identiteitskaart of door middel van een elektronische handtekening die voldoet aan dezelfde veiligheidswaarborgen als de elektronische handtekening die door de elektronische identiteitskaart wordt gecreëerd, wordt gelijkgesteld met een papieren arbeidsovereenkomst ondertekend door middel van een handgeschreven handtekening.

Krachtens diezelfde wet van 3 juni 2007 worden analoge bepalingen ingevoerd in diverse andere wetten waaronder de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenscheepen, de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars, de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid, en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, de wet van 7 april 1999 betreffende de PWA-arbeidsovereenkomst en de wet van 3 mei 2003 tot regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst voor de zeevisserij en tot verbetering van het sociaal statuut van de zeevisser.

Anders dan het gemeen recht inzake elektronische handtekeningen, vereist de wet van 3 juni 2007 de aanwending van:

- de eID-handtekening;
- of een elektronische handtekening die voldoet aan dezelfde veiligheidswaarborgen als de elektronische handtekening die door de elektronische identiteitskaart wordt gecreëerd: de Koning kan bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de Nationale Arbeidsraad bepalen aan welke veiligheidswaarborgen andere systemen van elektronische handtekening dan de elektronische handtekening die door de elektronische identiteitskaart wordt gecreëerd moeten voldoen; een lijst van personen wier systeem aan die waarborgen voldoet en werden aanvaard, wordt bekendgemaakt op de website van de Kruispuntbank voor Sociale Zekerheid.

Een elektronische handtekening die voldoet aan de voorwaarden van artikel 4, § 4 wet elektronische handtekeningen, maar niet dezelfde waarborgen biedt als een eID-handtekening, kan dus niet worden gehanteerd om een arbeidsovereenkomst rechtsgeldig te ondertekenen.

512 De wet elektronische handtekeningen zelf laat een verstrenging van de algemene voorschriften toe bij het gebruik van elektronische handtekeningen in de openbare sector. Krachtens artikel 4, § 3 kan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, voor het gebruik van elektronische handtekeningen in de openbare sector eventuele aanvullende eisen stellen, mits die eisen objectief, transparant, evenredig en niet discriminerend zijn, slechts betrekking hebben op de specifieke kenmerken van de betrokken toepassing en geen belemmering vormen voor grensoverschrijdende diensten voor de burgers. De toepassingen van die wetsbepaling zijn talrijk.

Voorbeelden zijn onder meer:

- artikel 161 Kieswetboek dat bepaalt dat de voorzitter van het kantonhoofdbureau of de persoon die door hem wordt aangewezen onverwijld via digitale weg, door gebruik te maken van de elektronische handtekening die aangebracht wordt door middel van zijn identiteitskaart, aan

de minister van Binnenlandse Zaken het aantal neergelegde stembiljetten, het aantal geldige stembiljetten, het aantal blanco of ongeldige stembiljetten meedeelt, alsmede het stencijfer van elke lijst, zoals dit bepaald is in artikel 166, en het aantal naamstemmen dat elke kandidaat-titularis of kandidaat-opvolger behaald heeft;

- artikel 81 *quater*, § 1, 1° KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanname van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken dat voorschrijft dat, wanneer elektronische middelen worden gebruikt voor het indienen van aanvragen tot deelneming of offertes, ze ten minste de waarborg bieden dat de elektronische handtekening conform is met de regels van het Europees en het daarmee overeenstemmende nationaal recht inzake de geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat, waarbij deze handtekening werd gerealiseerd via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening;
- artikel 7 wet van 10 juli 2006 betreffende de elektronische procesvoering (*BS* 7 september 2006) waarbij wordt bepaald dat, telkens als een wettelijke bepaling de ondertekening van een processtuk voorschrijft en dit stuk elektronisch is, dit stuk wordt voorzien van de gekwalificeerde handtekening zoals gedefinieerd in artikel 2, 3°, en dat die gekwalificeerde handtekening met een handgeschreven handtekening wordt gelijkgesteld.

513 Toch is de toestand soms anders en zijn er ook gevallen waarin de wetgever zich in specifieke domeinen beperkt tot een toepassing van de algemene bepalingen inzake elektronische handtekeningen.

Een voorbeeld daarvan is artikel 10 van het besluit van 18 juli 2008 van de Vlaamse regering betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, waarbij wordt voorgeschreven dat aanvragen bij de Regulator worden ingediend met een aangetekende brief, via elektronische post of via een ander telecommunicatiemiddel dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde en waarop een (elektronische) handtekening is aangebracht die voldoet aan de vereisten van artikel 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

6) Toepassingen

514 Ter illustratie van deze theoretische uiteenzetting is het wellicht nuttig de nieuwe regelgeving omtrent het al dan niet voorhanden zijn van een elektronische handtekening in de juridische zin hier toe te passen op de meest gebruikte moderne technieken (zie daaromtrent D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 160 e.v., nr. 181 e.v.; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 55 e.v.).

Een t e l e f a x b e r i c h t draagt geen handgeschreven of elektronische handtekening:

- de handgeschreven handtekening die eventueel op het ontvangen document voorkomt, is slechts een reproductie van de originele handtekening, terwijl alleen een originele (rechtstreeks door de ondertekenaar aangebrachte) handtekening juridische waarde heeft;
- behalve in het uitzonderlijke geval dat daarbij codes worden gebruikt, is het telefaxbericht ook niet voorzien van een elektronische handtekening in de zin van de wet.

Ook een sms is niet vergezeld van enige handtekening.

Elektronische post kan daarentegen drager zijn van een elektronische handtekening en wordt, bij gebruik van de elektronische identiteitskaart die een handtekeningcertificaat impliceert, gelijkgesteld met brieven voorzien van een handgeschreven handtekening.

7) De rechtsleer en de rechtspraak

515 Terwijl de invoering in ons recht van de elektronische handtekening aanleiding heeft gegeven tot een uitvoerige rechtsleer (zie daarover D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 25, voetnoot 151), blijft rechtspraak omtrent die nieuwe wetgeving inzake elektronische handtekeningen schaars, dit voornamelijk als gevolg van het feit dat van de (technisch veilige vormen van) elektronische handtekeningen vooralsnog slechts beperkt gebruik wordt gemaakt. De luttel beslissingen die voorhanden zijn, worden gekenmerkt door een toenemende controle van het vervuld zijn van de toerekeningsfunctie en van de integriteitsfunctie (P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 31, nr. 33).

Elektronische berichten (zoals e-mailberichten) zonder rechtsgeldige elektronische handtekening in de zin van de hierboven besproken wetgeving kunnen niet gelden als akten, doch hoogstens als begin van bewijs door geschrift (Arbh. Gent, afd. Brugge 23 november 2003, *JTT* 2004, 334).

In zijn arrest van 26 juni 2001 (*JLMB* 2004, 186) oordeelde het hof van beroep te Bergen in dezelfde zin dat met betrekking tot de elektronische geschriften en handtekeningen... veiligheids-criteria moeten worden geëist die vergelijkbaar zijn met die van de handgeschreven geschriften en handtekeningen, dat wil zeggen criteria die toestaan met zekerheid te bewijzen dat het elektronisch bericht afkomstig is van een identificeerbare menselijke persoon, dat het enkel door de verzender van het document kan worden gegenereerd, dat het niet vervalsbaar is en door derden kan worden gecontroleerd. De getypte kopie van elektronische berichten, hoewel die is opgesteld onder de controle van gerechtsdeurwaarders die er een proces-verbaal van hebben opgesteld, kan niet in aanmerking worden genomen als bewijsmiddel voor de klachten die door een echtgenoot ten opzichte van zijn partner worden geformuleerd om zijn vordering tot echtscheiding te baseren op artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek. Het plaatsen van zijn naam of roepnaam onderaan een e-mail biedt onvoldoende waarborgen.

Bij arrest van 16 januari 2007 (*TFR* 2007, 873) oordeelt het hof van beroep te Gent dat een “computerhandtekening” onvoldoende is als rechtsgeldige handtekening omdat een dergelijke handtekening niet kan worden aangezien als het teken waaruit met voldoende zekerheid moet blijken van wie de akte uitgaat.

De raadkamer van Brussel besliste in zijn vonnis van 20 september 2007 (*T.Vreemd.* 2008, 211) dat een bestand met een beeld van een gescande handgeschreven handtekening dat in een tekstverwerkingsdocument wordt geïmporteerd, kan beschouwd worden als een gewone elektronische handtekening, maar dat die elektronische handtekening *in casu* niet toelaat de ondertekening toe te rekenen aan een bepaalde persoon, nu deze handtekening onleesbaar is, terwijl de toerekenbaarheid van de elektronische handtekening vereist dat er voldoende redelijke garanties bestaan dat de elektronische handtekening ook daadwerkelijk door een bevoegd persoon is geplaatst en

het niet *a priori* uit te sluiten is dat het eenvoudige elektronische bestand door een derde aan de – elektronische – beslissing werd gevoegd.

Verder kan hier melding worden gemaakt van een arrest van 10 maart 2008 van het hof van beroep van Gent (*Computerr.* (NL) 2008, 301, noot P. VAN EECHE, E. VERBRUGGE, *DAOR* 2009, 314, noot E. MONTERO en *TGR-TVWR* 2009, 28, noot G. BALLON) waarbij wordt beslist dat wanneer de authenticiteit van een e-mail betwist wordt, die moet bewezen worden door diegene die de e-mail inroept als bewijs en dat de verzender zijn e-mails niet kan inroepen als bewijs indien ze niet via het publieke internet werden verzonden, maar via een intern e-mailsysteem dat door hem wordt gecontroleerd. Een dergelijk intern e-mailsysteem laat geen zekerheid toe omtrent de auteur van de e-mail en omtrent de integriteit van zijn inhoud.

Daarnaast is er ook nog een arrest op 8 mei 2009 verleend door de Raad van State (RvS 8 mei 2009, nr. 193.106, *T.Vreemd.* 2009, 308). Daarbij wordt geoordeeld dat de afdruk van een ingescande handtekening *in casu* niet als een elektronische handtekening kan worden beschouwd, bij gebrek aan enig bewijs van beveiliging of versleuteling.

Op 17 december 2009 oordeelde de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (*T.Vreemd.* 2010, 357) dan weer dat gewone elektronische handtekeningen (ter zake een ingescande handtekening) gelijkwaardig zijn aan handgeschreven handtekeningen indien ze de identificatie van de ondertekenaar en de toe-eigening van de inhoud van het document door de ondertekenaar mogelijk maken, en indien ze op een papieren drager staan.

Deze rechtspraak leert dat, in tegenstelling tot vroeger, e-mails zonder bijhorende authenticatiemaatregelen niet zomaar meer worden aanvaard.

Bij arrest van 27 september 2011 (*RW* 2011-12, 569, concl. M. DE SWAEF en *Juristenkrant* 2011, 7) heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat de afdruk van een handtekening via fax geen rechtsgeldige handtekening is. Daarbij wordt benadrukt dat de handtekening een beveiligingsfunctie heeft: het manuele, eigenhandige, creatieve en continue karakter van de handtekening die rechtstreeks op het geschrift wordt aangebracht biedt zekerheid omtrent de identiteit van de ondertekenaar. Zie in dezelfde zin Rb. Leuven 8 april 2005, *Fisc.Koer.* 2005, 408.

De rechtbank van eerste aanleg te Gent oordeelde op 10 april 2012 (*Juristenkrant* 2012, 1 en *T.App.* 2012, 26) dat een sms-bericht geen onderhandse akte is (onder meer bij gebrek aan de handtekeningen van de betrokken partijen), maar dat een elektronisch toestel zoals een gsm, waarop semantisch zinvol verbonden lettertekens kunnen verschijnen in de vorm van een sms-bericht, drager kan zijn van een begin van schriftelijk bewijs van een beweerde verkoopovereenkomst betreffende een onroerend goed.

5. Geen andere vormvoorwaarden aan de akte

516 De akte kent in principe geen andere vormvoorwaarden dan degene die hierboven werden besproken (geschrift, volledigheid en handtekening). Algemeen gezien geldt derhalve dat de wijze waarop de akte werd opgesteld, op bewijsrechtelijk vlak geen belang heeft (P. VAN EECHE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *Studie-avonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 4, nr. 4; H. DE PAGE, *Traité*, 794, nr. 777.A; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 105, nr. 170; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 260, nr. 291).

517 Behoudens bijzondere wetsbepaling (bv. inzake authentieke akten) is inzake bewijs de taal van de akte irrelevant, al evenzeer als de omstandigheid dat die taal onbekend is aan

(een van) de partijen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 91, nr. 133; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 404, nr. 705; D. MOUGENOT, *La preuve*, 138, nr. 79 en 159-160, nr. 104; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 231, nr. 489; H. DE PAGE, *Traité*, 754, nr. 742.A, 794-795, nr. 777.A en 799, nr. 781bis). Door hun handtekening te plaatsen, eigenen de partijen zich op eigen risico de akte toe, welke ook de daarin gebruikte taal is (Cass. 30 april 1942, *Arr.Cass.* 1942, 48; in dezelfde zin Antwerpen 8 december 1997, *T.Not.* 2001, 237; Kh. Antwerpen 1 december 2009, *RABG* 2010, 656).

Maar, de gebruikte taal kan wel juridische gevolgen hebben om redenen vreemd aan het bewijsrecht, inzonderheid wat betreft de ongeldigheid van de rechtshandeling die erin neergelegd is ingevolge de wilsgebreken dwaling of bedrog (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 231, nr. 489; *anders*: Rb. Luik 10 maart 1989, *JLMB* 1989, 1314). Daarenboven bestaan er uitzonderingen op die vrijheid van taalgebruik. Zie daarover o.m. P. RENARD, *Talen in bestuurszaken, in de bedrijven en in de sociale betrekkingen* in *APR*, Gent, 1983.

518 Vermelding van de datum waarop of van de plaats waar de akte werd opgesteld of werd ondertekend, is in principe niet vereist (Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374 en *Rec.gén.enr.not* 1993, 380, noot A. CULOT; D. MOUGENOT, *La preuve*, 159, nr. 102; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 106, nr. 172; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 404, nrs. 706-707; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 232, nr. 489; H. DE PAGE, *Traité*, 757, nr. 744 en 796, nr. 777.C). Dat neemt niet weg dat de vermelding van de datum van de akte bijzonder nuttig kan zijn en in de regel ook zal plaatsvinden.

Uitzonderlijk eist de wet toch de vermelding van de datum of van de plaats of van beiden.

Voorbeelden daarvan zijn: artikel 970 BW inzake het eigenhandig testament, artikel 1, 5° cheque-wet, artikel 1, 7° wet 31 december 1955 inzake de wisselbrief, artikel 75, 6° van dezelfde wet inzake het orderbriefje... Zie in dit verband ook de vormvoorschriften die gelden voor authentieke akten.

519 Behoudens wettelijke uitzonderingen (bv. de art. 13, 15 en 16 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt inzake de notariële akte) zijn er geen bijzondere vereisten voor het geschrift zelf.

Dat geldt in eerste orde voor de nummering van de pagina's. Behoudens bijzondere wetsbepaling (bv. art. 13 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt dat voorschrijft dat inzake notariële akten het aangewende procedé onuitwisbaar moet zijn), is ook onbelangrijk het feit dat de akte handgeschreven dan wel getypt of gedrukt of gefotokopieerd, gefotografeerd... is, al evenzeer als de omstandigheid dat werd geschreven met een potlood, met een balpen, met krijt..., in kleuren, in het zwart, in het wit... en op papier, op hout, op karton... (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 91, 133 en 106, nr. 171; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 705; D. MOUGENOT, *La preuve*, 158, nr. 100; N.

VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 231, nr. 489 en 232, nr. 490; H. DE PAGE, *Traité*, 754, nr. 742.A en 795, nr. 777.A). Vandaar dat akten houdende toetredingscontracten (gedrukte typecontracten die aan geen enkele voorafgaande onderhandeling onderworpen zijn) even goed gelden als akten houdende contracten op maat (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 132, nr. 147). Wat betreft de plaats van de handtekening en het afzonderlijk ondertekenen of paraferen van alle bladzijden en wijzigingen (doorhalingen, toevoegingen, overschrijvingen, verwijzingen) wordt verwezen naar wat hierboven onder de nummers 485 en 486 reeds uiteengezet werd.

520 Van geen belang inzake bewijs is in principe wie de auteur is van het geschrift, een van de partijen of zelfs een derde, zoals bijvoorbeeld de notaris of de vastgoedmakelaar die een onderhands verkoopcompromis opstelt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 106, nr. 171; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 705; D. MOUGENOT, *La preuve*, 159, nr. 101; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 231, nr. 489; H. DE PAGE, *Traité*, 795, nr. 777.A).

Een uitzondering op die regel is bijvoorbeeld artikel 970 BW dat (weliswaar voor de geldigheid) vereist dat een eigenhandig testament handgeschreven is door de erflater.

521 Irrelevant is ook het tijdstip waarop het geschrift werd opgesteld. Dat hoeft niet noodzakelijk te gebeuren ten tijde van de totstandkoming van het *negotium*. Niets belet dat de partijen naderhand in een akte de rechtshandeling vaststellen die zij voordien hebben gesteld (H. DE PAGE, *Traité*, 754, nr. 741).

522 Hetzelfde geldt voor het tijdstip waarop de handtekening op het geschrift werd geplaatst. Normaal wordt de tekst geschreven vooraleer de handtekening wordt geplaatst. Maar, dat is niet wettelijk vereist. Het tijdstip waarop de handtekening wordt aangebracht is dus vrij (H. DE PAGE, *Traité*, 796, nr. 777.B, voetnoot 2). Moet de akte door meerdere personen worden ondertekend, dan kan de handtekening op verscheidene tijdstippen worden geplaatst (D. MOUGENOT, *La preuve*, 168, nr. 118).

Wordt de handtekening geplaatst vooraleer de tekst werd geschreven, dan gaat het om een blanco-volmacht (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2350, nr. 1728; D. MOUGENOT, *La preuve*, 167, nr. 117; H. DE PAGE, *Traité*, 800, nr. 785).

Een blanco-volmacht is een akte die blanco wordt ondertekend en waarbij de ondertekenaar aan een andere partij of aan een derde de zorg overlaat het corpus van de akte toe te voegen. De akte moet vervolgens worden vervolledigd overeenkomstig de afspraken tussen de partijen.

De blanco-volmacht is in beginsel geldig is (Cass. 30 maart 1893, *Pas.* 1893, I, 149; Luik 29 april 2003, *Rev.not.b.* 2004, 249; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 704; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 242, nr. 511; H. DE PAGE, *Traité*, 800, nr. 785). De vervulde akte heeft alle kenmerken van een onderhandse akte, waaronder haar bewijskracht, dit zowel tussen de partijen als tegenover derden.

In geval van latere betwisting omtrent de conformiteit van de akte met de voaafbestaande afspraken, moeten die afspraken worden bewezen overeenkomstig het gemeen bewijsrecht. Dat betekent meer bepaald dat, ingeval de ondertekenaar de inhoud van de akte om die reden betwist en bijgevolg tegen die inhoud wil bewijzen, in principe artikel 1341 BW zal moeten worden gerespecteerd en dus een schriftelijk bewijs zal moeten worden voorgelegd. Wanneer de akte wordt ingeroepen door een derde te goeder trouw, zal de derde zich op grond van artikel 1321 BW zelfs in dat geval aan de inhoud van de akte kunnen houden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 243, nr. 513, voetnoot 61). Dat zal alleen anders zijn wanneer de ondertekenaar aantoonde dat de blanco-volmacht hem bedrieglijk werd ontvreemd en buiten zijn weten werd aangevuld. In dat laatste geval mag de ondertekenaar (zowel tegenover de schuldeiser als tegenover derden) het tegenbewijs leveren door alle middelen van recht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 167, nr. 117).

Omdat de gevaren verbonden aan het gebruik van een blanco-volmacht voor zich spreken, wordt de aanwending ervan door bijzondere wetsbepalingen verboden, zoals bijvoorbeeld door artikel 14 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. Bescherming wordt ook verleend door artikel 1326 BW inzake eenzijdige schuldbekentenissen. Misbruik van een blanco-volmacht is daarenboven een strafrechtelijk betegelde valsheid (art. 196 Sw.).

523 Al evenmin is in de regel vereist dat de handtekening van de partijen of van een onder hen zou voorafgegaan worden door de (eigenhandig geschreven) formule “gelezen en goedgekeurd” of door een analoge formule (Vred. Gent 28 februari 1983, *RW* 1985-86, 691), zoals bijvoorbeeld: “gezien”, “goedgekeurd”, “ik bevestig op mijn eer, dat de huidige verklaring oprecht en volledig is” of “voor akkoord” (Scheidsr. Uitspraak 2 maart 2000, *Ors.* 2001, 22). Die werkwijze, die in de praktijk nochtans frequent wordt gevolgd, inzonderheid wat voorgedrukte teksten betreft, steunt op geen enkele rechtsregel en heeft juridisch geen enkele betekenis noch effect (D. MOUGENOT, *La preuve*, 160-161, nr. 107; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 175; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 402, nr. 704; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 241, nr. 509; H. DE PAGE, *Traité*, 800, nr. 784; *anders*: Rb. Charleroi 5 maart 1991, *JT* 1991, 819; zie ook Arbh. Brussel 25 maart 1974, *JTT* 1974, 235 waarin de vermelding “gelezen en goedgekeurd” op de opzeggingsbrief wordt aangezien als een bekentenis door de werknemer van zijn akkoord met de opzeggingstermijn). De toestand is alleen anders wanneer de wetgever dat uitdrukkelijk bepaalt, doorgaans ter bescherming van de schuldenaar.

Inzake eenzijdige schuldbekentenissen is er om die reden artikel 1326 BW dat als vormvereiste onder meer de vermelding “goed voor” of “goedgekeurd voor” voorschrijft (daarover verder onder de nrs. 577 e.v. meer).

Uitzondering op de regel wordt om dezelfde reden bijvoorbeeld ook gemaakt in artikel 14, § 1 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, zoals gewijzigd door de wet van 13 juni 2010, waarbij wordt voorgeschreven dat de consument bij een kredietopening zijn handtekening moet laten voorafgaan door de eigenhandig geschreven vermel-

ding van het kredietbedrag, dit in de hiernavolgende bewoordingen: “Gelezen en goedgekeurd voor... euro op krediet”, en bij alle overige door die wet bedoelde kredietovereenkomsten door de eigenhandig geschreven vermelding van het totale terug te betalen bedrag, dit als volgt: “Gelezen en goedgekeurd voor... euro terug te betalen”. In beide gevallen moet tevens de eigenhandig geschreven vermelding worden opgenomen van de datum waarop en van de plaats waar de akte werd ondertekend.

Steeds om dezelfde reden werd bij wet van 3 juni 2007 artikel 2043 *quinquies* BW ingevoerd dat inzake kosteloze borgtocht (de handeling waarmee een natuurlijke persoon kosteloos een hoofdschuld verzekert ten gunste van een schuldeiser, waarbij als schuldeiser iedere verkoper in de zin van de wet marktpraktijken in aanmerking komt en waarbij de kosteloze aard van de borgtocht slaat op het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als onrechtstreeks, dat de borg kan genieten dankzij de borgstelling) de toepassing van artikel 1326 BW uitsluit (§ 5), maar tegelijk voorschrijft (§ 3) dat de borgtochtovereenkomst op straffe van nietigheid ten minste de volgende vermeldingen moet bevatten, door de borg met de hand geschreven: “door me borg te stellen voor... voor de som beperkt tot... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom en intresten voor een duur van..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat... er niet zelf aan heeft voldaan”.

Een ander voorbeeld betreft artikel 3, 14° van het koninklijk besluit van 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens en de algemene verkoopvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen. Die bepaling schrijft voor dat op de voorzijde van de bestelbon de essentiële gegevens van de verkoopovereenkomst worden vermeld, die minstens de volgende elementen bevatten: de handtekening van de verkoper en de handtekening van de koper, voorafgegaan door de met de hand voluit geschreven vermelding: “gelezen en goedgekeurd”, evenals de datum van ondertekening (14°).

Behoudens uitdrukkelijke andersluidende wetsbepaling, hoeft op de door de advocaten van alle partijen medeondertekende onderhandse akte evenwel geen enkele bij wet opgelegde handgeschreven vermelding te worden aangebracht (art. 4, lid 1 wet 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte). In dat geval zijn de partijen immers volledig geïnformeerd door hun medeondertekenende advocaten, zodat die vermeldingen, die bedoeld zijn om iets in het bijzonder onder de aandacht van de ondertekenende partijen te brengen, geen bestaansreden meer hebben.

524 Ook de registratie van de akte is geen vormvereiste voor de akte als bewijsmiddel. Indien opgelegd, betreft het uitsluitend een fiscale verplichting (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 107, nr. 176; D. MOUGENOT, *La preuve*, 161, nr. 108; H. DE PAGE, *Traité*, 801, nr. 786). Dat belet niet dat de registratie ook belangrijke burgerrechtelijke gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld wat de vaste dagtekening van de onderhandse akte betreft (art. 1328 BW) of in het raam van artikel 1348, tweede lid, 4° BW (tot bewijs van de inhoud van een verbintenis na verlies door overmacht van de akte).

525 Geldsommen mogen in principe zowel met cijfers als met letters worden vermeld. Hetzelfde geldt voor maten en aantallen. Een uitzondering op die regel is te vinden in artikel 1326 BW (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 403, nr. 705; D. MOUGENOT, *La preuve*, 160, nr. 105; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 3232, nr. 491; H. DE PAGE, *Traité*, 795, nr. 777.A en 800, nr. 783). Ook voor notariële akten geldt een afwijkende regeling (art. 12 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt).

526 Uit wat voorafgaat blijkt reeds dat bijzondere wetten bijkomende vormvereisten kunnen opleggen (bv. vermelding van de datum of van de plaats van uitgifte) om specifieke rechtsgevolgen teweeg te brengen.

Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 970 BW inzake het eigenhandig testament, de artikelen 1, 7° en 75, 6° W.Kh., Boek I, Titel VIII inzake de wisselbrief en het orderbriefje, artikel 1, 5° eenvormige chequewet 1 maart 1961 inzake de cheque, artikel 14 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, en artikel 10 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten. Voor zover zij van een handtekening voorzien zijn, blijven deze geschriften evenwel akten, ook bij gebreke aan het vervuld zijn van die bijkomende vormvereisten. Niet-gedateerde cheques of wisselbrieven kunnen dan bijvoorbeeld wel nog een begin van bewijs door geschrift uitmaken (Rb. Doornik 30 november 1988, *JLMB* 1989, 641). Voor authentieke akten gelden bijzondere regels (daarover verder onder de nrs. 572 e.v. meer).

C. SOORTEN

527 Er worden twee soorten akten onderscheiden (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 670; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 94, nr. 138; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 194-195, nr. 396; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 640):

- enerzijds de authentieke akte (art. 1317-1321 BW);
- anderzijds de onderhandse akte (art. 1322-1332 BW).

1. De authentieke akte

a. Definitie

528 Artikel 1317, eerste lid BW definieert de authentieke akte als de akte die in de wettelijke vorm is verleden voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt.

529 Authentieke akten worden niet steeds “verleden” door de openbaar ambtenaar. Vaak worden die akten door de openbaar ambtenaar opgesteld die daarbij alleen handelt. Akten “verlijden” gebeurt wel door notarissen. Notarissen “verlijden” akten die door de partijen werden opgesteld om tussen hen tot bewijs te dienen. Zij beperken zich ertoe daaraan authenticiteit te verlenen. Bij de redactie van artikel 1317, eerste lid BW had de wetgever duidelijk de notaris als openbaar ambtenaar voor ogen (H. DE PAGE, *Traité*, 771, nr. 753).

530 Authenticiteit betekent hier de bijzondere eigenschap die door de overheid wordt verleend aan een geschrift, meer bepaald in het domein van de bewijskracht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 149, nr. 85).

b. Bijzondere vormvoorwaarden

531 Uit de wettelijke definitie van de authentieke akte vloeien twee bijzondere vormvereisten voort: (1) akte opgesteld door of voor een bevoegde openbaar ambtenaar (2) in de wettelijke vormen (H. DE PAGE, *Traité*, 771, nr. 753; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 660).

1) Akte opgesteld door of voor een bevoegde openbaar ambtenaar

532 De authentieke akte vereist de tussenkomst van een openbaar ambtenaar (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 211, nr. 445; H. DE PAGE, *Traité*, 771, nr. 754.A; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 670; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 241, nr. 257).

Zijn onder meer te aanzien als openbare ambtenaren: de notaris (art. 1 wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt), de gerechtsdeurwaarder (Luik 4 december 1975, *JL* 1975-76, 201), de rechter (o.a. Cass. 21 maart 1957, *RW* 1958-59, 331; Cass. 29 juni 1961, *Pas.* 1962, I, 1221; Cass. 17 augustus 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1054; Cass. 13 september 1994, *Arr.Cass.* 1994, 735; Cass. 1 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1538; Cass. 21 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1165), de griffier (Cass. 25 juni 1962, *Pas.* 1962, I, 1221; Cass. 14 november 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 347; Cass. 13 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1132, noot; Cass. 16 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 311; Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772; Cass. 10 januari 2008, *RW* 2009-10, 1051; Rb. Brussel 3 oktober 2008, *JT* 2008, 701), de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 45 BW), de officier van gerechtelijke politie (art. 154 Sv.), de burgemeester (art. 9 wet van 27 mei 1870 houdende vereenvoudiging van de administratieve formaliteiten inzake onteigening ten algemene nutte; Cass. 25 juni 1962, *Pas.* 1962, I, 1221; RvS 10 juli 1984, *Arr.RvS* 1984, nr. 24.601; RvS 2 maart 1992, *APM* 1992, 62, noot), de provinciegouverneur (art. 9 wet van 27 mei 1870 houdende vereenvoudiging van de administratieve formaliteiten inzake onteigening ten algemene nutte), de ontvanger der domeinen (Cass. 17 januari 1901, *Pas.* 1901, I, 106), de ambtenaren van de comités tot aankoop van onroerende goederen (art. 6 KB 3 november 1960 betreffende de comités tot aankoop van onroerende goederen voor rekening van de staat, van de staatsinstellingen en van de instellingen waarin de staat een overwegend belang heeft) (Bergen 17 maart 1981, *Rev.not.b.* 1981, 436, noot C. DE VALKENEER)...

Zijn aldus onder andere te bestempelen als akten opgesteld door of voor een openbaar ambtenaar: de notariële akten, de akten van de burgerlijke stand, de exploiten van gerechtsdeurwaarders (bv. de inleidende dagvaarding), de door hen opgestelde processen-verbaal van vaststelling, rechterlijke uitspraken, bepaalde akten opgesteld door magistraten (bv. inzake voorlopig bewind, adoptie, vaststelling van voortijdige beëindiging van een handelshuur- of pachtvereenkomst...) en/of hun griffiers (bv. de akte van verklaring van hoger beroep in strafzaken, het proces-verbaal van de terechtzitting, het zittingsblad, de vaststelling dat een verzoekschrift tot hoger beroep ter griffie werd neergelegd), de processen-verbaal in strafzaken opgesteld door officieren van politie, de akten van eigendomsverkrijging opgesteld door de commissarissen van de aankoopcomités... (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek*

Verbintenissenrecht, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-19-20, nr. 5239; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 102, nrs. 161-162 en 391-392, nr. 687; D. MOUGENOT, *La preuve*, 149, nr. 86; H. DE PAGE, *Traité*, 772, nr. 754.A; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 650).

Gerechtdeskundigen, scheidsrechters en advocaten bij het Hof van Cassatie (die advocaten zijn nochtans wel ministeriële ambtenaren) zijn geen openbare ambtenaren in de zin van artikel 1317 BW. Hun akten hebben dan ook geen authentiek karakter (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2343, nr. 1723; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 213-216, nr. 448; H. DE PAGE, *Traité*, 773, nr. 754.A en 785, nr. 765bis; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 241, nr. 257).

Zijn al evenmin authentieke akten: het kadaster inzake de territoriale grenzen van de gemeenten en van de particuliere eigendommen (Cass. 15 mei 1902, *Pas.* 1902, I, 247) en uittreksels uit het strafregister inzake de daarop vermelde strafrechtelijke veroordelingen (Cass. 25 februari 1952, *Pas.* 1952, I, 375).

Aangezien deze studie enkel het burgerlijk bewijsrecht betreft, wordt verder enkel ingegaan op de authentieke akten die dat domein betreffen en in het bijzonder op de notariële akten (die authenticiteit verlenen aan akten die overeenkomsten of andere rechtshandelingen vaststellen tot bewijs tussen de partijen).

533 De tussenkomst van de openbaar ambtenaar moet regelmatig zijn, dit wil zeggen overeenkomstig de wet geschieden (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 392, nr. 689; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 217, nr. 456; H. DE PAGE, *Traité*, 774, nr. 755).

Dat impliceert vooreerst dat de openbaar ambtenaar op het ogenblik van zijn optreden bekwaam moet zijn. Dat is niet het geval wanneer de openbaar ambtenaar, ten tijde van het verlijden van de akte, geschorst of ontzet is uit zijn ambt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 103, nr. 163; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 219, nr. 460).

De openbaar ambtenaar door of voor wie de akte wordt verleden, moet daartoe bovendien specifiek bevoegd zijn. Die bevoegdheidsvereiste situeert zich op drie niveaus (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 242, nr. 258; zie voor de notaris: de art. 5-8 en 10 wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt):

– *ratione materiae*: openbare ambtenaren moeten optreden binnen het kader van hun wettelijke bevoegdheden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 152, nr. 88; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 217, nr. 457; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 670):

notarissen hebben een algemene bevoegdheid om alle akten te verlijden waaraan partijen authenticiteit moeten of willen doen verlenen (art. 1 wet van 25 ventôse jaar XI op het

notarisambt), voor zover hun optreden niet strijdig is met de openbare orde, met de goede zeden of met het dwingend recht (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-20, nr. 5240; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 391, nr. 687; D. MOUGENOT, *La preuve*, 152, nr. 88, voetnoot 1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 217, nr. 457);

de andere openbare ambtenaren hebben daarentegen slechts een bijzondere bevoegdheid om authenticiteit te verlenen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 391, nr. 687): de burgemeester heeft bijvoorbeeld niet de bevoegdheid om over te gaan tot de openbare verkoop van onroerende goederen die toebehoren aan de gemeente (Rb. Namen 20 juni 1989, *JT* 1990, 134, noot J. DEMBLON, *JLMB* 1989, 1101, noot, *Rev.not.b.* 1989, 488, noot en *Rec.gén.enr.not.* 1992, 198, noot); zo ook kan de ambtenaar van de burgerlijke stand bijvoorbeeld niet op authentieke wijze de eigendomsverdracht van een onroerend goed vaststellen; zo ook kunnen magistraten en/of hun griffiers slechts authenticiteit verlenen in de wettelijk bepaalde gevallen (bv. inzake adoptie, meerderjarigverklaring, vaststelling van voortijdige beëindiging van een handelshuurovereenkomst of van een pachtovereenkomst, dading inzake arbeidsongeval...) en zijn, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, alleen gerechtsdeurwaarders bevoegd tot het opstellen en betekenen van alle exploiten en tot het tenuitvoerleggen van alle gerechtelijke beslissingen, akten of titels in uitvoerbare vorm (art. 516, eerste lid Ger.W.);

- *ratione loci*: openbare ambtenaren kunnen in principe enkel tussenkomen binnen hun ambtsgebied (D. MOUGENOT, *La preuve*, 152, nr. 88; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 219, nr. 459; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 670):

zo wordt bijvoorbeeld in de artikelen 5 en 6, 1° wet van 16 maart 1803 op het notarisambt voorgeschreven dat notarissen hun ambt uitoefenen binnen het gerechtelijk arrondissement waarin hun standplaats gelegen is en dat zij niettemin akten mogen verlijden buiten hun ambtsgebied in de gevallen dat de partijen enkel door persoonlijke verschijning kunnen optreden in de akte en zij in de akte de verklaring afleggen dat zij fysiek niet in staat zijn zich te verplaatsen naar het kantoor van de instrumenterende notaris; het is de notaris evenwel verboden zijn bediening uit te oefenen buiten zijn ambtsgebied, behalve in de in artikel 5, § 2 bedoelde gevallen (voor een toepassingsgeval, zie Gent 19 juni 2008, *NJW* 2008, 696, noot B. WYLLEMAN);

in dezelfde zin bepaalt artikel 513, derde lid Ger.W. dat de gerechtsdeurwaarder zijn ambt slechts mag uitoefenen in het gerechtelijk arrondissement dat bij het koninklijk besluit tot benoeming is bepaald;

- *ratione personae*: de wet bepaalt soms dat openbare ambtenaren geen authenticiteit mogen verlenen aan akten waarin zij zelf, hun echtgenoot of hun bloed- of aanverwanten tot in een bepaalde graad partij zijn (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 219, nr. 460); zo is de authentieke akte, opgemaakt door een ambtenaar die er als partij verklaringen in aflegt waarvoor deze akte juist moet verleden worden en waarvan zij als bewijs moet dienen, nietig (Cass. 21 april 1913, *Pas.* 1913, I, 201);

zie in dat verband bijvoorbeeld artikel 8 wet van 16 maart 1803 op het notarisambt of artikel 517 Ger.W.

2) Akte opgesteld in de wettelijke vormen

534 Krachtens artikel 1317, eerste lid BW moet de authentieke akte ook opgesteld zijn in de wettelijke vorm (H. DE PAGE, *Traité*, 775, nr. 756.B). Vandaar dat bijvoorbeeld de bij een notariële akte gevoegde memorie van voorwaarden enkel authentiek is indien ze verleden is overeenkomstig de wettelijke vormvereisten (Cass. 17 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 331). Niet authentiek is bijvoorbeeld het door de partijen niet-ondertekende algemeen reglement inzake de kredietopeningsvoorwaarden dat bij de notariële akte van lening is gevoegd (Beslagr. Brussel 28 februari 1994, *Rev.not.b.* 1994, 509, noot M. RENARD-DECLAIRFAYT). Zie ook Rb. Oudenaarde 8 januari 2001, *Rec.gén.enr.not.* 2001, 461.

535 Die wettelijke vormvoorschriften (inzake blanco's, doorhalingen, toevoegingen, verwijzingen, vermelding van geldsommen...) strekken ertoe de zekerheid van de akte te vergroten en vormen aldus de grondslag van de bijzondere bewijskracht die aan de authentieke akte wordt toegekend (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 393, nr. 690; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 220, nr. 462; H. DE PAGE, *Traité*, 757, nr. 746 en 775, nr. 756.B). Zij verschillen evenwel van authentieke akte tot authentieke akte (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 43, nr. 650).

536 Als wettelijke vormvereiste geldt in eerste orde dat de authentieke akte de handtekening moet dragen van de openbaar ambtenaar door of voor wie ze werd verleden (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 44, nr. 670; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 242, nr. 259). Zo heeft het merendeel van de administratieve stukken die uitgaan van de gemeente (zoals het belastingreglement) geen authentiek karakter bij gebrek aan de handtekening van de gemeentesecretaris (Brussel 1 februari 2007, *TFR* 2007, 874). Die handtekening moet zich in principe helemaal achteraan de akte bevinden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 152, nr. 89).

537 Bijkomende wettelijke vormvoorschriften zijn terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek (bv. art. 931 BW inzake schenkingen en de art. 971-1001 BW inzake testamenten), in het Gerechtelijk Wetboek (bv. art. 43 Ger.W. inzake het exploit van betekening) en in bijzondere wetten (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-20, nr. 5241).

538 Wat in het bijzonder de notariële akten betreft, worden in de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt gedetailleerde vormvereisten voorgeschreven. Die vormvereisten hebben meer be-

paald betrekking op de inhoud van de notariële akte, op de wijze waarop ze wordt verleden en bewaard, op de manier waarop ze moet opgesteld zijn en op de eventuele tussenkomst van getuigen. De belangrijkste vormvoorschriften zijn neergelegd in de artikelen 12 tot en met 16 van de wet.

Alle akten vermelden de naam, de gebruikelijke voornaam en de standplaats van de notaris die ze opmaakt. Een geassocieerde notaris vermeldt deze hoedanigheid en de zetel van de vennootschap in plaats van zijn standplaats. De partijen worden in de akte vermeld met hun naam, gevolgd door de voornamen, plaats en datum van geboorte en hun woonplaats. Ingeval de waarmerking op basis van de identiteitskaart gebeurt, volstaan de eerste twee voornamen in de plaats van de opname van alle voornamen. De voornamen worden vermeld in de volgorde waarin zij voorkomen in het stuk op grond waarvan de identificatie is gebeurd. De akten vermelden eveneens de namen, de gebruikelijke voornamen en de woonplaats van de in de artikelen 10 en 11 bedoelde getuigen, alsook de plaats waar en de datum waarop de akten worden verleden. De datum van ondertekening van de akte door de notaris en de bedragen die het voorwerp uitmaken van een betalingsverplichting worden voluit geschreven. In het geval dat de instrumenterende notaris de minuut van gezegde volmacht bewaart, of indien hij het brevet of de uitgifte ervan reeds aan een akte van zijn ambt gehecht heeft, moet de volmacht niet aan de minuut worden gehecht. De akte wordt toegelicht. De vermeldingen bedoeld in het eerste lid en het tweede lid worden altijd integraal voorgelezen, alsook de wijzigingen die werden aangebracht aan het vooraf meegedeelde ontwerp van de akte. De akte wordt steeds integraal voorgelezen in de gevallen bedoeld in artikel 10, alsook wanneer het ontwerp van de akte niet tijdig aan de partijen en aan de tussenkomende personen voorafgaandelijk medegegdeeld werd. Het ontwerp van de akte wordt, behoudens andersluidende verklaring aangebracht door een partij, geacht tijdig te zijn ontvangen wanneer deze minstens vijf werkdagen voor het verlijden van de akte hebben ontvangen. Van de toelichting van de akte, van de datum waarop de partijen in voorkomend geval vooraf kennis hebben gekregen van het ontwerp van de akte en van de gedeeltelijke of integrale voorlezing van de akte wordt in het slot van de akte melding gemaakt (art. 12).

Onverminderd het bepaalde in de artikelen 971 tot 998 en 1001 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de testamenten, worden de notariële akten onuitwisbaar, leesbaar, zonder verkortingen, witte vakken, gapingen of tussenruimten met de hand geschreven of mechanisch vervaardigd, zoals door middel van machineschrift, druk, lithografie, typografie; op ieder enkel of dubbel blad van een akte die meer dan een blad beslaat, wordt vermeld welk nummer het heeft. Deze vermelding wordt geparafeerd of ondertekend door alle ondertekenaars van de akte, tenzij hun paraaf of handtekening reeds op het blad voorkomt; een en ander onder verantwoordelijkheid van de notaris en op straffe van 100 frank geldboete te zijnen laste. De Koning kan de nodige maatregelen voorschrijven om de mechanisch vervaardigde notariële akten in goede staat te doen bewaren (art. 13).

De akten worden ondertekend door de partijen, de getuigen en de notaris. Van de ondertekening wordt melding gemaakt in het slot van de akte. Indien de partijen niet kunnen tekenen of daartoe niet in staat zijn, maakt de notaris in het slot van de akte melding van hun verklaringen dienaangaande (art. 14; voor toepassingen zie Brussel 22 februari 2001, *Fisc.Koer.* 2001, 185, noot; Luik 5 mei 2009, *Rev.not.b.* 2010, 192, noot; Brussel 22 juli 2011, *Res Jur.Imm.* 2011, 357).

Renvooiden of bijvoegingen mogen, behoudens de hierna bepaalde uitzondering, slechts op de kant van de akte geschreven worden; zij worden zowel door de notarissen als door de andere ondertekenaars getekend of geparafeerd, op straffe van nietigheid van die renvooiden of bijvoegingen. Indien een renvoi wegens zijn omvang aan het slot van de akte moet geplaatst worden, moet het niet alleen getekend of geparafeerd worden, zoals de renvooiden op de kant, maar ook nog uitdrukkelijk goedgekeurd door de partijen, op straffe van nietigheid van het renvoi (art. 15; voor een toepassing zie Antwerpen 29 januari 2001, *RW* 2002-03, 299).

Overschrijvingen, tussenregels en bijvoegingen in het lichaam van de akte zijn niet geoorloofd; de over- of tussengeschreven woorden alsmede de bijgevoegde woorden zijn nietig. Indien er woorden moeten worden doorgehaald, moet dit op zodanige wijze geschieden dat hun getal op de kant van dezelfde bladzijde of aan het slot van de akte kan vermeld worden en goedgekeurd gelijk de

renvoeien op de kant; alles op straffe van 50 frank geldboete ten laste van de notaris, van schadeloosstelling en zelfs van afzetting in geval van bedrog (art. 16; zie bv. Cass. 29 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1336 inzake het gebruik van witte correctievlouistof, zonder goedkeuring van deze wijziging).

Alhoewel de vormvereisten van de wet op het notarisambt strikt genomen enkel gelden voor notariële akten, maken zij toch het gemeen recht uit waarop dikwijls beroep wordt gedaan, ook voor authentieke akten opgesteld door andere openbare ambtenaren.

3) Sancties wegens miskenning van de bijzondere vormvereisten

539 Wanneer de hierboven besproken bijzondere vormvoorschriften werden miskend, is de akte geen rechtsgeldige authentieke akte. Artikel 1318 BW schrijft voor dat in dat geval de akte wel nog geldt als onderhandse akte, op voorwaarde dat ze door de partijen ondertekend is. Dit aspect wordt nader onderzocht en besproken bij de behandeling van de met de onderhandse akte gelijkgestelde geschriften (zie de nrs. 650 e.v.).

540 Hier kan nog worden vermeld dat in specifieke strafsancities, tuchtsancities, nietigheden en burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens tal van inbreuken op haar voorschriften is voorzien door de wet van 16 maart 1803 op het notarisambt. Die bijzondere sancties zijn niet van toepassing op authentieke akten opgesteld door openbaar ambtenaren andere dan notarissen (Luik 6 september 1988, *Ann.dr.Lg.* 1989, 53 inzake een gerechtsdeurwaardersexploot).

c. De notariële akte en moderne technieken

541 De bijzondere vormvoorwaarden die gelden voor notariële akten, zijn onverenigbaar met het gebruik van elektronische middelen. Grote moeilijkheid is hier niet zozeer de akte zelf die ongetwijfeld een elektronische vorm kan aannemen, doch wel de idee dat die akte op afstand zou kunnen worden verleden (waarbij de partijen niet meer fysisch verschijnen voor de notaris). Bovendien rijst het probleem van de bewaring van de akten: notarissen moeten hun minuten in principe vijfenzeventig jaar bewaren (art. 62 wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt). Artikel 1322, tweede lid BW geldt enkel voor onderhandse akten. Krachtens artikel 17, 2° van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, geldt artikel 16 (inzake langs elektronische weg gesloten contracten) niet voor contracten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de beroepsgroep die een publieke taak uitoefent, bijvoorbeeld van notarissen.

542 Artikel 28 van de wet van 11 maart 2003 voegt evenwel een tweede lid toe aan artikel 1317 BW. Daarbij wordt bepaald dat de

authentieke akte op elke informatiedrager geplaatst mag worden, mits ze opgemaakt en bewaard wordt onder de door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, bepaalde voorwaarden. Vooralsnog werd geen uitvoeringsbesluit uitgevaardigd. De voormelde wetsbepaling (die het principe van het opmaken en het bewaren van de elektronische authentieke akte als dusdanig wel erkent) blijft dus vooralsnog dode letter (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 393, nr. 690; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 44, nr. 690).

543 Hoofdstuk 4 van de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen (BS 19 mei 2009) wijzigt ook de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt (art. 13 en 18) door invoering van de elektronische notariële akte. Bij artikel 25 van diezelfde wet van 6 mei 2009 wordt, met inwerkingtreding op een door de Koning nader te bepalen datum, een derde lid toegevoegd aan artikel 1317 BW. Daarbij wordt voorgeschreven dat de notariële akten die in gedematerialiseerde vorm zijn verleden, worden opgemaakt en bewaard overeenkomstig de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt. De overeenkomstig dezelfde wet opgerichte Notariële Aktebank geldt als authentieke bron voor de akten (notariële akten die in gedematerialiseerde vorm zijn verleden, maar ook het gedematerialiseerde afschrift van alle akten die op papier zijn verleden) die erin opgenomen zijn. Ook deze nieuwe wetgeving is nog niet in werking getreden.

544 Bij artikel 272 van de programmawet van 27 december 2004 wordt in artikel 25 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt een bepaling ingevoegd naar luid waarvan uitgiften en grossen kunnen worden ondertekend met een geavanceerde elektronische handtekening overeenkomstig artikel 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten (dus met een gekwalificeerde elektronische handtekening). In voormeld geval is de afdruk van het zegel bepaald in artikel 27 niet vereist.

d. Toelaatbaarheid

545 Soms beperkt de wet zich niet tot de vereiste van het bewijs door een akte, doch wordt daarenboven voorgeschreven dat die akte een authentieke vorm moet hebben. Dat is voornamelijk het geval in burgerlijke zaken, bijvoorbeeld inzake het huwelijkscontract (art. 1392 BW), maar komt ook voor in handelszaken, bijvoorbeeld wat betreft de oprichtingsakten van bepaalde vennootschappen en de hypothecaire kredietopeningen.

2. De onderhandse akte

a. Definitie

546 De onderhandse akte is de akte die de partijen zelf (laten) opstellen en waarvan zij zich de inhoud toe-eigenen door er hun handtekening onder te plaatsen (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 171, nr. 233; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 221, nr. 183; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 105, nr. 170; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 400, nr. 701; D. MOUGENOT, *La preuve*, 158, nr. 99; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 230, nr. 488; H. DE PAGE, *Traité*, 794, nr. 794; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 46, nr. 720; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 259, nr. 288). Enerzijds is er geen tussenkomst van een ter zake bevoegd openbaar ambtenaar, hetgeen de onderhandse akte onderscheidt van de authentieke akte. Ook wanneer de notaris het geschrift houdende de overeenkomst tussen de partijen enkel opstelt, zonder daarbij tussen te komen als openbaar ambtenaar, is enkel sprake van een onderhandse akte (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 217, nr. 454). Door de handtekening van de partijen onderscheidt de onderhandse akte zich anderzijds van de niet-ondertekende geschriften.

Voorbeelden van onderhandse akten zijn: het verkoopcompromis, maar ook de wisselbrief (Kh. Hasselt 14 oktober 1997, *RW* 1997-98, 1271).

Medische attesten zijn evenwel geen onderhandse akten. De rechter beoordeelt bijgevolg op onaantastbare wijze in feite de bewijswaarde van medische attesten, voor zover hij de bewijskracht van die stukken niet miskent. Het middel waarbij wordt aangevoerd dat het bestreden arrest, waar het niet oordeelt dat het medisch attest vervalst was of enig wilsgebrek vertoonde, dat attest overeenkomstig de artikelen 1319 en 1322 BW als bewijskrachtig had moeten beschouwen zoals een authentieke akte en tussen de partijen alleszins bewijs opleverend krachtens artikel 1320 BW, faalt naar recht (Cass. 2 februari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 357).

Hetzelfde geldt voor deskundigenverslagen (Cass. 21 februari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 781). Deskundigenverslagen, zelfs opgesteld in uitvoering van een rechterlijke beslissing, zijn slechts adviezen voor de rechter die hem niet binden. De rechter beoordeelt soeverein in feite de bewijswaarde van de vaststellingen en van de gevolgtrekking van de expert, voor zover hij aan de bewoordingen van het verslag geen uitlegging geeft die daarmee onverenigbaar is (Cass. 9 oktober 1953, *Arr.Cass.* 1954, 87; Cass. 4 januari 1974, *Arr.Cass.* 1974, 491; Cass. 5 april 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 931; Cass. 24 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 827; Cass. 26 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 842; Cass. 15 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1621; Cass. 22 januari 2008, *Pas.* 2008, 206; Brussel 8 november 1949, *JT* 1950, 160). Hij miskent de bewijskracht van het deskundigenverslag niet door het op een andere wijze te interpreteren dan de partijen of dan een van de partijen (Cass. 12 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 817; Cass. 8 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 600) en al evenmin door anders te beslissen dan de deskundige adviseert (Cass. 6 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 88).

Bij het ter perse gaan van dit werk is in het *Belgisch Staatsblad* van 3 juni 2013 de wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte verschenen. Terwijl in het oorspronkelijke wetsvoorstel nog sprake was van de “advocatenakte”, werd die bena-

ming door de wetgever in de uiteindelijke wettekst bewust weggelaten. Het blijft immers gaan om een onderhandse akte, weliswaar één met bijzondere kenmerken. Samengevat kan worden gesteld dat de nieuwe wet in drie opzichten afwijkt van de bestaande regelgeving inzake de onderhandse akte.

Eerst en vooral verleent de wet van 29 april 2013 aan de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte onder bepaalde voorwaarden onmiddellijke bewijskracht wat betreft de originaliteit van het geschrift en van de handtekening, dit zowel in de verhouding tussen de bij de akte betrokken partijen onderling, als tegenover hun erfgenamen en rechtverkrijgenden (zie nr. 607).

Verder moet de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, wanneer daarop gekwalificeerde elektronische handtekeningen werden aangebracht, niet worden opgemaakt in ten minste evenveel originele als er partijen zijn met een onderscheiden belang (zie nr. 560).

Ten slotte moet op de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte in principe geen enkele bij wet opgelegde handgeschreven vermelding (bijvoorbeeld inzake het consumentenkrediet) worden aangebracht (zie nr. 523).

Voor het overige impliceert de wet van 29 april 2013 een bevestiging van het burgerlijk bewijsrecht. Zo herhaalt de nieuwe wet de bijzondere vormvoorwaarden van artikel 1325 BW wat aangaat de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte waarop andere dan gekwalificeerde elektronische handtekeningen werden aangebracht. Zo ook benadrukt de wetgever dat op de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte de valsheidprocedure in burgerlijke zaken van toepassing is. Ten slotte wijzigt de nieuwe wet ook niets aan de bewijskracht van de onderhandse akten tegenover derden, in het bijzonder wat betreft de datum daarvan.

Alhoewel dat in de wet van 29 april 2013 zelf niet met zoveel woorden wordt vermeld, volgt impliciet uit de bepalingen ervan (in het bijzonder deze die de bijzondere vormvoorschriften van artikel 1325 BW hernemen en gewagen van “de partijen”) dat het toepassingsgebied van de nieuwe wet beperkt is tot wederkerige overeenkomsten. De nieuwe wet geldt bijvoorbeeld niet inzake eigenhandige testamenten. In de voorbereidende werkzaamheden van de wet wordt dat uitdrukkelijk bevestigd (*Stukken van de Senaat*, 5-1936-2012/2013, nr. 3, blz. 5).

b. Bijzondere vormvoorwaarden

1) Principe

547 Anders dan de authentieke akte is de onderhandse akte in beginsel aan geen bijzondere vormvereisten onderworpen (H. DE PAGE, *Traité*, 755, nr. 742.B, 757-758, nr. 746 en 793-794,

nr. 776; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 46, nr. 720). Alleen aan de vormvoorwaarden die gelden voor elke akte, moet ook hier zijn voldaan. Het moet dus gaan om een geschrift dat volledig is en dat voorzien is van een rechtsgeldige (handgeschreven of elektronische) handtekening (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 221, nr. 183; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 105, nr. 170; D. MOUGENOT, *La preuve*, 158, nr. 99; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 230-231, nr. 489; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 46, nrs. 720 en 730; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 259, nr. 289).

2) Uitzonderingen

548 Op de principiële afwezigheid van bijzondere vormvoorwaarden worden in het Burgerlijk Wetboek belangrijke uitzonderingen gemaakt, meer bepaald:

- in artikel 1325 BW inzake wederkerige overeenkomsten;
- in artikel 1326 BW inzake eenzijdige schuldbekentenissen.

Daarnaast worden, vooral maar niet alleen in het consumentenrecht, door bijzondere wetten talrijke specifieke vormvereisten voorgeschreven voor onderhandse akten die welbepaalde overeenkomsten of overeenkomsten met welbepaalde partijen vaststellen. Denk hier bijvoorbeeld aan artikel 2043*quinquies* BW inzake kosteloze borgtocht. Omdat die bijzondere wetsbepalingen geen algemene draagwijdte hebben, vallen ze buiten de grenzen van deze studie en wordt daarop niet verder ingegaan.

a) Onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten (art. 1325 BW)

1. De regel

549 Bij artikel 1325 BW wordt voorgeschreven dat onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten, slechts geldig zijn voor zover zij opgemaakt zijn in zoveel originelen als er partijen zijn die een onderscheiden belang hebben. Eén origineel is voldoende voor allen die hetzelfde belang hebben. In elk origineel moet vermeld worden hoeveel originelen zijn opgemaakt. Het ontbreken van de vermelding dat de originelen in tweevoud, drievoud enz., zijn opgemaakt, kan echter niet ingeroepen worden door hem die zijnerzijds de overeenkomst heeft uitgevoerd, welke in de akte is vervat.

2. De *ratio legis*

550 Artikel 1325 BW wordt verklaard door de combinatie van enerzijds het algemeen regime van de onderhandse akte (die wordt bewaard door de partijen zelf) en anderzijds de aard van de wederkerige overeenkomst (die wederzijdse verbintenissen doet ontstaan). Door artikel 1325 BW beoogt de wetgever de gelijkheid tussen de partijen in de bewijsvoering van hun wederzijdse afspraken te waarborgen. Elke partij heeft het recht van de andere partijen datgene te vorderen wat haar verschuldigd is. Elke partij wordt dan ook in de gelegenheid gesteld de onderhandse akte houdende de wederkerige overeenkomst op een veilige manier te bewaren doordat elke partij een origineel van de akte moet ontvangen en door de vereisten die in verband met die originelen worden opgelegd. Aldus wordt het risico op achterhouding of vernietiging vermeden dat bestaat wanneer slechts een enkel exemplaar van de akte houdende de wederkerige overeenkomst in het bezit van een enkele partij voorhanden is. Elke partij wordt zo in staat gesteld haar schuldvordering tegenover haar wederpartij te bewijzen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-24, nr. 5250; A. DE BOECK, “De bewijskracht van de onderhandse akte: voorzichtige versoepeling van de vormvereisten; op weg naar meer? Enkele bedenkingen bij Cass. 26 april 2001” (noot onder Cass. 26 april 2001), *TBBR* 2006, 348-349; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2351, nr. 1730; F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 115, nr. 197; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 718.a; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 245, nr. 517; D. MOUGENOT, *La preuve*, 207, nr. 126; H. DE PAGE, *Traité*, 823, nr. 801; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 278, nr. 328).

3. De toepassingsvoorwaarden

551 De toepassing van artikel 1325 BW is beperkt tot onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten. Artikel 1325 BW heeft dus twee toepassingsvoorwaarden.

a Een onderhandse akte

552 Artikel 1325 BW geldt enkel voor onderhandse akten (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 245, nr. 519). Die wetsbepaling geldt in principe ook ten aanzien van de door de advocaten van de partijen mede ondertekende onderhandse akte (art. 4 wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, *BS* 3 juni 2013).

553 Authentieke akten vallen buiten het toepassingsgebied van deze wetsbepaling. De behoefte tot waarborg van de gelijkheid tussen de partijen in de bewijsvoering bestaat niet ten aanzien van

authentieke akten. Zo worden bijvoorbeeld notariële akten opgesteld in origineel of minuut (dus in één exemplaar), gebeurt de bewaring van het origineel of de minuut van de notariële akte ter studie van de notaris en is de veiligheid op die wijze verzekerd ten voordele van alle partijen die zich daarvan enkel uitgiften kunnen laten afleveren (zie de art. 20 en 22 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 718.a; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 245, nr. 519; H. DE PAGE, *Traité*, 822, nr. 801).

554 Artikel 1325 BW is evenmin van toepassing op de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften. Dat geldt in eerste orde voor de wegens vormgebreken nietige authentieke akten die conform artikel 1318 BW als onderhandse akte gelden (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 677; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 247, nr. 209; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 116, nr. 199; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 720; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 245, nr. 519; D. MOUGENOT, *La preuve*, 210, nr. 131; H. DE PAGE, *Traité*, 827, nr. 804). Ook wanneer het bewijs voortspruit uit tussen de partijen gevoerde briefwisseling of ondertekende e-mails, die geacht worden een onderhandse akte uit te maken, geldt artikel 1325 BW niet (Luik 28 oktober 1946, *Pas.* 1947, II, 7 en *RCJB* 1948, 66, noot M. FALLY; Luik 15 maart 2000, *TBBR* 2001, 176; Kh. Charleroi 12 juni 1974, *JT* 1974, 532, noot A. DE CALUWE; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 116, nr. 199; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 720; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 245, nr. 519; D. MOUGENOT, *La preuve*, 210-211, nr. 133; H. DE PAGE, *Traité*, 827, nr. 804).

b Een wederkerige overeenkomst

555 Alleen onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten, komen in aanmerking. Dat volgt uit de *ratio legis* van artikel 1325 BW (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 246, nr. 520; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208, nr. 127).

556 De onderhandse akte moet derhalve in eerste orde een overeenkomst tot voorwerp hebben. Vallen daarom buiten het toepassingsgebied van artikel 1325 BW, onderhandse akten houdende eenzijdige verklaringen van een van de partijen, zoals akten van erkenning of van bekrachtiging (zelfs wanneer de erkende of bekrachtigde verbintenis zijn oorsprong vindt in een wederzijdse overeenkomst), een schuldbekentenis, de eenzijdige opzegging, herroeping of ontbinding van een (zelfs wederkerige) overeenkomst, of een buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van een wederkerige overeenkomst (Cass. 25 maart 1880, *Pas.* 1880, I, 107; Cass. 20 februari 1941, *Pas.* 1941, I, 54; Cass. 7 juni 1951, *Arr.Cass.* 1951, 589; Cass. 7 juni 1959, *Pas.* 1959, I, 683; Cass. 3 april 1964, *Pas.* 1964, I, 824; Arbh. Brussel 25 maart 1974, *JTT* 1974, 235; Antwerpen 30 juni 1997, *AJT* 1997-98, 485, noot K. VAN

RAEMDONCK; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 115, nr. 198; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208-209, nrs. 127 en 129). Die akten hebben immers geen betrekking op overeenkomsten.

557 De overeenkomsten waarop de onderhandse akte betrekking heeft, moeten bovendien een wederkerig karakter hebben. Krachtens artikel 1102 BW is een contract wederkerig of tweezijdig wanneer de contractanten zich over en weer jegens elkaar verbinden. Om na te gaan of een overeenkomst al dan niet een wederkerig karakter heeft, mag niet elke clause afzonderlijk worden beschouwd, maar moet de overeenkomst in zijn geheel in acht worden genomen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-25, nr. 5252). De beoordeling moet gebeuren op het ogenblik van de redactie van de akte houdende de overeenkomst. Criterium is dus het bestaan van wederzijdse verbintenissen op het ogenblik waarop de akte wordt opgesteld (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 247, nr. 522; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208, nr. 127; H. DE PAGE, *Traité*, 828, nr. 804). De rechter is daarbij niet gebonden door de kwalificatie die de partijen zelf aan hun overeenkomst hebben gegeven (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 247, nr. 209).

Aldus moet artikel 1325 BW worden nageleefd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2352-2353, nr. 1732):

- wanneer het gaat om de vaststelling van een volmaakt wederkerige overeenkomst, zoals bijvoorbeeld een huurovereenkomst (Cass. 15 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 765), een dading (Brussel 18 januari 1968, *Pas.* 1968, II, 140; Bergen 23 januari 1990, *TBBR* 1992, 156, noot Y. MERCHERS; Antwerpen 7 februari 1995, *AJT* 1995-96, 325, noot B. CATTOIR; Rb. Kortrijk 30 december 2009, *TGR-TWVR* 2010, 158), een architectenovereenkomst (Vred. Oostende 9 oktober 1997, *TWVR* 2000, 135) of een makelaarscontract (Rb. Hasselt 3 februari 2003, *RW* 2005-06, 747), voor zover op het ogenblik van de redactie van de akte nog wederzijdse verbintenissen tussen de partijen blijven bestaan: dat is niet het geval wanneer één contractpartij onmiddellijk en integraal haar verbintenissen uitvoert (bv. bij integrale betaling van de prijs door de koper waarvoor kwijting in de akte), zodat op het ogenblik van de redactie van de akte slechts een schuldeiser (de koper) overblijft; in dat laatste geval volstaat één enkel origineel dat in het bezit blijft van de schuldeiser (Gent 21 juni 1923, *Pas.* 1923, II, 111; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 115, nr. 198; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 720; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 250, nr. 525; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208-209, nrs. 127, 128 en 129; H. DE PAGE, *Traité*, 829, nr. 804; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 279, nr. 329);
- bij van nature eenzijdige overeenkomsten, zijnde overeenkomsten waarbij een of meer personen verbonden zijn jegens een of meer andere, zonder enige verbintenis voor laatsgenoemden (art. 1103 BW), waaraan verbintenissen ten laste van de wederpartij werden toegevoegd, zoals bijvoorbeeld een bezoldigd mandaat, een bezoldigde bewaargeving... (H. DE PAGE, *Traité*, 830, nr. 804);
- in geval van meerdere wilsuitingen, die afzonderlijk beschouwd weliswaar eenzijdige wilsuitingen zijn, maar omwille van de band die hen verenigt niettemin gezamenlijk een overeenkomst omvatten waarbij wederzijdse verbintenissen worden aangegaan (Cass. 3 april 1964, *Pas.* 1964, I, 824);
- inzake de vaststelling van om het even welke overeenkomst waaruit *in concreto* wederzijdse verbintenissen voortvloeien en inzonderheid om complexe overeenkomsten, bijvoorbeeld de berusting in een vonnis als tegenprestatie voor een uitstel van betaling... (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 246-247, nr. 521; H. DE PAGE, *Traité*, 830, nr. 804).

Ook onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten met een waarde lager dan 375,00 EUR zijn onderworpen aan de bepaling van artikel 1325 BW (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-26, nr. 5226; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 247, nr. 521; H. DE PAGE, *Traité*, 830, nr. 804).

Artikel 1325 BW geldt integendeel niet (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2353-2354, nr. 1732; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-25, nr. 5253):

- met het oog op de vaststelling van onvolmaakt wederkerige overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de lastgeving: hier bestaan immers geen wederzijdse verbintenissen op het ogenblik van de redactie van de akte; wederzijdse verbintenissen ontstaan eventueel slechts in de loop van de uitvoering van de overeenkomst (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 115, nr. 198; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 247, nr. 522; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208, nr. 129; H. DE PAGE, *Traité*, 828, nr. 804);
- inzake de vaststelling van eenzijdige overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld een schenking zonder last, een borgstelling (Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.*2005, 180, noot P. RENSON; Antwerpen 29 april 2003, *TBBR* 2004, 526; Rb. Ieper 12 oktober 1993, *TBBR* 1994, 409), een patronaatsverklaring (Gent 16 juni 2008, *NJW* 2009, 227, noot R. STEENNOT), een eenzijdige contractsbeplofte (Brussel 25 juni 1980, *RW* 1982-83, 360), een beding ten behoeve van een derde (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot)... (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 115, nr. 198; D. MOUGENOT, *La preuve*, 208, nrs. 127 en 129; H. DE PAGE, *Traité*, 830, nr. 804); op bewijsrechtelijk vlak volstaat hier één enkele akte die de schuldeiser bewaart; de schuldenaar ondervindt daarvan geen enkel nadeel, aangezien hij van zijn schuldeiser niets te vorderen heeft (R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 718.a; H. DE PAGE, *Traité*, 822, nr. 801);
- dat geldt bijvoorbeeld ook voor akten houdende vaststelling van een loonsoverdracht in de zin van artikel 27 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers: door de overdracht van loon, waarbij een akte moet opgesteld worden, onderscheiden van die welke de hoofdverbintenissen waarvan zij de uitvoering waarborgt bevat, verbindt enkel de overdrager zich ten aanzien van de overnemer, zodat deze overdracht geen wederkerige overeenkomst uitmaakt en als schriftelijk bewijs van de aangegane verbintenissen volstaat dat de overnemer een exemplaar van de akte met handtekening van de overdrager overlegt; het op straffe van nietigheid gestelde vormvoorschrift, dat de akte van overdracht van loon opgemaakt moet worden in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang, betreft niet de bewijsregeling maar beoogt de bescherming van de overdrager, teneinde deze toe te laten de draagwijdte van zijn verbintenissen te kunnen nagaan, zodat een kopie van de akte van overdracht, waarop de handtekening van de overdrager met carbonpapier is aangebracht, een exemplaar is in de zin van voormeld vormvoorschrift (Cass. 10 februari 1997, *AJT* 1996-97, 456, noot D. BLOMMAERT, *AJT* 1996-97, 456, noot G. STRAETMANS, *T.Vred.* 1997, 233, noot M. DAMBRE, *R.Cass.* 1998, 300, noot A. DE BOECK en *JTT* 1997, 279, noot M. FORGES; Cass. 27 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1555, *AJT* 2001-02, 687, noot en *DAOR* 2001, 353, noot G. BALLON; *Vred.* Beveren 12 maart 1996, *Jaarboek Krediet* 1996, 241, noot; *Vred.* Antwerpen (2de kanton) 10 september 1998, *RW* 1999-2000, 124, *Vred.* Eeklo 12 juli 2001, *Jaarboek Kredietrecht* 2001, 253; *anders*: *Vred.* Torhout 12 september 1995, *DCCR* 1994-95, 465, noot F. HENDRICKX; *Vred.* Gent 28 februari 1996, *RW* 1996-97, 860);
- ook akten houdende vaststelling van zakelijke contracten, zoals de lening (Brussel 17 juni 1960, *Pas.* 1961, II, 219; Antwerpen 4 november 1997, *TBBR* 1998, 357; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42), de bewaargeving, het pand en de handgift (Rb. Namen 6 mei 1974, *JT* 1975, 13), zijn noodzakelijkerwijs eenzijdige overeenkomsten, omdat zij in beginsel slechts ontstaan na de overhandiging van een zaak, tenzij er wederzijdse verbintenissen worden aan toegevoegd zoals bijvoorbeeld in geval van bezoldigde bewaargeving (D. MOUGENOT, *La preuve*, 208, nr. 129; H. DE PAGE, *Traité*, 828, nr. 804);
- voor de kwijting die enkel een betaling vaststelt, zelfs gedaan in uitvoering van een voorheen gesloten wederkerige overeenkomst (Bergen 19 maart 1980, *Rev.not.b.* 1980, 257, noot J. SACE):

wanneer de kwijting echter tegelijk een dading uitmaakt, moet artikel 1325 BW wel nageleefd worden (Brussel 18 januari 1968, *RGAR* 1969, nr. 8315).

c Niet in handelszaken

558 Ook en zelfs indien bij onderhandse akte een wederkerige overeenkomst wordt vastgesteld, geldt artikel 1325 BW evenwel niet in handelszaken (Cass. 20 januari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 589, *Bull.* 1984, 552, noot en *Pas.* 1984, I, 552, noot; Gent 23 februari 2005, *TGR-TWVR* 2005, 96; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2354-2355, nr. 1733; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 116, nr. 199; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 248-249, nr. 523; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 26; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 30, nr. 370 en 55, nr. 930; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgisch handelsrecht”, *TBH* 1986, 95, nr. 5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 282, nr. 333; anders: H. DE PAGE, *Traité*, 827, nr. 804 die meent dat art. 1325 BW ook geldt in handelszaken van zodra de partijen zich tot bewijs van een wederkerige overeenkomst op de akte als burgerrechtelijk bewijsmiddel beroepen). Dat betekent dat artikel 1325 BW niet van toepassing is op een akte bestemd tot bewijs van een wederkerige overeenkomst die in hoofde van alle partijen handelsrechtelijke verbintenissen doet ontstaan of, in geval van een gemengde overeenkomst, enkel voor zover wordt bewezen tegenover de partij in wier hoofde de verbintenis een handelrechtelijk karakter heeft (Kh. Gent 11 januari 2001, *TBH* 2002, 135; D. MOUGENOT, *La preuve*, 209, nr. 130). Zie daarover verder onder de nummers 866 e.v. meer.

4. Vier bijzondere vormvereisten

559 Krachtens artikel 1325 BW moeten onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten aan drie bijzondere vormvereisten voldoen: het voorgeschreven aantal exemplaren, de originaliteit van elk exemplaar en de vermelding van het aantal originelen (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 247, nr. 209; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2351, nr. 1729; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 251-253, nrs. 528-535; D. MOUGENOT, *La preuve*, 211, nr. 134; H. DE PAGE, *Traité*, 824, nr. 803; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 278, nr. 328). Het Hof van Cassatie voegt er een vierde voorwaarde aan toe: de ontvangst van een origineel door elke partij met onderscheiden belang (Cass. 26 april 2001, www.cass.be, *Arr.Cass.* 2001, 733, concl. Adv. Gen. A. HENKES en *TBBR* 2006, 346, noot A. DE BOECK; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410-411, nr. 719; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes

de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 55, nr. 930).

a Het voorgeschreven aantal exemplaren

560 Ten eerste moet de onderhandse akte zijn opgesteld in evenveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang, tenzij het gaat om een door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte waarop gekwalificeerde elektronische handtekeningen werden aangebracht (art. 4, lid 2 wet 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, *BS* 3 juni 2013). Met onderscheiden belang wordt bedoeld een tegengesteld belang (Arbh. Brussel 24 februari 1989, *JTT* 1989, 406, noot; Antwerpen 19 februari 2001, *AJT* 2000-01, 909; Bergen 21 december 2007, *JLMB* 2008, 1462; Antwerpen 10 maart 2008, *NJW* 2009, 559, noot A. VANDERHAEGHEN; Rb. Brussel 18 januari 1996, *Res Jur.Imm.* 1995, 273; Vred. Vielsalm 13 maart 2007, *Res Jur.Imm.* 2007, 217; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 26). Eén exemplaar is voldoende voor alle partijen die hetzelfde belang hebben, bijvoorbeeld meerdere personen die samen een huis in mede-eigendom of aandelen aankopen, de mede-eigenaars van een onroerend goed die samen een aannemingsovereenkomst aangaan, of nog, de vennootschap aan wie een lening wordt toegestaan en haar orgaan, het echtpaar-zaakvoerders die zich hoofdelijk en ondeelbaar borg stellen voor de verbintenis tot terugbetaling van het ontleende bedrag (Antwerpen 18 januari 1993, *DAOR* 1993, 87; Antwerpen 19 februari 2001, *AJT* 2000-01, 909; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 719; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 252, nr. 530; D. MOUGENOT, *La preuve*, 211, nr. 135; H. DE PAGE, *Traité*, 824, nr. 803). Wanneer eenzelfde partij optreedt in twee onderscheiden hoedanigheden (bv. enerzijds als orgaan van een rechtspersoon en anderzijds persoonlijk als borg), tekent hij voor twee partijen en moet een origineel van de onderhandse akte worden opgesteld voor elk van die partijen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-26, nr. 5259), tenzij ze eenzelfde belang hebben (Antwerpen 18 januari 1993, *DAOR* 1993, 87).

561 Of de partijen al dan niet hetzelfde belang hebben, moet worden bepaald op het ogenblik waarop de onderhandse akte werd opgesteld (D. MOUGENOT, *La preuve*, 211, nr. 135; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2356, nr. 1734; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 719; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 251, nr. 529; H. DE PAGE, *Traité*, 824, nr. 803). Een eventueel later tegengesteld belang tussen partijen die op het ogenblik van de redactie van de akte eenzelfde belang hadden, beïnvloedt het aantal op te

stellen exemplaren niet. Zo hebben echtgenoten op het ogenblik waarop zij met een derde een overeenkomst sluiten (bv. een makelaarscontract met het oog op de verkoop van de gezinswoning), normalerwijze hetzelfde belang, zodat één origineel van de onderhandse akte voor beide echtgenoten volstaat (Brussel 21 maart 2006, *DCCR* 2006, 106, noot G. COENE en *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 335, noot K. MARCHAND). Hun latere echtscheiding kan daaraan niets veranderen. Hetzelfde geldt in geval van een verkoop van een onverdeeld onroerend goed. Eén origineel voor de koper en een voor de onverdeelde mede-eigenaars volstaat, ook al is naderhand een geschil tussen die mede-eigenaars over de onderlinge verdeling van de prijs mogelijk.

562 In de praktijk zullen de partijen vaak een aanvullend exemplaar van de akte opstellen, dit met het oog op de registratie daarvan die is bedoeld om aan de akte tegenover derden vaste dagtekening te verlenen (art. 1328 BW).

b De originaliteit van elk exemplaar

563 Elk exemplaar moet daarenboven een origineel zijn (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 719; H. DE PAGE, *Traité*, 828, nr. 803). Dat betekent dat elk exemplaar rechtstreeks ondertekend moet zijn, zodat iedere partij van meet af aan beschikt over een volledige bewijs (Rb. Bergen 15 maart 2000, *JLMB* 2001, 1309).

564 Op elk exemplaar van de akte moet(en) rechtstreeks de vereiste handtekening(en) aangebracht zijn. Een geschrift waarop de handtekening bijvoorbeeld met carbonpapier aangebracht is (carbonpapier dat onder een ander exemplaar is gelegd op het ogenblik waarop de oorspronkelijke handtekening werd geplaatst), kan niet worden beschouwd als een origineel in de zin van artikel 1325 BW (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE). Niet voldoende is dus één origineel en meerdere afschriften, fotokopieën... (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 719; D. MOUGENOT, *La preuve*, 212, nr. 137; H. DE PAGE, *Traité*, 826, nr. 803).

565 Niet vereist is evenwel dat elk origineel van de onderhandse akte de handtekening draagt van alle partijen. Het volstaat dat elke partij een origineel bezit dat alleen door haar schuldenaar(s) is ondertekend (Cass. 17 juni 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1204; Luik 14 oktober 2002, *JT* 2003, 66). Het eigen exemplaar moet men dus niet zelf mede ondertekenen, omdat niemand tegen zichzelf moet bewijzen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; D. MOUGENOT, *La preuve*, 212, nr. 137; H. DE PAGE, *Traité*, 826, nr. 803).

566 In dit verband wordt ook aangehaald dat in principe elk exemplaar van de akte inhoudelijk identiek moet zijn. Elk exemplaar van de onderhandse akte is immers een origineel en heeft derhalve dezelfde bewijskracht. Niet van belang daarbij is dat de tekst is verkregen door een procedé van vermenigvuldiging zoals carbonpapier, fotokopie... (vgl. Antwerpen 10 maart 2008, *NJW* 2009, 559, noot A. VANDERHAEGHEN). Maar, inhoudelijke wijzigingen moeten aangebracht zijn op elk origineel en goedgekeurd zijn door elke belanghebbende partij (Kh. Sint Niklaas 13 januari 1970, *BRH* 1970, I, 462).

Wanneer de onderscheiden exemplaren van de onderhandse akte toch inhoudelijk verschillen, bijvoorbeeld door dat wijzigingen of toevoegingen slechts zijn aangebracht op één exemplaar, wordt soms verdedigd dat niet is voldaan aan artikel 1325 BW (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-27, nr. 5262). Doorgaans wordt evenwel aangenomen dat in dat geval artikel 1325 BW niet wordt geschonden en het aan de rechter behoort via uitlegging de juiste draagwijdte van de akte te bepalen, zodat het hier dus niet gaat om een echte geldigheidsvereiste (Cass. 25 februari 1833, *Pas.* 1833, I, 44; Cass. 8 oktober 1925, *Pas.* 1926, I, 5; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2356, nr. 1735; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 202; D. MOUGENOT, *La preuve*, 212, nr. 138; H. DE PAGE, *Traité*, 835, nr. 807; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 279, nr. 328). Wanneer de werkelijke bedoeling van de partijen niet kan worden achterhaald, is iedere partij slechts gehouden conform de inhoud van het door haar bijgehouden exemplaar: het behoort immers aan degene die zich op het afwijkend exemplaar beroept, om het akkoord van zijn wederpartij te bewijzen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 253, nr. 533).

Die principiële regeling aangaande onderlinge verschillen geldt niet ten aanzien van verschillen die geen invloed hebben op de inhoud van de aangegane verbintenissen en die het gevolg kunnen zijn van een materiële vergissing of van een vergetelheid, zoals bijvoorbeeld onder omstandigheden verschillen inzake de datum (dat dit niet altijd het geval is, illustreert Arbh. Gent 9 mei 1994, *RW* 1994-95, 1299), de plaats van ondertekening of een schrijffout (Antwerpen 10 maart 2008, *NJW* 2009, 559, noot A. VANDERHAEGHEN).

Wanneer naast de beide identieke originelen in het bezit van elk der partijen nog een afschrift bestaat dat aanvullende gegevens bevat, hebben enkel de beide originelen bewijskracht (Luik 19 januari 1998, *TBBR* 1998, 350).

c De vermelding van het aantal originelen

567 Ten derde moet in elk origineel worden vermeld hoeveel originelen van de onderhandse akte zijn opgemaakt (art. 1325, tweede lid BW; Arbh. Brussel 24 februari 1989, *JTT* 1989, 406, noot). De vermelding van het aantal originelen is bedoeld tot bewijs van het vervuld zijn van de eerste voorwaarde. De wetgever wil vermijden dat de schuldenaar na het ontstaan van het geschil zijn origineel van de akte

achterhoudt of vernietigt en vervolgens betwist dat afdoende exemplaren van de akte zijn opgesteld om aldus bewijskracht te ontnemen aan het origineel dat de tegenpartij voorlegt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 719; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 253, nr. 534; D. MOUGENOT, *La preuve*, 211, nr. 136; H. DE PAGE, *Traité*, 824-825, nr. 803).

568 Vereist is dat het precieze aantal originelen wordt vermeld, bijvoorbeeld in tweevoud, drievoud... (zie art. 1325, *in fine* BW). Niet voldoende is een vage aanduiding zoals bijvoorbeeld de vermelding “opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang”, vermits een dergelijke clause geen controle toelaat (Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-28, nr. 5265; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 117, nr. 201; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 719; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 253, nr. 535; H. DE PAGE, *Traité*, 825, nr. 803). Niettemin zou die aanduiding wel volstaan indien er slechts twee partijen zijn, omdat de clause wijst op het bestaan van meer dan een origineel en in dat geval geen twijfel mogelijk is omtrent het aantal exemplaren (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2356, nr. 1736; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 411, nr. 719; D. MOUGENOT, *La preuve*, 211, nr. 136; H. DE PAGE, *Traité*, 825, nr. 803).

569 Of de niet-naleving van deze derde vormvoorwaarde al dan niet kan worden hersteld door voorlegging van alle originelen die van de akte zijn opgesteld, wordt betwist. Sommigen beantwoorden die vraag ontkenkend, omdat geen enkel ander bewijsmiddel de vormvoorwaarde waarvan sprake kan vervangen (H. DE PAGE, *Traité*, 825, nr. 803 en 832, nr. 805; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2357, nr. 1736). Anderen verdedigen het tegendeel. Zij benadrukken dat in deze hypothese het doel van de wetgever bereikt is, aangezien de rechter hier kan nagaan of de akte werd opgesteld in zoveel originelen als er partijen zijn met een tegengesteld belang (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 256, nr. 541; D. MOUGENOT, *La preuve*, 212, nr. 136).

570 De vermelding van het aantal originelen geniet de bewijskracht van de onderhandse akte. Tegenbewijs kan derhalve slechts geleverd worden conform het gemeenrecht, dit wil zeggen overeenkomstig artikel 1341 BW. In principe is een andere akte vereist, zelfs onder de 375,00 EUR, tenzij een begin van bewijs door geschrift voorhanden is zodat aanvullend bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens toegelaten is. Daarnaast kan aanwending worden gemaakt van de bekentenis en van de

gedingbeslissende eed. Ten slotte is er het geval van bedrog (art. 1353 BW) (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 253, nr. 535; D. MOUGENOT, *La preuve*, 212, nr. 136; H. DE PAGE, *Traité*, 825, nr. 803 en 833, nr. 805).

d De ontvangst van een origineel door elke partij met een onderscheiden belang

571 Alhoewel artikel 1325 BW zelf dat niet bepaalt, leert de cassatierechtpraak dat elke partij met een onderscheiden belang haar origineel van de onderhandse akte moet hebben ontvangen (Cass. 26 april 2001, *www.cass.be*, *Arr.Cass.* 2001, 733, concl. Adv. Gen. A. HENKES en *TBBR* 2006, 346, noot A. DE BOECK). Iedere partij moet immers in de mogelijkheid worden gesteld de door de andere partij aangegane verbintenissen te bewijzen. De vermelding in de akte dat aan die voorwaarde werd voldaan, vermijdt latere betwisting over de ontvangst van de originelen.

e De sanctie

572 Blijft de vraag naar de sanctie bij niet-naleving van de bepaling van artikel 1325 BW. Die vraag vindt haar antwoord in het eerste lid van die wetsbepaling zelf waarin wordt bepaald dat de erin vermelde vormvereisten de geldigheid betreffen van de onderhandse akte. Miskenning van een van de vormvereisten van artikel 1325 BW heeft derhalve in principe de nietigheid tot gevolg van het bewijsstuk dat de onderhandse akte vormt (het *instrumentum*), niet van de rechtshandeling die erin vervat ligt (het *negotium*) (Cass. 14 oktober 1909, *Pas.* 1909, I, 395; Cass. 22 april 1915, *Pas.* 1915-16, I, 259; Cass. 3 december 1964, *RW* 1965-66, 1301; Cass. 15 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 765; Arbh. Brussel 24 februari 1989, *JTT* 1989, 406, noot; Rb. Brugge 5 april 1993, *TBBR* 1993, 121; Rb. Brussel 18 januari 1996, *Res Jur.Imm.* 1995, 273; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 203; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 717 en 411, nr. 721; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 55, nr. 930; H. DE PAGE, *Traité*, 831, nr. 805). Zo brengt bijvoorbeeld de schending van artikel 1325 BW omdat de akte niet in zoveel originelen werd opgemaakt als er partijen zijn met een onderscheiden belang, de nietigheid mee van de akte, ongeacht welke partij het origineel en welke partij het afschrift bezit (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE). Zo ook is de akte nietig in geval van tegenbewijs dat de vermelding van het aantal originelen onjuist is (H. DE PAGE, *Traité*, 825, nr. 803 en 833, nr. 805).

Omdat in geval van niet-naleving van de vormvereisten van artikel 1325 BW de geldigheid van het *negotium* niet in het gedrang komt, zal van dat

negotium nog steeds bewijs kunnen worden geleverd overeenkomstig de gemeenrechtelijke principes (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 247, nr. 209; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2359, nr. 1738; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 203; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, nr. 717; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 254, nr. 536; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139; H. DE PAGE, *Traité*, 832, nr. 805; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 282, nr. 335). Zo kan een geschrift dat wegens miskenning van artikel 1325 BW geen geldige onderhandse akte uitmaakt, in principe (tenzij het gaat om plechtige contracten waarvoor het geschrift als bestaansvereiste geldt) wel een begin van schriftelijk bewijs zoals bedoeld bij artikel 1347 BW uitmaken, waardoor aanvullend bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens mogelijk wordt (Arbh. Gent 9 mei 1994, *RW* 1994-95, 1299; Antwerpen 7 februari 1995, *AJT* 1995-96, 325, noot B. CATTOIR; Brussel 10 december 1996, *Res Jur.Imm.* 1997, 35; Gent, 12 november 1999, *AJT* 2001-02, 475; Antwerpen 3 maart 2003, *TBBR* 2005, 423; Antwerpen 1 juni 2004, *NJW* 2005, 801, noot R. STEENNOT; Bergen 21 december 2007, *JLMB* 2008, 1462; Rb. Gent 20 april 1982, *T.Not.* 1983, 16, noot; Rb. Luik 27 september 1983, *JL* 1984, 245; Rb. Brugge 5 april 1993, *TBBR* 1993, 121; Rb. Kortrijk 30 december 2009, *TGR-TWVR* 2010, 158; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213-214, nr. 140; H. DE PAGE, *Traité*, 822, nr. 800 en 832, nr. 805). Ook bewijs door de bekentenis of door de gedingbeslissende eed blijft mogelijk, al evenzeer als bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens ingeval het gaat om een zaak waarvan de waarde 375,00 EUR niet overschrijdt.

573 De nietigheid van de onderhandse akte wegens miskenning van artikel 1325 BW is een relatieve nietigheid (Rb. Luik 27 september 1983, *JL* 1984, 245; Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 255, nr. 538; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 55, nr. 930; H. DE PAGE, *Traité*, 833, nr. 805; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 282, nr. 335). Artikel 1325 BW raakt immers de openbare orde niet (daarover verder meer onder nr. 574). Het relatief karakter van de nietigheid heeft meerdere gevolgen.

Die relatieve nietigheid mag niet ambtshalve door de rechter opgeworpen worden (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 203; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139).

Het relatief karakter van de nietigheid heeft verder tot gevolg dat artikel 1325 BW enkel geldt tussen de contractpartijen (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 677; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2359, nr. 1738). De niet-naleving ervan kan dus niet worden tegengeworpen aan derden, hetgeen evident is, aangezien het burgerlijk bewijsstelsel niet geldt voor het door derden te leveren bewijs (Luik 7 april 1978, *JL* 1978-79, 57 inzake een lastgever die zich beriep op de niet-naleving van art.

1325 BW teneinde te ontsnappen aan de verbintenissen die de lasthebber tegenover de derde had aangegaan). Omgekeerd kunnen alleen de partijen en niet-derden de toepassing van artikel 1325 BW inroepen. Ook in geval van miskennis van artikel 1325 BW zal de akte bijgevolg tegenwerpbaar zijn aan derden, mits zij vaste dagtekening heeft (Cass. 23 mei 1892, *Pas.* 1892, I, 271; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139; H. DE PAGE, *Traité*, 833, nr. 805).

Het relatieve karakter van de nietigheid verklaart tevens de uitzondering in het vierde lid van artikel 1325 BW: het ontbreken in elk origineel van de vermelding van het precieze aantal originelen dat van de onderhandse akte werd opgemaakt, kan niet (meer) worden ingeroepen door de partij die harerzijds de overeenkomst die in de akte is vervat, heeft uitgevoerd. De uitvoering van de overeenkomst impliceert een afstand van het recht zich op het vormgebrek te beroepen. De overeenkomst (het betwiste feit) wordt door haar uitvoering immers erkend, zodat geen bewijs daarvan meer vereist is tegen de partij die ze betwist en het vormgebrek dat aan de akte als bewijsmiddel kleeft, geen belang meer heeft.

Aangenomen wordt dat die uitzondering een meer algemene draagwijdte heeft dan artikel 1325, vierde lid BW laat vermoeden. De uitvoering van de overeenkomst door de partij die zich beroept op de niet-naleving van artikel 1325 BW, dekt elke eventuele nietigheid om die reden (dus ook buiten het geval van het ontbreken van de vereiste vermelding, bv. wanneer de akte niet werd opgemaakt in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang) (Cass. 1 februari 1973, *Arr.Cass.* 1972-73, 554; Cass. 12 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 802; Luik 7 februari 1978, *JL* 1978-79, 49; Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE; Luik 29 maart 1962, *Pas.* 1962, II, 262; Arbh. Brussel 24 februari 1989, *JTT* 1989, 406, noot; Bergen 23 januari 1990, *TBBR* 1992, 156, noot Y. MERCHERS; Antwerpen 7 februari 1995, *AJT* 1995-96, 325, noot B. CATTOIR; Brussel 19 februari 1997, *AJT* 1999-2000, 21; Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40; Vred. Beveren 28 januari 1997, *AJT* 1996-97, 460, noot G. STRAETMANS; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 203; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 412, nr. 721; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 255, nr. 539; D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139; H. DE PAGE, *Traité*, 833-834, nr. 805; *anders*: L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 247, nr. 209).

Een zelfs gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst door de partij die de inbreuk op artikel 1325 BW inroept, is voldoende om de nietigheid te dekken (Luik 7 februari 1978, *JL* 1978-79, 49; Antwerpen 18 januari 1993, *DAOR* 1993, 87; Brussel 19 februari 1997, *AJT* 1999-2000, 21; Arbrb. Mechelen 24 november 1975, *JTT* 1976, 133; Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40; Vred. Houffalize 16 januari 1997, *T.Vred.* 1997, 410 en *AJT* 1996-97, 459, noot G. STRAETMANS; Vred. Beveren 28 januari 1997, *AJT* 1996-97, 460, noot G. STRAETMANS). Zo

kan de aanvaarding van de betaling door de koper van een voorschot op de verkoopprijs van een onroerend goed als gedeeltelijke uitvoering gelden (Cass. 1 februari 1973, *Arr.Cass.* 1973, 554). De gedeeltelijke uitvoering met daaraan verbonden dekking van de nietigheid kan daarbij voortvloeien uit de vermeldingen van de akte. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de betaling van het voorschot op de verkoopprijs in de akte zelf wordt vastgesteld (Cass. 12 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 802).

Overeenkomstig het gemeen recht inzake bevestiging, moet de (gehele of gedeeltelijke) uitvoering wel met zekerheid de erkenning van de rechtshandeling impliceren (Cass. 12 maart 1976, *Arr.Cass.* 1976, 802). De uitzondering op de principiële nietigheid van de akte wegens niet-naleving van artikel 1325 BW wordt door de rechter niet miskend, wanneer hij oordeelt dat het ontbreken van bezwaar vanwege de partij die zich op de nietigheid beroept, niet betekent dat de overeenkomst werd uitgevoerd (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE). Of de aanwending in rechte van de betwiste akte of de erkenning van het bestaan daarvan kan worden gelijkgesteld met de uitvoering van de overeenkomst (en de erkenning daarvan), wordt betwist, omdat het bewijs van de naleving van de vormvoorwaarden enkel op de wettelijk voorgeschreven wijze kan gebeuren (H. DE PAGE, *Traité*, 834, nr. 805). Doorgaans wordt aangenomen dat zulks het geval kan zijn, doch niet noodzakelijk hoeft te zijn (D. MOUGENOT, *La preuve*, 213, nr. 139). Voor een toepassingsgeval zie Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40.

5. Niet van openbare orde noch van dwingend recht

574 Artikel 1325 BW is niet van openbare orde noch van dwingend recht (Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075; H. DE PAGE, *Traité*, 834-835, nr. 806). De partijen kunnen derhalve, stilzwijgend of uitdrukkelijk, afwijken van die wetsbepaling door afstand te doen van de bescherming die de wet hen op bewijsrechtelijk vlak biedt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 116, nr. 199; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 251, nr. 526; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 282, nr. 334).

In zijn arrest van 26 april 2001 (Cass. 26 april 2001, www.cass.be, *Arr.Cass.* 2001, 733, concl. Adv. Gen. A. HENKES en *TBBR* 2006, 346, noot A. DE BOECK) bevestigt het Hof van Cassatie bijvoorbeeld de vrijheid van de partijen om af te wijken van de vereiste dat aan iedere partij met een onderscheiden belang daadwerkelijk een origineel van de onderhandse akte moet worden overhandigd. Geoordeeld werd:

- dat het arrest vermeldt dat er verschillende redenen of omstandigheden kunnen zijn waarom een of beide partijen bij de overeenkomst geen exemplaar van de akte in hun bezit hebben, bijvoorbeeld omdat – zoals hier het geval is – de akte vermeldt dat de overhandiging van een exemplaar aan de partij die het bedrag van de transactie verschuldigd is, als kwijting van de betaling van dat bedrag geldt;
- dat het arrest, zonder dienaangaande bekritiseerd te worden, toevoegt dat het dus volstrekt logisch is dat de verweerder in het bezit is gebleven van de twee exemplaren van de overeenkomst, aangezien de overhandiging van een van die exemplaren aan de eiseres als kwijting gold en dus pas kon gebeuren als het bedrag betaald was, wat hier niet het geval was;

- dat het arrest aldus vaststelt dat de partijen overeengekomen waren dat de exemplaren van de litigieuze akte in verweerders bezit bleven zolang hij de betaling van de verkoopprijs niet had ontvangen;
- dat het arrest met die vermeldingen zijn beslissing naar recht verantwoordt.

Voor een ander toepassingsgeval, in dezelfde zin, Kh. Tongeren 9 maart 2010, *Huur* 2011, 40.

Ook van de voorwaarde van het opstellen van het voorgeschreven aantal exemplaren kan worden afgeweken. De partijen kunnen overeenkomen om slechts een origineel exemplaar van de onderhandse akte op te stellen en dat origineel ter bewaring toe te vertrouwen aan een door hen gevolmachtigde derde, bijvoorbeeld een notaris of een ander vertrouwenspersoon (Luik 30 april 2001, *TBBR* 2002, 406), die het vervolgens ter beschikking houdt van de partijen om naderhand aan degenen die erom vragen desgewenst gecertificeerde afschriften ervan te verstrekken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 210, nr. 132; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 247, nr. 209; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2352, nr. 1731; A. Van Oevelen, “Bewijsclausules” in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*”, Mechelen, Kluwer, 2004, 120, nr. 5; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 412, nr. 721; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 249, nr. 524 en 251, nr. 526; H. DE PAGE, *Traité*, 835, nr. 806bis).

6. Langs elektronische weg gesloten wederkerige overeenkomsten

575 De wetgever heeft niet bepaald hoe artikel 1325 BW moet worden toegepast inzake wederkerige contracten die langs elektronische weg worden gesloten. De wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij behoudt dienaangaande het stilzwijgen.

576 In de rechtsleer worden meerdere oplossingen voorgesteld (zie daarover P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2358, nr. 1737; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 280-281, nr. 330).

Vooreerst kan artikel 1325 BW theoretisch rigoureuus worden nageleefd mits het traditionele geschrift en de traditionele handtekening daarbij worden vervangen door een elektronisch document en door een elektronische handtekening in de zin van artikel 16, § 1 en § 2 van de hierboven bedoelde wet van 11 maart 2003. Elke partij met een onderscheiden belang ontvangt dan een elektronisch document dat de vermeldingen van artikel 1325 BW bevat en dat bovendien is voorzien van de rechtsgeldige elektronische handtekening van haar schuldenaars. In de praktijk komt die werkwijze evenwel nauwelijks voor.

Een tweede oplossing bestaat hierin de hier besproken hypothese gelijk te stellen met per briefwisseling gesloten wederkerige overeenkomsten. In beide gevallen zou artikel 1325 BW niet kunnen gelden omwille van de eigen aard van die communicatietechnieken.

Ten slotte kunnen de partijen ook afwijken van artikel 1325 BW (dat immers niet van openbare orde is), mits opname in het contract van een duidelijke clause in die zin. Eventueel kan die werkwijze gepaard gaan met de bewaaring aan een derde van een ondertekend origineel van de overeenkomst. De

vraag wordt daarbij wel gesteld of artikel 1325 BW dan niet toepasselijk is op de afwijkende overeenkomst zelf (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 116, nr. 200).

Die oplossingen veronderstellen dat het langs elektronische weg gesloten wederkerig contract effectief werd vastgesteld in een originele akte, dit wil zeggen in een akte voorzien van een elektronische handtekening in de zin van artikel 16, § 2 van de hierboven bedoelde wet van 11 maart 2003. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer een consument langs elektronische weg een bestelling plaatst onder enkele opgave van zijn identiteit en van het nummer van zijn kredietkaart (hetgeen in de praktijk vaak gebeurt voor minder belangrijke contracten). In dat geval kan het elektronisch document enkel gelden als feitelijk vermoeden of als begin van bewijs door geschrift (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2358-2359, nr. 1737).

b) Onderhandse akten die eenzijdige schuldbekentenissen bevatten

1. De regel

577 Artikel 1326 BW schrijft voor dat een onderhands biljet of een onderhandse belofte waarbij een enkele partij zich tegenover de andere verbindt om haar een geldsom of een waardeerbare zaak te betalen, geheel moet geschreven zijn met de hand van de ondertekenaar; of ten minste moet deze, benevens zijn handtekening, met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor geschreven hebben, waarbij de som of de hoeveelheid van de zaak voluit in letters is uitgedrukt. Uitzondering wordt gemaakt ingeval de akte uitgaat van kooplieden, ambachtslieden, landbouwers, wijngaardeniers, dagloners of dienstboden.

2. De *ratio legis*

578 In afwijking van het gemeen recht inzake onderhandse akten, voorziet artikel 1326 BW in bijzondere vormvereisten voor onderhandse akten waarbij één enkele partij zich tegenover een andere verbindt tot betaling van een geldsom of van een waardeerbare zaak. Die uitzondering is in het bijzonder bedoeld als bescherming van de schuldenaar tegen misbruiken door de schuldeiser in drie opzichten (Antwerpen 18 januari 1993, *DAOR* 1993, 87; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-29, nr. 5271; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2361, nr. 1740; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 204; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 412-413, nr. 723.b; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 257, nr. 543; D. MOUGENOT, *La preuve*, 214, nr. 141; H. DE PAGE, *Traité*, 837-838, nr. 811):

- vooreerst kan de schuldeiser in geval van blanco-handtekening (waarbij de schuldenaar vooraf een blanco-document heeft ondertekend dat naderhand door de schuldeiser wordt aangevuld) aan de reeds door de schuldenaar ondertekende akte een *corpus* toevoegen waarin een hoger dan het overeengekomen bedrag wordt opgegeven (vandaar de regel van het geheel geschreven zijn met de hand van de ondertekenaar-schuldenaar);
- zelfs buiten het geval van blanco-handtekening, kan de schuldeiser de handtekening van de schuldenaar bij verrassing pogen te bekomen voor een hogere dan de overeengekomen som: de schuldeiser leest de akte voor en vermeldt daarbij een lager bedrag dan er in werkelijkheid staat, waarna de schuldenaar de akte ondertekent zonder ze na te lezen (vandaar de regel van het met de hand geschreven “goed voor” of “goedgekeurd voor”);
- ten slotte kan de schuldeiser, aangezien in principe enkel hij de akte bijhoudt, na de ondertekening daarvan door de schuldenaar pogen de daarin vermelde bedragen te vervalsen (vandaar de regel van het voluit in letters uitdrukken van de som of van de hoeveelheid van de zaak).

3) De toepassingsvoorwaarden

579 Opdat artikel 1326 BW van toepassing zou zijn, moet aan drie voorwaarden zijn voldaan: het moet gaan om (a) een onderhandse akte (b) die een eenzijdige schuldbekentenis vaststelt (c) waarbij de verbintenis van de schuldenaar betrekking moet hebben op een geldsom of op een waardeerbare zaak (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 725; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 257, nr. 546 die daarin weliswaar vier voorwaarden onderscheidt).

a) Een onderhandse akte

580 Artikel 1326 BW geldt enkel voor onderhandse akten. Het begrip onderhandse “biljetten” is verouderd, maar beoogt hetzelfde.

581 Die wetsbepaling is dus niet van toepassing op authentieke akten. Bij authentieke akten wordt het risico op misbruiken door de schuldeiser ondervangen door de tussenkomst van de bevoegde openbaar ambtenaar (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 414, nr. 725, voetnoot 173; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 528, nr. 547). Bovendien schrijft artikel 12 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt voor dat de bedragen die het voorwerp uitmaken van een betalingsverplichting voluit worden geschreven.

582 Wat aangaat de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften, is de toestand niet eenduidig.

Artikel 1326 BW geldt niet met betrekking tot onregelmatige authentieke akten die eenzijdige schuldbekentenissen tot voorwerp heb-

ben. Conform artikel 1318 BW gelden dergelijke authentieke akten als onderhandse akten, zelfs indien niet aan de voorwaarden van artikel 1326 BW is voldaan. De partijen hadden immers de redactie op het oog van een authentieke akte waaraan artikel 1326 BW per definitie vreemd is. Er anders over oordelen zou neerkomen op een uitholling van artikel 1318 BW (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 249, nr. 210; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2365, nr. 1742; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 206; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 414, nr. 725; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 258, nr. 549; D. MOUGENOT, *La preuve*, 219, nr. 147; H. DE PAGE, *Traité*, 842, nr. 815; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 287, nr. 343).

Betwist is of artikel 1326 BW van toepassing is op briefwisseling en e-mails die eenzijdige schuldbekentenissen bevatten (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 678). Soms wordt die vraag ontkennend beantwoord (Brussel 4 juli 1956, *RW* 1956-57, 351). Maar, doorgaans wordt het tegendeel verdedigd. Het praktisch probleem dat verklaart waarom briefwisseling en e-mails niet onderworpen zijn aan artikel 1325 BW, is hier niet aan de orde (H. DE PAGE, *Traité*, nr. 847; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2365, nr. 1742; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 206; D. MOUGENOT, *La preuve*, 219, nr. 148; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 285, nr. 340). Wanneer de brief volledig met de hand geschreven is door degene die zich daarbij verbindt, is aan de eerste formaliteit van artikel 1326 BW voldaan. Zo niet moet de tweede formaliteit worden vervuld door toevoeging van de vermelding *goed voor of goedgekeurd voor* gevolgd door het geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken voluit in letters (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 258, nr. 548; D. MOUGENOT, *La preuve*, 219-220, nr. 148).

583 Waardepapieren (wisselbrief, orderbriefje...) vallen niet onder toepassing van artikel 1326 BW, doch zijn integendeel onderworpen aan eigen regels. Wanneer zij evenwel nietig zijn als waardepapier (bv. bij gebrek aan dagtekening) en als dusdanig worden ingeroepen tot bewijs van een burgerrechtelijke schuld, geldt artikel 1326 BW wel (Luik 17 oktober 1964, *Pas*. 1965, II, 57; Brussel 25 april 2008, *DAOR* 2008, 217, noot G. BALLON; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 259, nr. 550; D. MOUGENOT, *La preuve*, 215, nr. 142).

b) Een eenzijdige schuldbekentenis

584 Alleen onderhandse akten die eenzijdige schuldbekentenissen vaststellen, vallen onder toepassing van artikel 1326 BW.

585 Volgens een cassatiearrest van 28 april 1978 (*Arr.Cass.* 1978, 1016) moet de onderhandse akte betrekking hebben op een overeenkomst. Artikel 1326 BW zou niet gelden voor verbintenissen die uit een eenzijdige

wilsuiting zijn ontstaan. In de rechtspraak en in de rechtsleer wordt doorgaans het tegendeel verdedigd (Bergen 12 november 2008, *JLMB* 2009, 1118; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 1148; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 248, nr. 210; A. DE BOECK, “De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring” in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 19, nr. 50; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-29, nr. 5272; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2361-2362, nr. 1741; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 205; D. MOUGENOT, *La preuve*, 215, nr. 142; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 95-96, nr. 5; anders: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 678). Die rechtspraak en rechtsleer moet worden bijgetreden, mede gelet op de evolutie in de cassatierechtspraak die eerst vanaf 1980 de eenzijdige wilsuiting als autonome bron van verbintenissen is gaan erkennen (Cass. 9 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1132, noot, *Bull.* 1980, 1121, noot, *Pas.* 1980, I, 1121, noot en *RW* 1982-83, 319, noot; Cass. 9 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1139 en *T.Aann.* 1981, 146, noot M. SENELLE; Cass. 3 september 1981, *T.Aann.* 1982, 131, noot L. CORNELIS).

586 Artikel 1326 BW vereist dat de onderhandse akte daarenboven een rechtshandeling tot voorwerp heeft waarbij een verbintenis van de schuldenaar wordt vastgesteld. Dat betekent dat de akte betrekking moet hebben op het ontstaan van een nieuwe verbintenis (Brussel 4 juli 1956, *RW* 1956-57, 351, noot; Brussel 20 maart 1957, *JT* 1957, 280; Brussel 4 december 1964, *Pas.* 1965, II, 272; Antwerpen 30 juni 1997, *AJT* 1997-98, 485, noot K. VAN RAEMDONCK; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr. 205; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 259, nr. 551; D. MOUGENOT, *La preuve*, 215, nr. 143; H. DE PAGE, *Traité*, 841-842, nr. 815; anders: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 285, nr. 340). Vandaar dat buiten het toepassingsgebied van die wetsbepaling vallen: kwijtingen die immers geen verbintenissen doen ontstaan, doch enkel de uitdoving ervan vaststellen (Brussel 10 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 24), akten van berusting die enkel de erkenning impliceren van een voorafbestaande rechtstoestand (Brussel 4 december 1964, *Pas.* 1965, II, 272), alsook akten houdende afstand van recht, dit niettegenstaande misbruiken ook hier niet ondenkbaar zijn. Hetzelfde geldt in geval van een brief houdende een (buitengerechtigde) bekentenis van het verschuldigd zijn van een geldbedrag ingevolge vroeger aangegane verbintenissen (Brussel 20 maart 1957, *Pas.* 1958, II, 215; Brussel 10 april 1965, *Pas.* 1965, II, 105). Ook hier is immers geen sprake van het ontstaan van een nieuwe verbintenis.

587 Bovendien moet de akte betrekking hebben op eenzijdige verbintenissen (Brussel 11 januari 1990, *TSR* 1990, 180; Bergen 9 januari 1996, *JT* 1996, 510; Brussel 14 december 2000, *JLMB* 2002, 1307, noot B.K.; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 118, nr.

205; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 600, nr. 27; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 284, nr. 340).

V o o r b e e l d e n van eenzijdige schuldbekentenissen zijn de verbintenissen die voortspruiten uit:

- de borgstelling (Cass. 26 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 230 en *R.Cass.* 1993, 94, voorafgegaan door noot C. MATTHEEUSEN, “Het toepassingsgebied van artikel 1326 van het Burgerlijk Wetboek”; Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1670; Antwerpen 4 december 1978, *RW* 1978-79, 2879; Bergen 10 september 1986, *JLMB* 1987, 568; Antwerpen 15 februari 1988, *Pas.* 1988, II, 127; Luik 17 april 1990, *Act.dr.* 1991, 233, noot M. FORGES; Brussel 8 mei 1990, *JLMB* 1990, 1227; Brussel 22 oktober 1997, *JT* 1998, 290; Antwerpen 7 april 1998, *TBBR* 2000, 193; Brussel 21 april 1998, *Pas.* 1997, II, 78; Brussel 14 december 2000, *JLMB* 2002, 1307; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Antwerpen 29 april 2003, *TBBR* 2004, 526; Vred. Etterbeek 10 mei 2004, *T.Vred.* 2010, 258, noot X.);
- de zakelijke overeenkomsten die slechts ontstaan na de overhandiging van een zaak, zoals de lening (Bergen 10 september 1986, *JL* 1987, 568; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42; Rb. Dendermonde 31 december 1997, *DCCR* 2000, 46; Rb. Leuven 22 oktober 2003, *RABG* 2004, 742, noot B. VAN BAEVEGHEM; Vred Antwerpen (2de kanton) 10 september 1998, *RW* 1999-2000, 124), de bewaargeving...;
- de schenking zonder last;
- de overeenkomst tot het verstrekken van een waarborg (Cass. 28 april 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1016);
- het beding ten behoeve van een derde (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140);
- de loonoverdracht (Cass. 10 februari 1997, *AJT* 1996-97, 456, noot D. BLOMMAERT, *AJT* 1996-97, 456, noot G. STRAETMANS, *T.Vred.* 1997, 233, noot M. DAMBRE, *R.Cass.* 1998, 300, noot A. DE BOECK en *JTT* 1997, 279, noot M. FORGES; Vred. Beveren 12 maart 1996, *Jaarboek Krediet* 1996, 241, noot; Vred Antwerpen (2de kanton) 10 september 1998, *RW* 1999-2000, 124; Vred. Antwerpen (2de kanton) 10 september 1998, *RW* 1999-2000, 124);
- het onbezoldigd mandaat;
- de inschrijving op een kapitaalbreng (Luik 14 oktober 2002, *TRV* 2003, 303);
- het document met de vermelding: “Ik erken vijfhonderdduizend frank verschuldigd te zijn aan Mevr. X ... voor het jarenlange leveren van diensten en voor het onderhoud van mijn graf zolang zij dat zal kunnen doen; om haar volle waarde te behouden zal deze bekentenis in het volstrektste geheim worden bewaard tot aan mijn dood en die van mijn vrouw, en niet eerder” (Bergen 9 januari 1996, *JT* 1996, 510);
- ...

Onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten, vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 1326 BW (Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075; Cass. 26 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 230 en *R.Cass.* 1993, 94, voorafgegaan door noot C. MATTHEEUSEN, “Het toepassingsgebied van artikel 1326 van het Burgerlijk Wetboek”; Luik 2 april 1998, *TBBR* 1999, 208; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42; Rb. Leuven 21 juni 1985, *RW* 1986-87, 125; Rb. Hasselt 3 februari 2003, *RW* 2005-06, 747; Vred. Deurne 15 februari 1973, *T.Vred.* 1974, 84; H. DE PAGE, *Traité*, 840, nr. 815). In dat geval heeft de bescherming van artikel 1326 BW immers geen bestaansreden. Het gevaar waartegen artikel 1326 BW wil beschermen bestaat niet omdat artikel 1325 BW geldt zodat elke partij in het bezit is van een origineel van de onderhandse akte en vergelijking van die originelen toelaat de afwezigheid van misbruiken te controleren.

Betwist is de vraag of artikel 1326 BW al dan niet moet worden nageleefd, wanneer in eenzelfde onderhandse akte zowel wederkerige overeenkomsten als eenzijdige schuldbekentenissen zijn opgenomen, bijvoorbeeld enerzijds een leningsovereenkomst tussen een kredietverstrekker en een vennootschap en anderzijds een borgstelling voor de verbintenis tot terugbetaling van het ontleende bedrag aangegaan door de natuurlijke personen-zaakvoerders.

Soms wordt die vraag positief beantwoord. De toepassing van artikel 1326 BW hangt af van de aard zelf van de verbintenis die in de onderhandse akte is neergelegd, niet van het aantal exemplaren waarin die akte is opgesteld (Luik 17 april 1990, *Act.dr.* 1991, 233; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 364, noot; Vred. Etterbeek 10 mei 2004, *T.Vred.* 2010, 258, noot X.). Soms wordt het tegendeel verdedigd, omdat in dat geval artikel 1325 BW van toepassing is en het enkele feit dat de betrokken akte is opgesteld in meerdere originelen tot gevolg heeft dat misbruiken door de schuldeiser uitgesloten zijn (Antwerpen 18 januari 1993, *DAOR* 1993, 87; Antwerpen 19 februari 2001, *AJT* 2000-01, 909; Antwerpen 29 april 2003, *TBBR* 2004, 526; Brussel 26 juni 2003, *Rev.not.b.* 2005, 185, noot P. RENSON; Rb. Dendermonde 5 maart 2004, *TBBR* 2005, 299; Luik 3 november 2008, *JLMB* 2009, 1115; Rb. Brussel 25 november 2011, *JLMB* 2012, 1901). Vaak wordt voorgehouden dat een onderscheid moet worden gemaakt al naargelang het gaat om een complexe overeenkomst waarvan de eenzijdige verbintenis slechts een element is (in welk geval art. 1326 BW niet zou gelden) dan wel om twee onderling onafhankelijke overeenkomsten of om overeenkomsten waarbij een derde (ten aanzien van de wederkerige overeenkomst) betrokken is (in welk geval art. 1326 BW wel zou gelden, dit cumulatief met art. 1325 BW) (Brussel 1 december 2004, *JLMB* 2007, 1727, noot P. RENSON; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 6182; Rb. Bergen 8 maart 2000, *RRD* 2000, 474, noot P. WERY; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 260-261, nr. 555; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2362, nr. 1741; D. MOUGENOT, *La preuve*, 215, nr. 142; H. DE PAGE, *Traité*, 840, nr. 815; P. RENSON, “Le cautionnement et la règle du ‘bon pour’” (noot onder Brussel 26 juni 2003), *Rev.not.b.* 2005, 191 e.v., nr. 13.1; P. RENSON, “La formalité du ‘bon pour’ et le cautionnement” (noot onder Brussel 1 december 2004), *JLMB* 2007, 1730 e.v., nr. 3.2).

In zijn arrest van 27 oktober 2000 (Cass. 27 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1670) heeft het Hof van Cassatie inzake borgtocht geoordeeld dat de borgtocht een eenzijdige overeenkomst is, dat in burgerlijke zaken het bewijs van een dergelijke overeenkomst onderworpen is aan het voorschrift van artikel 1326 BW, maar dat gelet op de bestaansreden van deze bepaling artikel 1326 BW niet moet worden nageleefd wanneer de eenzijdige verbintenis is neergelegd in een wederkerige overeenkomst die onderworpen is aan het bepaalde van artikel 1325 BW.

De problematiek hier aan de orde betreft over het algemeen borgstellingen die, samen met een wederkerige overeenkomst, in één onderhandse akte zijn opgenomen. Inzake kosteloze borgstellingen heeft de wet van 3 juni 2007 met betrekking tot de kosteloze borgtocht artikel 1326 BW afgeschaft en de artikelen 2043*bis* tot 2043*octies* BW ingevoerd. Krachtens deze nieuwe bepalingen is het verboden om een wederkerige overeenkomst en een borgstelling in een enkele onderhandse akte op te nemen. Sindsdien is het praktisch belang van de kwestie dus eerder beperkt (D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 601, nr. 27).

c) Een verbintenis met als voorwerp een bepaalde geldsom of een waardeerbare zaak

588 De verbintenis van de schuldenaar, neergelegd in de onderhandse akte, moet betrekking hebben op een bepaalde geldsom of op een waardeerbare zaak (Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075; Cass. 26 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 230 en *R.Cass.* 1993, 94, voorafgegaan door noot C. MATTHEUSEN, "Het toepassingsgebied van artikel 1326 van het Burgerlijk Wetboek; Antwerpen 7 april 1998, *TBBR* 2000, 193). Onder waardeerbare zaak moet hier worden verstaan een vervangbare zaak, dus een zaak die zich laat tellen in gewicht, in aantal of in maat en waarvan de hoeveelheid in een cijfer kan worden uitgedrukt. Het moet gaan om eenzijdige verbintenissen tot levering van genuszaken (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 248, nr. 210; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2363, nr. 1741; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 205; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 725; D. MOUGENOT, *La preuve*, 216, nr. 144; H. DE PAGE, *Traité*, 836, nr. 810 en 840-841, nr. 815).

Eenzijdige schuldbekentenissen met een ander voorwerp dan genuszaken (verbintenissen die *specieszaken* tot voorwerp hebben en verbintenissen om iets te doen of te laten) zijn niet onderworpen aan artikel 1326 BW en kunnen dus door elke onderhandse akte worden bewezen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 285, nr. 342). Dat is bijvoorbeeld het geval met de onderhandse akte van loonoverdracht, waarbij de overdrager zich ten aanzien van de overnemer verbindt zijn loon over te dragen (dus iets te doen) tot waarborg van een schuld (Cass. 9 oktober 2003, *RABG* 2004, 732, noot I. DE SCHRYVER). Een ander voorbeeld (opnieuw van een verbintenis om iets te doen) is de onderhandse akte houdende een borgstelling voor een onbeperkte kredietopening (Cass. 1 juni 1850, *Pas.* 1850, I, 301). Hetzelfde geldt ten aanzien van een onderhandse akte waarbij een partij erkent een bepaalde geldsom verschuldigd te zijn die zij evenwel niet kan betalen en waarbij zij bijgevolg de verbintenis aangaat aan de schuldeiser een onroerend goed (dus een bepaalde zaak) in betaling te geven (Cass. 30 april 1970, *Arr.Cass.* 1969-70, 803; zie ook Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075).

589 Aangezien de beloofde geldsom of de beloofde hoeveelheid vervangbare zaken voluit in letters moeten worden geschreven, veronderstelt artikel 1326 BW verder dat die som of die hoeveelheid op het ogenblik van de redactie van de onderhandse akte bekend is en door een cijfer kan worden uitgedrukt, bijvoorbeeld een ton graan, een hectoliter melk... (Gent 29 juni 2001, *TWVR* 2001, 105, noot F. MOEYKENS; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Brussel 26 juni 2003, *Rev.not.b.* 2005, 185, noot P. RENSON; Gent 16 juni 2008, *NJW* 2009, 227, noot R. STEENNOT; Antwerpen 26 oktober 2009, *P&B* 2011, 230, noot B. SAMYN; Kh. Brussel 18 januari 2008, *JLMB* 2008, 1813; H. DE PAGE, *Traité*, 841, nr. 815; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 205; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 725; D. MOUGENOT, *La preuve*, 216-217, nr. 144; P. WERY, "La preuve du cautionnement" (noot onder Rb. Bergen 8 maart 2000), *RRD* 2000, 480; *anders*: P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2364, nr. 1741; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 262-263, nr. 557; Luik 30 april 1968, *Pas.* 1968, II, 215; Rb. Brussel 9 april 1990, *JLMB* 1990, 1250: de *ratio legis* van art. 1326 BW zou ook in dat geval voorhanden zijn). Dat is niet het geval met verbintenissen voor een onbepaald bedrag zoals "alle sommen" of toekomstige schulden waarvan de omvang nog niet gekend is, bijvoorbeeld een borgstelling die betrekking heeft op pachtsommen en bijhorigheden en strekt tot zekerheid van de uitvoering van de voorwaarden van de pachtovereenkomst (Cass. 26 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 230 en *R.Cass.* 1993, 94, voorafgegaan door noot C. MATTHEUSEN, "Het toepassingsgebied van artikel 1326 van het Burgerlijk Wetboek"; zie ook Cass. 1 juni 1850, *Pas.* 1850, I, 301; Cass. 14 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 227; Cass. 10 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1075; Luik 30 april 1968, *Pas.* 1968, II, 215; Brussel 22 oktober 1969, *Pas.* 1970, II, 11; Antwerpen 29 april 2003, *TBBR* 2004, 526; Gent 16 juni 2008, *NJW* 2009, 227, noot R. STEENNOT; Antwerpen 26 oktober 2009, *P&B* 2011, 30, noot B. SAMYN; Rb. Brussel 10 mei 1958, *Pas.* 1959, III, 12; Rb. Brugge 5 juni 1996, *TWVR* 2001, 108, noot; Kh. Brussel 18 januari 2008, *JLMB* 2008, 1813; Rb. Brussel 25 november 2011, *JLMB* 2012, 1901; Vred. Beauraing 18 november 1997, *Act.jur.baux* 1998, 54). Maar artikel 1326 BW geldt wel wanneer de borg zich tot een bepaald plafond verbindt waarvan het bedrag in de akte wordt vermeld (Antwerpen 4 december 1978, *RW* 1978-79, 2879; Brussel 8 mei 1990, *JT* 1990, 675; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 262-263, nr. 557; D. MOUGENOT, *La preuve*, 217, nr. 144). Het niet-bepaalbaar zijn van het bedrag van het saldo, verschuldigd na de uitvoering van de verbintenissen van de hoofdschuldenaar, evenals het niet-bepaalbaar zijn van de intrest en van de eventuele kosten bij in gebreke blijven van de hoofdschuldenaar, tast de berekenbaarheid van het maximale bedrag gewaarborgd door de borg, niet aan (Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON). Opdat de verplichting van de borg bepaald of bepaalbaar zou zijn, is niet vereist dat de overeenkomst in verband met de borgtocht de bepalingen en voorwaarden zou overnemen van de overeenkomst die tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar werd gesloten. Een verwijzing naar die

bepalingen en voorwaarden volstaat (Bergen 13 december 1996, *JT* 1997, 410).

d) Uitzonderingen

590 Maar, ook en zelfs wanneer aan die drie toepassingsvoorwaarden is voldaan, geldt artikel 1326 BW toch niet wanneer de onderhandse akte houdende een eenzijdige schuldbekentenis uitgaat van “kooplieden, ambachtslieden, landbouwers, wijngaardeniers, dagloners of dienstboden”. De personen waarop de besproken wetsbepaling bij wijze van uitzondering niet van toepassing is, worden doorgaans onderverdeeld in twee groepen: enerzijds de kooplieden en anderzijds de andere in artikel 1326, tweede lid BW genoemde personen.

Onder kooplieden moet worden verstaan alle handelaars bedoeld bij artikel 1 W.Kh. (Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503; Gent 23 februari 2005, *TGR-TWVR* 2005, 96). Handelaars worden geacht niet dezelfde bescherming te behoeven als andere schuldenaars. Daarenboven verzetten de handelsgebruiken en inzonderheid de vereisten van eenvoud en snelheid van handelsrelaties zich tegen al te veel formaliteiten (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 414, nr. 726; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 264-265, nr. 560; H. DE PAGE, *Traité*, 842, nr. 816). Vanuit die motivering is de uitzondering op artikel 1326 BW evident voor zover het gaat om het bewijs van een eenzijdige schuldbekentenis die een handelsrechtelijk karakter heeft in hoofde van de handelaar-schuldenaar. In dat geval geldt het soepeler bewijsstelsel in handelszaken (Brussel 19 november 1980, *RW* 1981-82, 1288; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 206; D. MOUGENOT, *La preuve*, 217, nr. 145; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 96, nr. 5). Dat is zelfs het geval wanneer de eenzijdige schuldbekentenis tevens uitgaat van een ondertekenaar die geen handelaar is (Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503). Hetzelfde geldt voor commerciële verbintenissen (objectieve daden van koophandel) van een niet-handelaar: de toepassing van het soepeler bewijsstelsel in handelszaken is immers verbonden aan de aard van de rechtshandeling, niet aan de hoedanigheid van de schuldenaar (zie hierboven; D. MOUGENOT, *La preuve*, 218, nr. 145; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 96, nr. 5; *anders*: H. DE PAGE, *Traité*, 842, nr. 815 en 843, nr. 816). Om dezelfde reden is de uitzondering op artikel 1326 BW niet van toepassing voor burgerrechtelijke verbintenissen van handelaars, in welk geval de voormelde vereisten van het handelsverkeer immers niet aan de orde zijn (Brussel 17 oktober 1960, *RW* 1960-61, 944; Antwerpen 8 oktober 2007, *TBBR* 2012, 189; Rb. Hasselt 31 mei 2001, *RW* 2003-04, 544; D. MOUGENOT, *La preuve*, 217, nr. 145; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 286, nr. 343). Vaak wordt evenwel het tegendeel verdedigd onder verwijzing naar de kwaliteiten die de handelaar-schuldenaar kenmerken (Brussel 10 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 24; Brussel 19 november 1980, *RW*

1981-82, 1288; Rb. Ieper 12 oktober 1993, *TBBR* 1994, 409; Kh. Luik 10 november 1983, *TBH* 1985, 118, noot; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 265, nr. 562; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 96, nr. 5; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuves)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 57, nr. 940, voetnoot 271; H. DE PAGE, *Traité*, 843, nr. 816). In dat laatste geval wordt dikwijls tevens geargumenteed dat het begrip kooplieden hier ruim moet worden geïnterpreteerd: niet alleen degenen bedoeld bij artikel 1 W.Kh., doch tevens industriëlen, bestuurders en belangrijke aandeelhouders van vennootschappen... (Antwerpen 7 april 1998, *TBBR* 2000, 193; Rb. Brussel 4 november 1979, *BRH* 1979, 517; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 265, nr. 562; anders: Bergen 5 februari 1991, *JLMB* 1991, 953; Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 363, noot; D. MOUGENOT, *La preuve*, 217, nr. 145). Een bijzonder toepassingsgeval is te vinden in een arrest van 14 december 2000 van het hof van beroep te Brussel (*JLMB* 2002, 1307, noot B.K.) dat de beide criteria (de persoon van de handelaar en het commerciële karakter van de verbintenis) op alternatieve wijze toepast: inzake borgtocht is artikel 1326 BW enkel van toepassing wanneer de borgtocht een burgerlijk karakter heeft, hetgeen in principe het geval is, tenzij wanneer de borg een handelaar is of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat hij deelneemt aan een handelsactiviteit (zie ook Brussel 21 april 1998, *Pas.* 1997, II, 78). Zie daarover verder meer onder de nummers 863 e.v.

De andere in artikel 1326, tweede lid BW aangeduide personen (ambachtslieden, landbouwers, wijngaardeniers, dagloners of dienstboden) vormen een vage categorie die moeilijk precies te definiëren is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 218, nr. 146). Ten aanzien van hen steunt de uitzondering uitsluitend op de hoedanigheid van degene die zich verbindt, ongeacht het karakter van de onderschreven verbintenis (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 266, nr. 563). De wetgever (in 1804) is ervan uitgegaan dat deze personen meestal ongeletterd waren, zodat zij niet in staat waren de formaliteiten bedoeld in artikel 1326, eerste lid BW, na te leven met als gevolg dat de toepassing van die wetsbepaling hen zou hebben belet te contracteren dan wel verplicht een authentieke akte te laten opmaken (H. DE PAGE, *Traité*, 843, nr. 816). Dat is anno 2012 uiteraard niet meer (in dezelfde mate) het geval. Niettemin blijft volgens het Hof van Cassatie de uitzondering gelden en maakt de wetgever, voor de toepassing van artikel 1326, tweede lid BW, geen onderscheid al naargelang de voornoemde categorieën van personen in werkelijkheid geletterd of ongeletterd zijn (Cass. 25 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1358; Rb. Luik 10 mei 1996, *JLMB* 1996, 1335; anders: Brussel 10 juni 1960, *Pas.* 1961, II, 137). In de rechtsleer wordt de vraag gesteld of deze uitzondering geen inbreuk vormt op de artikelen 10 en 11 Gw. (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119, nr. 206). Het praktisch gevolg van de uitzondering is in ieder geval dat de

kleine man die daaraan het meest nood heeft, de bescherming van artikel 1326 BW niet geniet.

Opdat artikel 1326, tweede lid BW toepassing zou vinden, behoort het aan de schuldeiser te bewijzen dat zijn schuldenaar handelaar, ambachtsman, landbouwer... was op het ter zake relevante tijdstip, zijnde het ogenblik waarop de onderhandse akte werd opgesteld (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 266, nr. 562; H. DE PAGE, *Traité*, 843-844, nr. 816).

591 Ook inzake kosteloze borgtocht geldt artikel 1326 BW niet. Bij artikel 2043^{quinquies}, § 3 BW wordt voorgeschreven dat de handtekening van de borg op straffe van nietigheid moet worden voorafgegaan door de hiernavolgende handgeschreven vermelding: “door me borg te stellen voor... voor de som beperkt tot... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom en intresten voor een duur van..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat, ... er niet zelf aan heeft voldaan”. Die vermelding vervangt deze van artikel 1326 BW (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2335, nr. 1717; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 119-120, nr. 206).

4) Twee alternatieve bijzondere vormvereisten

592 Artikel 1326, eerste lid BW biedt twee mogelijkheden om een geldige onderhandse akte op te stellen die eenzijdige schuldbekentenissen bevat. Ofwel wordt de akte door de schuldenaar volledig met de hand geschreven, ofwel beperkt de schuldenaar zich tot het eigenhandig schrijven van de formule “goed voor” of “goedgekeurd voor” gevolgd door het geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken voluit in letters. De twee bijzondere vormvereisten van artikel 1326 BW hebben een alternatief karakter en moeten dus niet worden gecumuleerd (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 107; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 724; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 149; H. DE PAGE, *Traité*, 838, nr. 812; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 287, nr. 346). Andere vormvoorwaarden zijn er niet. In ieder geval volstaat één enkel exemplaar van de onderhandse akte. Alleen de vorm van dat exemplaar moet aan de voormelde vereisten voldoen (H. DE PAGE, *Traité*, 836, nr. 810).

a) Volledig met de hand geschreven

593 Ofwel moet de onderhandse akte door de schuldenaar volledig met de hand worden geschreven. In dat geval gelden geen bijkomende vormvereisten (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 207; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 149; H. DE PAGE, *Traité*, 836, nr. 810 en 838, nr. 812). De geldsom of het aantal vervangbare zaken mag in cijfers vermeld worden. Maar, daardoor worden vervalsingen door de schuldeiser dan wel gemakkelijker gemaakt,

zodat het aangewezen is ook de tweede formaliteit na te leven (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 257, nr. 545; D. MOUGENOT, *La preuve*, 214, nr. 141 en 220, nr. 149; H. DE PAGE, *Traité*, 837-838, nr. 811). Aan de voorzichtige schuldenaar die beide vormvoorschriften vrijwillig cumuleert, biedt artikel 1327 BW (waarover verder meer onder nr. 598) een bijkomende bescherming.

b) Eigenhandig geschreven formule “goed voor” of “goedgekeurd voor” en het geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken voluit in letters

594 Ofwel moet de akte (die niet volledig met de hand van de schuldenaar geschreven is) de door hem eigenhandig geschreven formule “goed voor” of “goedgekeurd voor” bevatten, gevolgd door het insgelijks eigenhandig en voluit in letters geschreven geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken waartoe hij zich verbindt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 207; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 724; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 149; H. DE PAGE, *Traité*, 837, nr. 810). De termen “goed voor” en “goedgekeurd voor” mogen vervangen worden door gelijkwaardige formules (bv. “gelezen en goedgekeurd”) voor zover de instemming van de schuldenaar met de verbintenis daarmee vaststaat (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 267; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 149). Zelfs de enkele vermelding van het voluit in letters geschreven geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken zou volstaan (H. DE PAGE, *Traité*, 938, nr. 812). De plaats waar de formule wordt geschreven heeft in beginsel geen belang. Doorgaans wordt de formule evenwel geschreven in de buurt van de handtekening (H. DE PAGE, *Traité*, 939, nr. 812; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 267, nr. 567; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 149).

c) De sanctie

595 Aan artikel 1326, eerste lid BW is niet voldaan wanneer een derde in de plaats van de schuldenaar de eenzijdige schuldbekentenis neerschrijft, zelfs al is de akte door de schuldenaar ondertekend. Ook de akte houdende een schuldbekentenis die op de machine uitgetikt is en voorzien is van de handtekening van de schuldenaar, voldoet niet (Rb. Antwerpen 25 oktober 1858, *RW* 1959-60, 347; Bergen 13 november 1984, *Pas.* 1984, II, 155, noot; Vred. Visé 4 februari 2002, *T. Vred.* 2004, 443). Al evenmin voldoende is de, zelfs door de schuldenaar handgeschreven, vermelding *gelezen en goedgekeurd* zonder opgave van het geldbedrag of van de hoeveelheid vervangbare zaken (Rb. Brussel 19 februari 1991, *TBBR* 1992, 439) of de zelfs handgeschreven vermelding van het geldbedrag in cijfers en niet in letters (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 248, nr. 210; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 267, voetnoot 166; H. DE PAGE, *Traité*, 939, nr. 812). Wanneer de onderhandse akte verbintenissen impliceert van meerdere schuldenaars, is aan artikel 1326 BW niet voldaan tegenover degenen die de tekst niet volledig

geschreven hebben en die de tweede formaliteit niet hebben nageleefd (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 257, nr. 545, voetnoot 124). De vormvereisten moeten inderdaad worden nageleefd ten aanzien van elke schuldenaar die zich eenzijdig verbindt bij dezelfde onderhandse akte (H. DE PAGE, *Traité*, 839, nr. 813).

596 Inbreuk op artikel 1326, eerste lid BW leidt tot nietigheid van de onderhandse akte als bewijsmiddel, niet van de eenzijdige schuldbekentenis (Brussel 17 juni 1960, *Rec.gén.enr.not.* 1964, 380, noot; Antwerpen 15 februari 1988, *Pas.* 1988, II, 126; Brussel 11 januari 1990, *TSR* 1990, 180; Bergen 3 december 1996, *JT* 1997, 240; Bergen 13 december 1996, *JT* 1997, 410; Antwerpen 21 november 2002, *DAOR* 2003, 69, noot O. POELMANS, D. BLOMMAERT; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Bergen 12 november 2008, *JLMB* 2009, 1118; Rb. Brussel 6 maart 1958, *RW* 1959-60, 545; Rb. Luik 1 oktober 1973, *JL* 1973-74, 45; Rb. Gent 4 september 1997, *TGR* 1998, 10; Rb. Bergen 8 maart 2000, *RRD* 2000, 474, noot P. WERY; Rb. Hasselt 31 mei 2001, *RW* 2003-04, 544; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 414, nr. 727; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 268, nr. 569; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 150; H. DE PAGE, *Traité*, 845, nr. 818). Aangezien in de besproken hypothese de geldigheid van het *negotium* niet in het gedrang komt, kan van dat *negotium* nog steeds het bewijs worden geleverd overeenkomstig de gemeenschappelijke principes. Er kan worden bewezen met de bekentenis (Vred. Visé 4 februari 2002, *T.Vred.* 2004, 443) en met de gedingbeslissende eed (D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 150). De onregelmatige onderhandse akte die eenzijdige schuldbekentenissen bevat, kan bovendien gelden als begin van schriftelijk bewijs zoals bedoeld bij artikel 1347 BW waardoor aanvullend bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens toegelaten is (Cass. 18 januari 1875, *Pas.* 1875, I, 85; Cass. 26 oktober 1950, *Arr.Cass.* 1951, 77; Brussel 10 juni 1960, *JT* 1960, 611; Brussel 17 juni 1960, *Rec.gén.enr.not.* 1964, 380, noot; Brussel 17 oktober 1960, *RW* 1960-61, 944; Brussel 23 juni 1961, *Pas.* 1963, II, 155; Brussel 14 december 1966, *Pas.* 1967, II, 177; Brussel 22 december 1967, *Pas.* 1968, II, 126; Brussel 9 maart 1983, *RW* 1985-86, 750; Bergen 13 november 1984, *Pas.* 1984, II, 155; Bergen 10 september 1986, *JL* 1987, 568; Brussel 11 januari 1990, *TSR* 1990, 180; Bergen 3 december 1996, *JT* 1997, 240; Bergen 13 december 1996, *JT* 1997, 410; Brussel 22 oktober 1997, *TBBR* 1998, 359; Antwerpen 15 december 1997, *RW* 1998-99, 1224; Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 364, noot; Brussel 25 april 2008, *DAOR* 2008, 217, noot G. BALLON; Bergen 12 november 2008, *JLMB* 2009, 1118; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42; Rb. Kortrijk 21 juni 1951, *RW* 1951-52, 1013; Rb. Tongeren 27 november 1964, *RW* 1964-65, 1274; Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas.* 1976, III, 61; Rb. Mechelen 8 december 1981, *RW* 1983-84, 594; Rb. Brugge 27 juni 1994, *RW* 1994-95, 544; Rb. Luik 10 mei 1996, *JLMB* 1996, 1335; Rb. Dendermonde 31 december 1997, *DCCR* 2000, 46; Rb. Bergen 8 maart 2000, *RRD* 2000, 474, noot P. WERY; Rb. Hasselt 31 mei 2001, *RW* 2003-04, 544; Rb. Hasselt 18 april 2002, *RW* 2004-05, 432). Zo kan het

bewijs van de lening, neergelegd in een onregelmatige onderhandse akte, bijvoorbeeld volgen uit het feit dat de schuldenaar gedurende de procedure in eerste aanleg het bestaan van de lening op zichzelf niet heeft betwist (Brussel 9 maart 1983, *RW* 1985-86, 750).

597 Doorgaans wordt aangenomen dat hier sprake is van een relatieve nietigheid (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140; Rb. Brussel 6 maart 1958, *Pas.* 1958, III, 177; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 208; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 415, nr. 727; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 268, nr. 569; D. MOUGENOT, *La preuve*, 220, nr. 150; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuves)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 56, nr. 940; H. DE PAGE, *Traité*, 845, nr. 818; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 288, nr. 347). De nietigheid kan bijgevolg enkel worden ingeroepen door de beschermde schuldenaar (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot J.S.). Ze kan niet voor het eerst in cassatie worden opgeworpen. Bevestiging door de schuldenaar is mogelijk (Antwerpen 21 november 2002, *DAOR* 2003, 69, noot O. POELMANS, D. BLOMMAERT), in het bijzonder in geval van uitvoering door de schuldenaar van zijn verbintenis, mits die uitvoering het verschuldigd bedrag met zekerheid aantoont. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij betaling door de schuldenaar van de intrest die doet blijken van het verschuldigde kapitaal (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 415, nr. 727; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 269, nr. 571).

598 Artikel 1327 BW schrijft voor dat indien de som die in de akte zelf is uitgedrukt, verschilt van die welke bij het “goed voor” is uitgedrukt, de verbintenis vermoed wordt slechts voor de minste som te zijn aangegaan, zelfs wanneer de akte, alsook het “goed voor”, geheel geschreven zijn met de hand van hem die zich verbonden heeft, tenzij bewezen wordt waar de vergissing ligt. Deze wetsbepaling is niets meer dan een bijzondere toepassing van artikel 1162 BW waarbij wordt bepaald dat, in geval van twijfel, de overeenkomst wordt uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 268, nr. 568; D. MOUGENOT, *La preuve*, 221, nr. 152; H. DE PAGE, *Traité*, 846, nr. 820). Ten voordele van de schuldenaar vermoedt de wetgever dat hij zich slechts verbonden heeft tot het kleinste van beide bedragen (zie bv. Kh. Luik 10 november 1983, *TBH* 1985, 118; vgl. de afwijkende regeling van art. 9 van de wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet).

Het betreft hier duidelijk een weerlegbaar wettelijk vermoeden dat enkel geldt bij twijfel omtrent de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen die door de rechter steeds eerst moet worden nagegaan via de regels

inzake uitlegging (dus desnoods aan de hand van aan de akte extrinsieke elementen). De schuldeiser kan het wettelijk vermoeden steeds weerleggen door dwaling te bewijzen, meer bepaald door aan te tonen dat, volgens de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, de schuldbekentenis in werkelijkheid het hoogste bedrag betrof (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2367, nr. 1744; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 268, nr. 568; H. DE PAGE, *Traité*, 846, nr. 820). In beginsel kan dat tegenbewijs worden geleverd met getuigen of met feitelijke vermoedens, aangezien de ondertekende akte houdende de verbintenis van de schuldenaar een begin van bewijs door geschrift uitmaakt (Kh. Luik 10 november 1983, *TBH* 1985, 118, noot; D. MOUGENOT, *La preuve*, 221, nr. 152; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 209).

5) Van openbare orde?

599 Over de vraag of artikel 1326 BW al dan niet van openbare orde is en bijgevolg of de partijen al dan niet kunnen afwijken van die wetsbepaling, bestaat betwisting.

Een m i n d e r h e i d s o p v a t t i n g staat voor dat artikel 1326 BW van openbare orde is, dit gelet op de *ratio legis* van die wetsbepaling. De mogelijkheid om daarvan af te wijken zou de bescherming die de wetgever wil bieden tegen misbruiken van de schuldeiser volledig uithollen. Voor de schuldeiser te kwader trouw zou het volstaan aan de onderhandse akte een afwijkend beding toe te voegen om elke latere betwisting onmogelijk te maken (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 453, nr. 34; A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*”, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 2 en 120, nr. 5; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 267, nr. 566).

De m e e r d e r h e i d s o p v a t t i n g meent integendeel dat artikel 1326 BW niet van openbare orde, doch slechts van dwingend recht is, omdat de daarbij voorgeschreven vormvoorwaarden strekken tot bescherming van de schuldenaar en mede gelet op de sanctie van de relatieve nietigheid van het *instrumentum* bij miskennis daarvan (Bergen, 13 maart 1984, *Pas.* 1984, II, 155; Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140; Rb. Leuven 8 september 1995, *TBBR* 1997, 119; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 61; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-32, nr. 5282; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2369, nr. 1746; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 120, nr. 208 en 415, nr. 728; D. MOUGENOT, *La preuve*, 215, nr. 141; H. DE PAGE, *Traité*, 834-835, nr. 806 en 845, nr. 819).

6) Langs elektronische weg gesloten overeenkomsten die eenzijdige schuldbekentenissen betreffen

600 Inzake langs elektronische weg gesloten contracten schrijft artikel 16, § 2, derde streepje van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij voor dat voor de toepassing van § 1 moet in overweging worden genomen dat aan de vereiste van een geschreven vermelding van degene die zich verbindt, kan worden voldaan door om het even welk procedé dat waarborgt dat de vermelding effectief uitgaat van deze laatste. Die bepaling is van toepassing op artikel 1326 BW (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 413, nr. 724). Bijgevolg kunnen de handgeschreven vermeldingen waarvan sprake in die wetsbepaling een elektronische vorm aannemen, op voorwaarde dat vaststaat dat ze uitgaan van degene die zich verbindt. Dat laatste kan worden bewezen door de rechtsgeldige elektronische handtekening van de schuldenaar. De gebruikte elektronische techniek moet wel ook kunnen verzekeren dat de andere doelstellingen van artikel 1326 BW worden gerealiseerd, meer bepaald het vermijden van misbruik van blanco-handtekeningen, bedrieglijk verkregen handtekeningen en latere vervalsingen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2369, nr. 1746).

D. DE BEWIJSKRACHT

1. Algemeen

601 Omdat de akte wordt opgesteld op een moment waarop de partijen geen enkel belang hebben bij verdraaiingen en/of vervalsingen (meer bepaald op het ogenblik van de totstandkoming van het *negotium* of onmiddellijk daarna), geniet zij van een groot vermoeden van oprechtheid. Daarom verleent de wetgever haar in het algemeen een grotere bewijskracht dan het getuigenbewijs en het bewijs door feitelijke vermoedens (het principe van de voorrang van het schriftelijk bewijs). De akte laat inderdaad toe de risico's te vermijden die verbonden zijn aan het bewijs door feitelijke vermoedens en vooral aan het getuigenbewijs die er beiden toe strekken de feiten achteraf te reconstitueren. Vaak wordt de akte daarom bestempeld als het bewijsmiddel bij uitstek (A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 53-54; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 670; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 168, nr. 225; P. Van Eecke, "Juridische aspecten van de elektronische handtekening" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 3, nr. 3; H. DE PAGE, *Traité*, 749, nr. 739 en 752, nr. 740).

602 Nochtans heeft de akte en haar inhoud niet steeds dezelfde bewijskracht. De regelgeving dienaangaande is complex. Voor een goed begrip moet een onderscheid worden gemaakt:

- tussen drie onderscheiden vraagpunten: de bewijskracht van de akte inzake de originaliteit van het geschrift en van de handtekening, inzake de overeenstemming van de inhoud van de akte met datgene wat de partijen daarin hebben willen vastleggen en inzake de oprechtheid van die inhoud (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2371-2372, nr. 1750; H. DE PAGE, *Traité*, 759, nr. 747, B); en
- dit in twee onderscheiden rechtsverhoudingen: de bewijskracht van de akte tussen de partijen onderling en tegenover derden.

603 Verwarringscheppend zijn de bepalingen van artikel 1319, eerste lid BW waarbij wordt voorgeschreven dat de authentieke akte tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden een volledig bewijs oplevert van de overeenkomst die erin is vervat. Die wetsbepaling behoeft in meerdere opzichten rechtzetting (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-36, nr. 5290; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 104-105, nr. 168; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 393, nr. 691; D. MOUGENOT, *La preuve*, 154, nr. 92; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 221, nr. 466):

- de authentieke akte heeft niet alleen bewijskracht tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden, doch ook ten aanzien van derden;
- niet alleen overeenkomsten zijn neergelegd in authentieke akten;
- niet alle vermeldingen van de authentieke akte hebben dezelfde bewijskracht;
- geen enkele vermelding van een authentieke akte levert volledig bewijs op; tegenbewijs is steeds mogelijk (Cass. 20 december 1877, *Pas.* 1878, I, 57; Cass. 11 november 1897, *Pas.* 1898, I, 10; Cass. 21 juni 1906, *Pas.* 1906, I, 318; Rb. Nijvel 23 juli 2009, *JT* 2009, 675, noot; *anders* wat de authentieke vermeldingen betreft: Scheidsr. Uitspr. Hasselt 6 december 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 162).

De werkelijkheid is dat zowel de authentieke akte als de onderhandse akte slechts een voorlopige bewijskracht hebben tot bewijs van het tegendeel en dat inzake bewijskracht de authentieke akte slechts op twee punten superieur is aan de onderhandse akte: enerzijds (en vooral) heeft zij onmiddellijke bewijskracht, behoudens inschrijving wegens valsheid, wat de originaliteit van de akte (geschrift en handtekening) betreft, en anderzijds kan het tegenbewijs van haar authentieke vermeldingen (waaronder de verklaring van de partijen dat zij een rechtshandeling hebben gesteld, alsook haar datum) slechts worden geleverd door de valsheid-

vordering (H. DE PAGE, *Traité*, 763, nr. 748, 775-778, nr. 757, 781, nr. 760 en 804-805, nr. 789; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 45, nr. 710 en 57-58, nr. 960). Dat wordt hierna verder toegelicht.

604 Ten slotte wordt hier nog benadrukt dat, in geval van een inhoudelijk conflict tussen een handgeschreven akte en een elektronische akte, geen van die akten per definitie voorrang heeft. Aan de rechter behoort het in dat geval via de regels van de uitlegging te beoordelen welke van de akten het best in overeenstemming is met de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 231-232, nr. 163-1).

2. De bewijskracht van de akte tussen de partijen onderling

a. De bewijskracht van de akte inzake de originaliteit van het geschrift en van de handtekening

605 Vooreerst komt het erop aan te weten in welke mate de akte de originaliteit bewijst van het geschrift en van de handtekening van degene aan wie men de akte tegenwerpt. Op dit punt bestaat een fundamenteel onderscheid tussen de authentieke akte en de onderhandse akte (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 94, nr. 140).

606 De authentieke akte heeft dienaangaande bijzondere bewijskracht. Haar bewijskracht geldt onmiddellijk zonder voorafgaande formaliteit of erkenning door om het even wie. Degene die zich op een authentieke akte beroept, moet in dat verband niets bewijzen. De originaliteit van het geschrift en van de handtekening in een authentieke akte vloeien voort uit de authentieke vermeldingen daarvan, inzonderheid uit de waarborgen die de wetgever heeft voorzien met het oog op de redactie van een dergelijke akte (R. DEKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 405, nr. 709; D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 93 en 221, nr. 153; H. DE PAGE, *Traité*, 760, nr. 747.B en 778, nr. 758; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 45, nr. 710; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 247, nr. 268). De authentieke akte heeft op dat vlak volledige bewijskracht, behalve tegenbewijs dat in de regel evenwel enkel kan geleverd worden via de valsheidprocedure (daarover verder meer onder nr. 610). Die regeling belangt de openbare orde aan.

607 De toestand is anders wat de onderhandse akte betreft en hier ligt meteen hét grote verschil tussen de authentieke akte en de onderhandse akte (H. DE PAGE, *Traité*, 753, nr. 740, 758, nr. 747, 761, nr. 747.B, 777, nr. 757 en

805, nr. 789.A). Bij artikel 1322, eerste lid BW wordt voorgeschreven dat een onderhandse akte die erkend is door degenen tegen wie men zich daarop beroept, of die wettelijk voor erkend wordt gehouden, tussen de ondertekenaars van de akte en tussen hun erfgenamen en rechtverkrijgenden dezelfde bewijskracht heeft als een authentieke akte (Kh. Hasselt 14 oktober 1997, *RW* 1997-98, 1271; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 405, nr. 709; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 601, nr. 28; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 57, nr. 960). In tegenstelling tot de authentieke akte heeft de onderhandse akte dus geen onmiddellijke bewijskracht. Niets bewijst dat de onderhandse akte daadwerkelijk afkomstig is van de partij tegen wie ze ingeroepen wordt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 222, nr. 153 en 223, nr. 155; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 271, nr. 574; H. DE PAGE, *Traité*, 753, nr. 740 en 760, nr. 747.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 289, nr. 350). Inzake originaliteit van het geschrift en van de handtekening heeft de onderhandse akte geen enkele bewijskracht zolang ze niet erkend werd door degene tegen wie men zich daarop beroept, of, bij gebrek aan erkenning, zolang ze niet wettelijk voor erkend wordt gehouden (ingevolge een vonnis) (Rb. Leuven 14 oktober 1986, *TBBR* 1988, 139; Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336). Men wil zekerheid omtrent de kwestie van de afkomst van de onderhandse akte, kwestie die niet rijst bij de authentieke akte.

Artikel 1323 BW verduidelijkt:

- dat degene tegen wie een onderhandse akte wordt ingeroepen waarbij hij zelf partij was, zijn geschrift en/of zijn handtekening op stellige wijze moet erkennen of ontkennen (eerste lid), d.w.z. moet bevestigen of het geschrift en de handtekening al dan niet van zijn hand zijn (Cass. 5 januari 1961, *Arr. Cass.* 1961, 441; Gent 30 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, 35, noot V. VAN HERREWEGHE): de erkenning van het geschrift en/of de handtekening kan, maar moet niet expliciet gebeuren; zij kan en zal dikwijls impliciet plaatsvinden; maar de ontkenning moet wel formeel geschieden; enkel twijfel uiten in dat verband volstaat niet; bij gebrek aan formele ontkenning, zal de erkenning worden afgeleid uit het gebrek aan protest van degene tegen wie de akte wordt ingeroepen (Rb. Leuven 14 oktober 1986, *TBBR* 1988, 139; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintennisrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-40, nr. 5305; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2378, nr. 1757; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 121, nr. 210; D. MOUGENOT, *La preuve*, 223, nr. 156; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 272, nr. 577; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique*

- et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 970); aan de andere kant veronderstelt de ontkenning niet de indiening van een strafklacht uit hoofde van valsheid en gebruik van valse stukken (Bergen 13 november 2009, *JLMB* 010, 1322) en impliceert zij evenmin een (burgerlijke) valsheidvordering (Gent 30 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, 35, noot V. VAN HERREWEGHE);
- dat zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen volstaan met de verklaring dat zij het geschrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet herkennen (tweede lid) (Cass. 7 juli 1892, *Pas.* 1892, I, 314; Cass. 5 januari 1961, *Arr.Cass.* 1961, 441; Luik 8 februari 1999, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 773; Rb. Dinant 5 november 1986, *Rev.not.b.* 1987, 163; Rb. Hoei 7 juni 1990, *RRD* 1990, 488): dat geldt ook voor een schuldeiser die een zijdelingse vordering instelt (Cass. 5 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 485), alsook voor een algemene of bijzondere legataris tegen wie een wettelijke erfgenaam een eigenhandig testament inroept, waarin een vroeger authentiek testament wordt herroepen (Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS); ook hier mag er geen enkele twijfel bestaan over het standpunt van de erfgenaam of rechtverkrijgende (D. MOUGENOT, *La preuve*, 224, nr. 157; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 970, voetnoot 274).

Wanneer er geen ontkenning is, wordt de akte wettelijk voor erkend gehouden (Cass. 5 januari 1961, *Arr.Cass.* 1961, 441; Rb. Turnhout 14 maart 1997, *T.Not.* 1999, 95).

Indien daarentegen de beweerde ondertekenaar zijn geschrift of handtekening ontkent of indien zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden verklaren het geschrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet te kennen, verliest de onderhandse akte voorlopig elke bewijskracht (Cass. 7 juli 1892, *Pas.* 1892, I, 314; Gent 21 mei 1993, *P&B* 1993, 186; Arbh. Gent 30 mei 1998, *AJT* 1998-99, 375 en *JTT* 1999, 28, noot; Arbh. Luik 26 april 2005, *RRD* 2005, 246; Bergen 18 december 2006, *RRD* 2006, 364; Rb. Leuven 20 mei 1992, *Pas.* 1992, III, 78; Kh. Hasselt 14 oktober 1997, *RW* 1997-98, 1271; Vred. Brugge 28 november 1985, *TBR* 1986, 50; D. MOUGENOT, *La preuve*, 222, nr. 153, 223, nr. 156 en 224, nr. 157; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 271, nr. 575; H. DE PAGE, *Traité*, 760, nr. 747.B en 805, nr. 789.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 970).

Maar dat betekent nog niet dat het betrokken stuk vals is (Gent 30 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, 35, noot V. VAN HERREWEGHE). In dat geval wordt conform artikel 1324 BW een gerechtelijk onderzoek naar de echtheid ervan bevolen (volgens de procedure van schriftonderzoek voor-

zien in de art. 883-994 Ger.W. waarbij de rechter de voorlegging van vergelijkingsstukken zal vragen en in de regel een beroep zal doen op een schriftdeskundige) en wordt door de rechter beslist over de echtheid van het geschrift of van de handtekening (Cass. 5 januari 1961, *Arr.Cass.* 1961, 441; Bergen 3 maart 2010, *JLMB* 2011, 482; Rb. Leuven 14 oktober 1986, *TBBR* 1988, 139; Vred. Brugge 28 november 1985, *TBBR* 1986, 50). Vereist is daartoe wel dat de originele akte wordt voorgelegd, zeker wanneer de bewijswaarde van het afschrift wordt betwist (Antwerpen 2 april 2009, *RW* 2010-11, 25). Zolang daarover door de rechter niet werd beslist, kan de rechter de partij die de akte inroept niet verplichten het bestaan van de verbintenis waarvan zij de uitvoering vordert, op een andere wijze aan te tonen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 223, nr. 156).

Die procedure van schriftonderzoek wordt bevolen op vordering (hoofdvordering of tussenvordering) van degene die zich op de akte beroept (Brussel 20 juni 1996, *AJT* 1998-99, 408; Arbh. Gent 30 mei 1998, *AJT* 1998-99, 375 en *JTT* 1999, 28, noot; Luik 8 februari 1999, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 773; Bergen 18 december 2006, *RRD* 2006, 364; Rb. Leuven 14 oktober 1986, *TBBR* 1988, 139; Kh. Hasselt 14 oktober 1997, *RW* 1997-98, 1271; Vred. Brugge 28 november 1985, *TBR* 1986, 50; Vred. Wolvertem, 22 maart 2001, *RW* 2001-02, 284; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 121, nr. 210; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 405-406, nr. 709; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 271, nr. 575; H. DE PAGE, *Traité*, 760, nr. 747.B; *anders* in de zin van ook ambtshalve door de rechter: Arbh. Luik 26 april 2005, *RRD* 2005, 246; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2379, nr. 1757; D. MOUGENOT, *La preuve*, 224, nr. 158). In verband met een eigenhandig testament oordeelde het Hof van Cassatie dat de bewijslast en het bewijsrisico nopens de echtheid van een eigenhandig testament berusten bij diegene die hierop een beroep doet (Cass. 19 januari 2001, *RW* 2000-01, 1277, met concl. Adv. Gen. BRESSELEERS). De subjectieve bewijslast mag dus niet worden omgekeerd door van degene aan wie men de akte wil tegenwerpen, te eisen dat hij aantoonde dat hij niet de ondertekenaar is (Bergen 18 december 2006, *RRD* 2006, 364). Wordt door degene die de akte inroept, geen schriftonderzoek gevorderd van de handtekening die wordt ontkend, dan blijft die handtekening zonder uitwerking (Luik 2 juni 2006, *RGAR* 2007, nr. 14.333).

De beweerde ondertekenaar en zijn erfgenamen of rechtverkrijgenden kunnen evenwel ook zelf een procedure wegens valsheid inleiden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 271, nr. 575; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 970), ook en zelfs tegen een onderhandse akte (*anders*: H. DE PAGE, *Traité*, 760, nr. 749, D, 2), maar zij zijn daartoe geenszins verplicht (Cass. 5 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 485; Arbh. Gent 30 mei 1998, *AJT* 1998-99, 375 en *JTT* 1999, 28, noot; Bergen 13 november 2009, *JLMB* 2010, 1322; Vred. Wolvertem 22 maart 2001, *RW* 2001-02, 284; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 601, nr. 28). Krachtens artikel 896, tweede lid Ger.W. is een valsheidprocedure immers steeds mogelijk, ook en zelfs al is omtrent het van valsheid beticht stuk een schriftonderzoek ingesteld of is dat stuk voor erkend en echt gehouden. Het is inderdaad mogelijk dat de onderhandse akte gewijzigd werd nadat zij werd geverifieerd of

dat de erkenning van de akte strijdig is met de openbare orde (D. MOUGENOT, *La preuve*, 229, nr. 159). Ook een strafklacht tegen de persoon die men van valsheid beticht is in dat verband mogelijk. Artikel 196 Sw. voorziet in de strafrechtelijke sanctie van de opsluiting onder meer voor alle personen die in handels- of bankgeschriften of in private geschriften valsheid plegen. De procedure verloopt overeenkomstig artikel 448 Sv. In geval van een strafrechtelijke veroordeling zal de betrokkene zich niet langer op de vervalste akte kunnen beroepen (zie verder meer onder nr. 610 over de valsheidprocedure).

De rechter beschikt over een grote beoordelingsbevoegdheid wat de opportuniteit betreft van de procedure van schriftonderzoek (Bergen 3 maart 2010, *JLMB* 2011, 482). Die procedure kan, maar moet niet noodzakelijk worden bevolen. De rechter mag over de echtheid van het geschrift of van de handtekening beslissen zonder de procedure van schriftonderzoek te bevelen op grond dat hij daartoe voldoende zekerheid heeft door de overgelegde feitelijke gegevens en hun bewijswaarde (art. 889, eerste lid Ger.W.; Cass. 7 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 705; zie ook Antwerpen 13 september 1989, *Rev.not.b.* 1990, 271, noot J.B.; Luik 8 februari 1999, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 773; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42; Bergen 13 november 2009, *JLMB* 2010, 1322; Antwerpen 14 november 2011, *Huur* 2012, 142; Kh. Hasselt 26 april 2005, *RW* 2006-07, 153; Kh. Brussel 28 januari 2008, *RW* 2008-09, 550). Het bewijs van de echtheid van het geschrift of van de handtekening mag op om het even welke wijze worden geleverd (bv. door een akte, getuigen, een deskundigenonderzoek...). Hij kan bijvoorbeeld steunen op de resultaten van een gerechtelijk strafonderzoek (Brussel 20 juni 1996, *AJT* 1998-99, 408). Al evenzeer is het hem toegelaten het geschil te beslechten zonder acht te slaan op de betwiste akte (D. MOUGENOT, *La preuve*, 223, nr. 156). Toch heeft de procedure van schriftonderzoek een belangrijke meerwaarde, meer bepaald de verplichting voor degene tegen wie men een akte wil inroepen om persoonlijk voor de rechter te verschijnen (Arbh. Luik 26 april 2005, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 773; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 601, nr. 29). Indien de verweerder inzake schriftonderzoek niet verschijnt, ofschoon hij regelmatig werd opgeroepen, kan de rechter, na tegen hem verstek te hebben verleend, het geschrift voor erkend houden (art. 886 Ger.W.).

Wanneer al dan niet na schriftonderzoek door de rechter wordt aangenomen dat het geschrift of de handtekening echt is, wordt de onderhandse akte wettelijk voor erkend gehouden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 224, nr. 158; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 272, nr. 577; H. DE PAGE, *Traité*, 760, nr. 747.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 970). Haar bewijskracht herleeft en die bewijskracht is dan dezelfde als deze van de authentieke akte wat betreft de handtekening en het geschrift (Cass. 13 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1046; Gent 21 mei 1993, *P&B* 1993, 186). Het gaat dan om authentieke vermeldingen, zodat op die twee punten de akte nog slechts kan worden bestreden door een valsheidprocedure (F. MOURLON-BEERNAERT, *La*

preuve en matière civile et commerciale, 121, nr. 210; D. MOUGENOT, *La preuve*, 230, nr. 161; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 272, nr. 578; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 290, nr. 353).

Wordt daarentegen niet aangenomen dat het geschrift of de handtekening echt is, dan heeft de onderhandse akte geen enkele bewijskracht. De partij die haar vordering op de onderhandse akte steunt, wordt bijgevolg in het ongelijk gesteld (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 272, nr. 578).

De artikelen 1323-1324 BW inzake de procedure van schriftonderzoek zijn van toepassing op de onregelmatige authentieke akte, alsook op de elektronische handtekening, dit zowel op de eenvoudige elektronische handtekening bedoeld bij artikel 1322, tweede lid BW, als op gekwalificeerde elektronische handtekening bedoeld bij artikel 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001 (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003,) 53, nr. 900, 63, nr. 1080 en 64, nr. 1110; D. MOUGENOT, *La preuve*, 198, nr. 122-4). Nadat is uitgemaakt dat sprake is van een geldige elektronische handtekening, moet ook in dat laatste geval nog de vraag worden beantwoord of die handtekening wel wordt erkend door de beweerde ondertekenaar. In geval van ontkenning zal in principe een schriftonderzoek worden bevolen (althans voor zover daartoe daadwerkelijk nog aanleiding bestaat na het deskundigenonderzoek dat desgevallend werd bevolen in het raam van het onderzoek naar de toerekenbaarheid van de akte dat in feite een schriftonderzoek van de elektronische handtekening kan omvatten). In een elektronische omgeving krijgt de toepassing van de voormelde wetsbepalingen wel een bijzondere invulling (D. MOUGENOT, *La preuve*, 224-228, nr. 158-1). Wanneer een document bijvoorbeeld een digitale handtekening draagt (en enkel in dat geval), zal de bestemming dat stuk ontcijferen met behulp van de publieke sleutel van de afzender en aan de hand van het certificaat verstrekt door een certificatie dienstverlener nagaan of die sleutel toebehoort aan de afzender van het bericht. Vervolgens kan de betwisting zich situeren op twee niveaus:

- ofwel wordt betwist dat met de private sleutel van degene tegen wie de akte wordt ingeroepen, werd ondertekend: dat zal zich slechts zeer uitzonderlijk kunnen voordoen, omdat in dat geval vereist is dat ook het begeleidend certificaat vals is (zo niet kon de bestemming het bericht immers niet decoderen); in geval van bedrog of nalatigheid van de certificatie dienstverlener (bv. bij gebrek aan vermelding van de herroeping van het certificaat), zal de beweerde ondertekenaar weliswaar gehouden zijn, maar kan de aansprakelijkheid van de certificatie dienstverlener worden betrokken (art. 14 wet 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie diensten); ingeval er daarentegen sprake is van nalatigheid van de bestemming (bv. bij gebrek aan controle van de geldigheidsduur van het certificaat), kan de beweerde ondertekenaar zijn handtekening eenvoudig ontkennen;
- ofwel wordt betwist dat degene tegen wie de akte wordt ingeroepen met zijn private sleutel heeft ondertekend (bv. in geval van verlies of diefstal van de drager van de sleutel of ingeval een piraat de sleutel heeft kunnen kraken): de beweerde ondertekenaar kan zijn handtekening ontkennen, maar, indien de beweerde ondertekenaar het certificaat niet tijdig heeft herroepen, is hij aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade (art. 19 wet 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie diensten, dat voorschrijft dat de certificaathouder alleen verantwoordelijk is voor de vertrouwelijkheid van de gegevens voor het aanmaken van een handtekening en dat, ingeval er twijfel bestaat over het behoud van de vertrouwelijkheid, de houder het certificaat moet laten herroepen); het herstel *in natura* van de door de bestemming geleden schade kan bestaan in de gebondenheid van de certificaathouder aan de rechtshandeling neergelegd in de niet door hem ondertekende akte (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 406, nr. 711; D. MOUGENOT, *La preuve*, 228, nr. 158-1).

Op de voorwaardelijke bewijskracht van de onderhandse akte inzake de originaliteit van het geschrift en van de handtekening, bestaat sinds kort een belangrijke uitzondering. Onder bepaalde voorwaarden komt aan de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte onmiddellijke bewijskracht toe wat betreft de originaliteit van het geschrift en van de handtekening (art. 2, lid 1 wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, *BS* 3 juni 2013). In dat geval verliezen de partijen wier advocaten de onderhandse akte medeondertekend hebben en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden, het recht de toepassing van artikel 1323 BW in te roepen. Degene die de desbetreffende onderhandse akte tegen hen wil aanwenden, moet geen schriftonderzoek vorderen. Willen de partijen wier advocaten de onderhandse akte medeondertekend hebben of hun erfgenamen of rechtverkrijgenden hun handtekening/die van hun rechtsvoorganger niet erkennen, dan rest hun slechts een beroep te doen op de valsheidprocedure (art. 2, lid 3 wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte, *BS* 3 juni 2013), met de verplichting de daaraan verbonden kosten voor te schieten.

Opdat aan de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte onmiddellijke bewijskracht inzake de originaliteit van het geschrift en van de handtekening zou toekomen, moet zijn voldaan aan de hiernavolgende vormvereisten:

- de onderhandse akte moet medeondertekend zijn door de advocaten van elke partij met een onderscheiden belang (art. 2, lid 2);
- de onderhandse akte moet opgesteld zijn in ten minste zoveel originelen als er partijen met een onderscheiden belang en ondertekende advocaten zijn, tenzij op de akte gekwalificeerde elektronische handtekeningen werden aangebracht (art. 4, lid 2);
- elk origineel van de onderhandse akte moet vermelden in hoeveel originelen de akte werd opgemaakt (art. 4, lid 3), met dien verstande dat de partij die haar in de akte bepaalde verbintenissen heeft uitgevoerd het niet vermelden van het aantal originelen niet kan tegenwerpen (art. 4, lid 4);
- in de onderhandse akte moet ten slotte worden vermeld dat de advocaten door de akte mede te ondertekenen, verklaren dat zij de partij of de partijen die zij bestaan, volledig hebben ingelicht over de rechtsgevolgen van de akte (art. 3).

b. De bewijskracht van de akte inzake de overeenstemming van de inhoud met datgene wat de partijen daarin hebben willen vastleggen

608 De tweede vraag is in welke mate de akte bewijst dat haar inhoud conform is aan datgene wat de partijen die ze hebben opgesteld daarin hebben willen vastleggen, dit ongeacht het al dan niet fictief of gesimuleerd karakter daarvan (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 95, nr. 140; H. DE PAGE, *Traité*, 761, nr. 747.B). Zowel de authentieke akte als de onderhandse akte hebben in dat opzicht een voorlopige bewijskracht. Er is een weerlegbaar vermoeden van conformiteit van het *in-*

strumentum met datgene wat de partijen in de akte hebben willen neerleggen. Tegenbewijs is steeds mogelijk (H. DE PAGE, *Traité*, 752-753, nr. 740). In dat verband moet een onderscheid worden gemaakt tussen drie soorten vermeldingen: de authentieke vermeldingen, de niet-authentieke vermeldingen en de vermeldingen die geen verband houden met de inhoud van de akte.

1) Authentieke vermeldingen

609 Authentieke vermeldingen komen enkel voor in authentieke akten. Bij gebrek aan aanwezigheid van een openbaar ambtenaar, kan de onderhandse akte geen authentieke vermeldingen bevatten en geniet bijgevolg geen enkel onderdeel ervan authentieke bewijskracht. Het betreft vermeldingen van gegevens waarvan de openbaar ambtenaar, binnen de perken van zijn ambt, de juistheid kan en moet nagaan (Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772; Bergen 11 maart 2003, *Rev.not.b.* 2004, 466; **KG**Rb. Brussel 15 maart 2004, *T.Not.* 2005, 167; Vred. Zottegem 29 juli 2010, *T.Not.* 2011, 51, noot F. BLONTRUCK; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 672; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 170-171, nr. 232; D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 93; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 393-394, nr. 692; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 223, nr. 474; H. DE PAGE, *Traité*, 761, nr. 747.B en 778, nr. 758; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 45, nr. 710; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 247, nr. 268). Twee voorwaarden moeten meer bepaald vervuld zijn (Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK; zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2374-2376, nr. 1753). Twee elementen moeten voorhanden zijn:

- de openbare ambtenaar moet de verplichting hebben die vermeldingen op te nemen in de akte krachtens en binnen zijn wettelijke bevoegdheid;
- die vermeldingen moeten betrekking hebben op feiten die de openbaar ambtenaar persoonlijk (*ex propriis sensibus*) heeft kunnen vaststellen (Cass. 19 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 427; Cass. 28 juni 1957, *Arr.Cass.* 1957, 921; Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772).

Het gaat bijvoorbeeld om de vermelding van:

- de datum van de akte (RvS 17 januari 2001, nr. 92.339, *Amén.* 2001, 247): zo heeft de vaststelling door de griffier dat een verzoekschrift werd neergelegd, authentieke bewijskracht wat het feit zelf van de neerlegging betreft en de datum ervan (Cass. 10 januari 2008, *RW* 2009-10, 1051); maar dat geldt bijvoorbeeld niet voor de datum van aflevering van een stedenbouwkundig attest aan de notaris optredend als lasthebber van de verkoper, die enkel de vaststelling is van de verklaring van een van de contracterende partijen dienaangaande (Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK);
- de plaats waar de akte werd verleden;
- de identiteit, de aanwezigheid en de hoedanigheid van de partijen;

- de identiteit en de aanwezigheid van de getuigen (Bergen 18 maart 1986, *JT* 1986, 456; Brussel 19 december 2001, *T.Not.* 2002, 174, noot F. BOUCKAERT);
- het handgeschreven zijn en de ondertekening van de akte;
- het feit dat de partijen of de notaris een bepaalde verklaring hebben afgelegd (Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK), dat bepaalde wettelijke formaliteiten werden vervuld (bv. de voorlezing van de akte of de overschrijving in de registers van de hypotheekbewaarder), dat bepaalde rechtshandelingen door de partijen voor hem werden gesteld, bijvoorbeeld de effectieve betaling van de verkoopprijs (Cass. 19 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 427), of nog, het feit dat de erflater zijn laatste wil heeft gedictieerd (Bergen 14 september 1976, *Rev.not.b.* 1976, 499; Brussel 19 december 2001, *T.Not.* 2002, 174, noot F. BOUCKAERT; Rb. Luik 19 oktober 1987, *TBBR* 1989, 80) of in staat was te dicteren (Rb. Luik 19 oktober 1987, *TBBR* 1989, 80);
- ...

Samengevat: authentieke vermeldingen hebben betrekking, of op de oorsprong van de akte (zowel wat de optredende openbaar ambtenaar, als wat de partijen en de getuigen betreft) of op de vaststellingen die de openbare ambtenaar persoonlijk en met de eigen zintuigen heeft gedaan of op de bevestiging van de handelingen die hij in verband met de akte persoonlijk heeft gesteld (waaronder de naleving van formaliteiten) (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-36-37, nr. 5292-5293; D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 93 en 221-222, nr. 153).

Authentieke vermeldingen stemmen niet noodzakelijk overeen met de werkelijke toedracht van zaken. Vervalsing van authentieke vermeldingen is mogelijk in meerdere opzichten (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 672). Zo kan de openbare ambtenaar in de akte vermeldingen opnemen die niet overeenstemmen met zijn vaststellingen, kan de akte valselijk aan een openbaar ambtenaar worden toegeschreven (valse handtekening) of kan de akte, nadat ze werd verleden, valselijk zijn gewijzigd.

610 Authentieke vermeldingen genieten een bijzondere of authentieke bewijskracht (Cass. 25 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 853; Antwerpen 20 juni 2011, *P&B* 2012, 220). Het tegenbewijs van authentieke vermeldingen kan in principe slechts worden geleverd door een procedure tot valsheidverklaring van deze vermeldingen (Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Cass. 19 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 427; Cass. 28 juni 1957, *Arr.Cass.* 1957, 921; Cass. 12 februari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 555, concl. PG HAYOIT DE TERMICOURT; Cass. 10 november 1961, *RW* 1961-62, 1901; Cass. 31 oktober 1968, *Arr.Cass.* 1969, 237; Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772; Bergen 19 oktober 1992, *JT* 1993, 338; Bergen 1 februari 2000, *EJ* 2000, 138, noot; Brussel 19 december 2001, *T.Not.* 2002, 174, noot F. BOUCKAERT; Bergen 11 maart 2003, *Rev.not.b.* 2004, 466; Antwerpen 20 juni 2011, *P&B* 2012, 220; Rb. Brussel 18 januari 1994, *AJT* 1994-95, 138, noot P. HOFSTROSSLER; Rb. Brussel 3 oktober 2008, *JT* 2008, 701; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 104, nr. 168, 122, nr. 211; R. DEKKERS, A.

VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 395, nr. 694; D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 94 en 230, nr. 162; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 222, nr. 469 en 223, nr. 473; H. DE PAGE, *Traité*, 761, nr. 747.B, 782, nr. 761 en 804, nr. 789.A; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 45, nr. 710; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 248, nr. 268). Die regel is van openbare orde. Zelfs de bekentenis en de gedingbeslissende eed zijn niet toegelaten (Cass. 12 februari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 555; Cass. 10 november 1961, *RW* 1961-62, 1741). Tot bewijs van het tegendeel van authentieke vermeldingen kan de partij die de valsheid daarvan aanvoert bijgevolg noch de bekentenis van de tegenpartij inroepen, noch haar de gedingbeslissende eed opdragen. Dat geldt zowel in burgerlijke zaken als in handelszaken (X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 94, nr. 5).

De valsheid procedure kan verlopen op twee wijzen (Bergen 1 februari 2000, *EJ* 2000, 138, noot; Brussel 19 december 2001, *T.Not.* 2002, 174, noot F. BOUCKAERT):

- ofwel **civielrechtelijk** tegen de akte zelf conform de voorschriften van de artikelen 895 tot 906 Ger.W.; dat kan gebeuren bij hoofdvordering en dus preventief, ingeval iemand verkiest de valsheid van een akte te laten vaststellen veeleer dan te wachten tot wanneer de akte tegen hem wordt ingeroepen om pas dan het geschrift te ontkennen; maar de valsheidvordering kan ook bij tussenvordering worden ingesteld, in welk geval zij een geding veronderstelt tussen de betrokken partijen waarin de ene partij de akte inroept en de andere beweert dat ze vals is (Cass. 10 november 1961, *RW* 1961-62, 1741); artikel 905 Ger.W. bepaalt dat de eiser inzake valsheid die in het ongelijk wordt gesteld, tot schadevergoeding kan worden veroordeeld;
- ofwel **strafrechtelijk** ingevolge een klacht wegens valsheid in geschriften tegen de openbaar ambtenaar of tegen een andere persoon (art. 193-197 Sw.) conform de bepalingen van de artikelen 448 tot 464 Sv.

Artikel 1319, tweede lid BW bepaalt dat, in geval van betichting van valsheid als hoofdvordering, de uitvoering van de akte die men beweert vals te zijn, door de inbeschuldigingstelling geschorst wordt, en dat, in geval van betichting van valsheid, de rechtbanken, naar gelang van de omstandigheden, de uitvoering van de akte voorlopig kunnen schorsen. Alhoewel deze wetsbepaling alleen gewaagt van de uitvoerbare kracht van de authentieke akte wordt aangenomen dat hetzelfde geldt voor haar bewijskracht (zie het woord “echter” tussen het eerste en het tweede lid van art. 1319 BW). Bij toepassing van deze wetbepaling wordt (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 56; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 396, nr. 695; N.

VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 222, nr. 472; H. DE PAGE, *Traité*, 783-784, nr. 763):

- in geval van een strafrechtelijke procedure tot valsheidverklaring, de bewijskracht en de uitvoerbare kracht van de authentieke akte geschorst vanaf de inbeschuldigingstelling, zijnde het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling dat de zaak naar het hof van assisen of naar de correctionele rechtbank verwijst of de dagvaarding of oproeping voor de correctionele rechtbank (zie ook art. 19 wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt);
- in geval van een burgerrechtelijke valsheidprocedure, de bewijskracht en de uitvoerbare kracht van de akte niet geschorst, doch mag de rechter de schorsing bevelen naar gelang van de omstandigheden en vanaf het ogenblik dat hij geraadzaam oordeelt (d.w.z. vanaf het ogenblik dat hij de valsheid waarschijnlijk acht).

De omstandigheid dat een valsheidprocedure hangende is, belet evenwel niet dat het bestaan van het *negotium* dat in de authentieke akte is neergelegd, wordt aangetoond door middel van andere toegelaten bewijsmiddelen (Rb. Dendermonde 9 januari 2007, *TGR-TWVR* 2010, 91).

Uitzonderingen op de verplichting tot het instellen van een procedure wegens valsheid teneinde het tegenbewijs te leveren van authentieke vermeldingen, doen zich slechts uitzonderlijk voor, meer bepaald uitsluitend wanneer de valsheid manifest is (H. DE PAGE, *Traité*, 782-783, nr. 762). Dat is volgens het Hof van Cassatie het geval wanneer de betrokken authentieke vermeldingen worden weerlegd door andere vermeldingen uit dezelfde akte (bv. de vermelding van twee verschillende data van de akte) of uit een andere authentieke akte, of nog, wanneer de onjuistheid blijkt uit een eenvoudig onderzoek van de akte zelf zonder dat een onderzoeksmaatregel moet worden getroffen (Cass. 12 februari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 555, concl. PG R. HAYOIT DE THERMICOURT; Cass. 10 november 1961, *RW* 1961-62, 1741; Cass. 19 november 1961, *Pas.* 1962, I, 299; Cass. 31 oktober 1968, *Arr.Cass.* 1969, 237; Cass. 10 september 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1772; Rb. Antwerpen 24 januari 1980, *T.Not.* 1985, 267; Rb. Brussel 17 maart 2000, *JT* 2001, 740). In een arrest van 20 juni 2011 (*P&B* 2012, 220) verklaarde het hof van beroep te Antwerpen een valsheidsvordering ongegrond omdat het hof meende over voldoende elementen te beschikken (meer bepaald een uitvoerig strafonderzoek dat had geleid tot een buitenvervolginstelling) om te oordelen dat de eiseres wel degelijk haar handtekening had gezet op de betwiste notariële akten. Onderhandse bijlagen van een authentieke akte kunnen evenwel niet worden ingeroepen om te ontsnappen aan de principiële noodzaak tot het instellen van een valsheidprocedure. Hetzelfde geldt voor de vermeldingen van een onderhands compromis dat de redactie van een authentieke akte is voorafgegaan (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 223, nr. 473). Daarnaast kan de valsheidsvordering ook meteen zonder voorwerp

worden verklaard wanneer zij gericht is tegen een niet-authentieke vermelding (H. DE PAGE, *Traité*, 786, nr. 766ter).

Staat de valsheid van de authentieke vermeldingen vast, dan verdwijnt het daaraan gehechte vermoeden van waarheid. De akte behoudt evenwel haar authentiek karakter wat betreft de vermeldingen die niet door valsheid zijn aangetast (H. DE PAGE, *Traité*, 785-786, nr. 766).

2) Niet-authentieke vermeldingen

611 Niet-authentieke vermeldingen zijn vermeldingen van gegevens waarvan de waarachtigheid niet kon en moest worden geverifieerd door de openbaar ambtenaar (D. MOUGENOT, *La preuve*, 156, nr. 95; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 394, nr. 693; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 45, nr. 710; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 249, nr. 268).

Het betreft in eerste orde vermeldingen van verklaringen van de partijen die de openbaar ambtenaar onmogelijk zelf kan controleren (Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Antwerpen 23 februari 1994, *Not.Fisc.M.* 1995, 26, noot K. BROECKX; H. DE PAGE, *Traité*, 779, nr. 758.B). Wanneer de partijen bijvoorbeeld verklaren dat de verkoopprijs of een gedeelte daarvan voorafgaand de notariële akte werd betaald, is authentiek de vermelding dat de partijen dergelijke verklaring hebben afgelegd, doch niet de inhoud van de verklaring zelf. De notaris heeft die voorafgaande betaling immers niet persoonlijk kunnen vaststellen (Cass. 28 juni 1957, *Pas.* 1957, I, 1292; Luik 5 januari 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 238, noot P. DE PAGE; H. DE PAGE, *Traité*, 780, nr. 759.A).

Andere illustraties, die doorgaans betrekking hebben op de inhoud zelf van de verbintenissen van de partijen, zijn:

- de verklaring van de partijen in een notariële akte dat de verkrijging van een onroerend goed gebeurt als wederbelegging van eigen goederen (Bergen 18 juni 1976, *Rev.not.b.* 1977, 362, noot);
- de verklaring van de contracterende partijen in verband met de datum van aflevering van een stedenbouwkundig attest (Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK);
- de opgave in een huwelijkscontract van een lijst van eigen goederen van een echtgenoot, bevestigd door de andere echtgenoot (Antwerpen 28 april 1993, *RW* 1993-94, 1362, noot E. DIRIX en T.Not. 1993, 289, noot A. VERBEKE; Antwerpen 10 januari 1994, *RW* 1994-95, 571, noot H. CASMAN, A. VERBEKE; Luik 21 december 2001, *JT* 2002, 519; Brussel 5 juni 2003, *Rev.not.b.* 2007, 164; Bergen 26 september 2006, *Rev.not.b.* 2007, 162; Antwerpen 24 maart 2010, *RW* 2011-12, 623, noot; Beslagnr. Brugge 11 juni 2002, *T.Not.* 2003, 634);
- de vermelding in de authentieke akte van de verkoopprijs van een onroerend goed en de effectieve betaling ervan (Gent 23 juli 1891, *Pas.* 1892, II, 354; Antwerpen 19 juni 1984, *T.Not.* 1985, 67; Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 836, noot K. VANDENBERGHE; Rb.

- Hasselt 17 december 2001, *AJT* 2001-02, 872; Scheidsr. Uitspr. Hasselt 6 december 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 162);
- de verklaring in een notariële aankoopakte betreffende een onroerend goed van het gedeelte van de prijs dat elk van de (onder scheiding van goederen gehuwde) echtgenoten heeft gedragen (Rb. Namen 17 september 1985, *RRD* 1986, 152, noot J. DEMBLON);
 - de vermelding van de partij van wie het betaalde geld afkomstig is (Cass. 2 maart 1882, *Pas.* 1882, I, 57; H. DE PAGE, *Traité*, 780, nr. 759.A);
 - de vermelding van de koper (Luik 4 februari 1936, *Pas.* 1936, II, 111; *anders*: Antwerpen 1 maart 1989, *Rev.not.b.* 1990, 165);
 - de vermelding van de eigenaar van het verkochte goed (Cass. 19 oktober 1939, *Pas.* 1939, I, 427; Cass. 4 februari 1955, *Pas.* 1955, I, 581);
 - de beschrijving van het verkochte terrein (Bergen 11 maart 2003, *Rev.not.b.* 2004, 466);
 - de tussen de partijen overeengekomen verkoopsvoorwaarden (KG Rb. Brussel 15 maart 2004, *T.Not.* 2005, 167; Vred. Zottegem 29 juli 2010, *T.Not.* 2011, 51, noot F. BLONTROCK);
 - de vermelding in de notariële statuten van het volledig volstort zijn van het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap (Antwerpen 5 maart 2001, *TBH* 2001, 745 en *T.Not.* 2002, 625, noot F. BOUCKAERT);
 - de verklaring in een notariële akte dat een bruikleenovereenkomst werd gesloten (Antwerpen 11 maart 1980, *Bull.Bel.* 1982, 496) of dat een schenking werd gedaan (Bergen 18 september 2008, *Rev.not.b.* 2009, 328, noot J.-L. en V.B.);
 - de verklaring van de testator dat hij zijn authentiek testament niet kan tekenen (Bergen 24 november 1975, *Rev.not.b.* 1976, 364, noot M. STRENGERS);
 - de vermelding dat door de betaling van een bepaalde som alle twistpunten tussen partijen beëindigd zijn (Rb. Brussel 14 februari 1986, *TBBR* 1987, 183);
 - ...

Zijn evenmin als authentieke vermeldingen te bestempelen, de vermeldingen van vaststellingen waarvoor de openbare ambtenaar geen bevoegdheid heeft om ze te verrichten (D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 93; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 223, nr. 474, voetnoot 69). Aan die vermeldingen komt in de regel zelfs geen enkele bewijskracht toe.

Dat is bijvoorbeeld het geval met de vermelding

- door een notaris in een authentiek testament dat de erflater gezond is van lichaam en geest (Luik 28 mei 1864, *Pas.* 1864, II, 379; Bergen 20 juni 1979, *Pas.* 1979, II, 130; Bergen 25 juni 1985, *Rev.not.b.* 1986, 344, noot J.S.; Rb. Charleroi 13 mei 1927, *Pas.* 1928, III, 62; Rb. Luik 19 oktober 1987, *TBBR* 1989, 80; H. DE PAGE, *Traité*, 780, nr. 759.A);
- van de datum van de aflevering van een stedenbouwkundig attest aan de instrumenterende notaris optredend als lasthebber van de verkoper (Antwerpen 29 juni 1998 *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWIJCK);
- van de hoedanigheid van weduwnaar door de ambtenaar van de burgerlijke stand in de akte van overlijden (tot bewijs van het overleven van de begunstigde van een contractuele erfstelling) (Rb. Luik 30 april 1971, *Rev.not.b.* 1971, 592);
- van gevolgtrekkingen of vermoedens die de verbalisant uit persoonlijk gedane materiële vaststellingen afleidt en de inlichtingen die hij buiten die vaststellingen krijgt (Cass. 25 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 853).

Traditioneel gold hetzelfde met de vermelding door een gerechtsdeurwaarder in een proces-verbaal van vaststelling (opgesteld op verzoek van een particulier of, bij toepassing van art. 584, vierde lid, 2° Ger.W., op verzoek van de voorzitter van de rechtbank) dat een daad van oneerlijke mededinging werd gesteld (Brussel 11 maart 1964, *Pas.* 1965, II, 113) of met vermeldingen gedaan in een dergelijk proces-verbaal

inzake een loterij (Cass. 28 mei 1985, *RW* 1985-86, 1765, noot A. VANDEPLAS) of inzake huur van goederen (Cass. 20 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 707). Die vermeldingen konden derhalve hoogstens gelden als een feitelijk vermoeden waarvan de pertinentie en de bewijswaarde overgelaten waren aan het soevereine oordeel van de rechter (Antwerpen 24 juni 1985, *TBH* 1985, 784). Ingevolge artikel 6 van een wet van 6 april 1992 werd artikel 516 Ger.W. (dat de taak van de gerechtsdeurwaarder omschrijft) evenwel gewijzigd en staat daarin thans onder meer ook te lezen dat de gerechtsdeurwaarders kunnen aangesteld worden om vaststellingen te doen van zuiver materiële feiten, zonder enig advies uit te brengen met betrekking tot de gevolgen in feite of in rechte die daaruit zouden kunnen voortvloeien, en dat zij ook op verzoek van particulieren tot die vaststellingen kunnen overgaan. De bewijskracht van dergelijke vaststellingen door een gerechtsdeurwaarder gedaan, moet echter worden genuanceerd. Alleen de vermeldingen die verband houden met de omstandigheden waarin de akte werd opgesteld (datum, plaats, aanwezigheid van de gerechtsdeurwaarder...) genieten authenticiteit. Dat geldt niet voor de door de gerechtsdeurwaarder gedane vaststellingen waarvan de pertinentie en de bewijswaarde onderworpen blijven aan het soevereine oordeel van de rechter (vgl. Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, 184 ingeval waarin verklaringen afgelegd tegenover een gerechtsdeurwaarder gelast met het doen van vaststellingen, werden aangezien als een buitengerechtelijke bekentenis van de auteur van die verklaringen; zie verder Luik 17 november 2003, *JLMB* 2005, 408 in een geval waarin een partij onder verbeurte van een dwangsom was veroordeeld tot het doen verdwijnen van een reclame en door een gerechtsdeurwaarder een inbreuk werd vastgesteld; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2375, nr. 1753; G. DE LEVAL, "Le nouveau statut des huissiers de justice", *JT* 1992, 107; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 105, nr. 169; D. MOUGENOT, *La preuve*, 155, nr. 93; anders: M.E. STORME, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten door een gerechtsdeurwaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger.W.) en aanverwante vragen", *RW* 1994-95, 345). Zie in dezelfde zin inzake de vaststelling van overspel (art. 1016bis Ger.W.): Luik 18 november 1997, *JLMB* 1998, 374.

612 Niet-authentieke vermeldingen in een authentieke akte (uitgezonderd de vaststellingen door de openbaar ambtenaar gedaan buiten zijn bevoegdheid) hebben dezelfde bewijskracht als vermeldingen in een onderhandse akte die in geen geval authentieke vermeldingen bevat (vgl. art. 1322, eerste lid BW; Scheidsr. Uitspr. Hasselt 6 december 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 162; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-40, nr. 5307; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 222, nr. 183; H. DE PAGE, *Traité*, 779, nr. 758.B; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 599, nr. 22; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 249, nr. 268 en 290, nr. 354). Hier geldt een

volledige gelijkstelling tussen notariële akte en onderhandse akte (D. MOUGENOT, *La preuve*, 230, nr. 162).

Tot bewijs van het tegendeel vormen de niet-authentieke vermeldingen van een authentieke akte (uitgezonderd de vaststellingen door de openbaar ambtenaar gedaan buiten zijn bevoegdheid), evenals de vermeldingen van een onderhandse akte (bv. de datum daarvan: Beslagr. Gent 8 april 2004, *T.Not.* 2006, 200; Brussel 10 november 2005, *Rev.not.b.* 2006, 527), tussen partijen het bewijs van de overeenkomsten die zij vaststellen (Cass. 21 januari 1964, *Pas.* 1964, I, 154; Cass. 29 januari 2010, *JT* 2010, 389, noot J. KIRKPATRICK en *Pas.* 2010, 297, concl. T. WERQUIN; Antwerpen 29 juni 1998, *Not.Fisc.M.* 2000, 254, noot G. VAN OOSTERWYCK; Gent 8 januari 1999, *T.Not.* 2000, 450; Rb. Hasselt 18 juni 2001, *TBBR* 2002, 254; Rb. Hasselt 17 december 2001, *AJT* 2001-02, 87). De omstandigheid dat men gedurende lange tijd nalaat de betwisting omtrent het al dan niet bestaan van de akte in rechte te laten beoordelen, doet daaraan geen afbreuk (Cass. 13 maart 2006, *Pas.* 2006, 594, www.cass.be). Die bewijskracht blijft bestaan tot wanneer in rechte het tegenbewijs wordt aanvaard (Rb. Nijvel 23 juli 2009, *JT* 2009, 675, noot).

Tegenbewijs van niet-authentieke vermeldingen van een authentieke akte en van de vermeldingen van een onderhandse akte kan geleverd worden volgens de gemeenrechtelijke bewijsregels (Gent 23 juli 1891, *Pas.* 1892, II, 354; Antwerpen 23 juni 1998, *TBBR* 1999, 421; Antwerpen 5 maart 2001, *T.Not.* 2002, 625, noot F. BOUCKAERT; Rb. Namen 17 september 1985, *RRD* 1986, 152, noot J. DEMBLON; Rb. Brussel 14 februari 1986, *TBBR* 1987, 183; Scheidsr. Uitspr. Hasselt 6 december 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 162; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 104, nr. 168, 121, nr. 211; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 396, nr. 696; D. MOUGENOT, *La preuve*, 156, nr. 96, 222, nr. 153 en 230, nr. 162; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 226, nr. 477; H. DE PAGE, *Traité*, 761-762, nr. 747.B, 779, nr. 758.B en 804-805, nr. 789.A). De openbaar ambtenaar heeft niet de bevoegdheid noch de mogelijkheid die vermeldingen te controleren, zodat de authentieke akte als zijn werkstuk in dat verband niet vals kan zijn en de vordering tot valsheid bijgevolg zonder voorwerp is. Aangezien wel een geschrift voorhanden is, zal tegenbewijs (bv. van een andere datum), ook beneden de waarde van 375,00 EUR, tussen de partijen slechts mogelijk zijn door de bekentenis, door de gedingbeslissende eed of door enige andere akte die afwijkt van de vorige (Bergen 18 december 1996, *JT* 1997, 370; Brussel 10 november 2005, *Rev.not.b.* 2006, 527; Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, 873; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 601, nr. 31), onverminderd de uitzonderingen op artikel 1341 BW (zie bv. Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373). Tegenbewijs door getuigen of feitelijke vermoedens is niet toegelaten (Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 555; Luik 21 april 1894, *Pas.* 1894, II, 414; Antwerpen 28 oktober 1992, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 90; Rb. Brussel 7 december 1987,

T.Not. 1988, 33; Rb. Hasselt 18 juni 2001, *TBBR* 2002, 254; Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2002-03, 873), behalve in geval van fraude (Luik 22 maart 1948, *Pas.* 1948, II, 38, noot; Bergen 31 oktober 1988, *TBBR* 1992, 141, noot W. DE BONDT; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 273, nr. 581). Die regeling geldt op dezelfde wijze voor tegenbewijs van de elektronische akte (D. MOUGENOT, *La preuve*, 231, nr. 163-1). Daaruit volgt dat alvast in burgerlijke zaken dat tegenbewijs slechts zelden zal kunnen worden geleverd. In handelszaken daarentegen is het tegenbewijs principieel vrij (Brussel 8 april 2002, *DAOR* 2002, 251). Alhoewel theoretisch mogelijk moet worden vastgesteld dat in de praktijk ook de rechter in handelszaken niet vlug geneigd is het tegenbewijs van de inhoud van een akte toe te laten door getuigen of door feitelijke vermoedens (D. MOUGENOT, *La preuve*, 157, nr. 96, 222, nr. 153 en 230-231, nr. 163).

Dat alles neemt niet weg dat onder omstandigheden wel een valsheidprocedure kan worden ingesteld, bijvoorbeeld wanneer de ondertekenaar van de akte, zonder zijn geschrift of zijn handtekening te betwisten, niettemin laat gelden dat het *corpus* van de akte vervalst is (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2380, nr. 1758).

613 Uit wat voorafgaat volgt dat inzake de bewijskracht van de niet-authentieke vermelding en de authentieke akte geen voorrang heeft op de vermeldingen van de onderhandse akte. Wanneer bijvoorbeeld een onderhands verkoopcompromis en de daarna verleden authentieke verkoopakte inhoudelijk verschillen met betrekking tot niet-authentieke elementen (waaronder de prijs, de betalingsmodaliteiten, de datum van de eigendomsoverdracht...), dan geldt de authentieke akte niet boven de compromis (Antwerpen 19 juni 1984, *T.Not.* 1985, 867; Bergen 31 maart 1995, *Rev.not.b.* 1995, 589; Scheidsr. Uitspr. Hasselt 6 december 2002, *Limb.Rechtstl.* 2003, 162; KG Rb. Brussel 15 maart 2004, *T.Not.* 2005, 167; anders in de zin van voorrang aan de authentieke akte: Brussel 29 juni 2001, *AJT* 2001-02, 373, noot X.). De tegenstrijdige vermeldingen gelden tot bewijs van het tegendeel, zodat overeenkomstig het gemeen recht inzake uitlegging via de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen zal moeten worden achterhaald welke de overeenkomst tussen de partijen is. Dat laatste is uiteraard anders wanneer in de authentieke akte is bedongen dat, in geval van onverenigbaarheden met de onderhandse akte, de authentieke akte primeert (Vred. Zottegem 29 juli 2010, *T.Not.* 2011, 51, noot F. BLONTRÖCK).

3) Vermeldingen die geen verband houden met de inhoud van de akte

614 Artikel 1320 BW schrijft voor dat de akte, zij het een authentieke of een onderhandse, tussen partijen bewijs oplevert, zelfs van hetgeen daarin slechts bij wijze van vermelding wordt uitgedrukt, mits de vermelding rechtstreeks verband houdt met de beschikking.

615 Een authentieke of onderhandse akte kan vermeldingen bevatten die anders dan de essentiële bedingen (zoals bv. in de verkoop-

overeenkomst, de verkoopprijs en de bedingen betreffende zijn betaling) geen verband vertonen met het *negotium* dat in de akte is neergelegd. Het betreft dan meer bepaald vermeldingen die uit de akte kunnen worden verwijderd zonder het *negotium* zelf aan te tasten en/of te wijzigen (H. DE PAGE, *Traité*, 769, nr. 750). Een voorbeeld van een vermelding die geen verband houdt met de inhoud van de akte (*obiter dicta*) is de vermelding in de verkoopakte dat het verkochte huis geërfd werd van een oom (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 673).

616 Die overbodige of toevallige vermeldingen hebben in principe geen bewijskracht. De wetgever gaat er immers van uit dat dergelijke vermeldingen aan de aandacht van de partijen zijn kunnen ontsnappen. Vermeldingen buiten verband met de beschikking kunnen alleen dienen tot begin van bewijs (in de zin van art. 1347 BW).

617 De rechter oordeelt in feite soeverein of een vermelding al dan niet rechtstreeks verband houdt met de inhoud van de akte (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 226, nr. 478).

c. De bewijskracht van de akte inzake de oprechtheid van haar inhoud

618 Ook en zelfs in geval van conformiteit van de inhoud van de akte met hetgeen de partijen daarin hebben willen neerleggen, blijft in derde instantie de vraag in welke mate de akte de werkelijke bedoelingen van de partijen bewijst en derhalve oprecht is (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 95, nr. 140).

619 Niets belet de partijen in een (authentieke of onderhandse) akte het bestaan vast te stellen van een feit dat zich in realiteit niet of niet op dezelfde wijze heeft voorgedaan. De oprechtheid van de inhoud van de akte, van het *negotium*, is door de akte dan ook nooit gedekt (inzake authentieke akten: Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Cass. 4 februari 1954, *Arr.Cass.* 1954, 391; Cass. 28 februari 1956, *Arr.Cass.* 1956, 526). De akte op zich impliceert geen bewijs van hetgeen zich in werkelijkheid heeft voorgedaan. Zij bewijst als dusdanig enkel het bestaan van het *negotium* dat door de partijen daarin is vastgelegd (D. MOUGENOT, *La preuve*, 156, nr. 95 en 222, nr. 153; H. DE PAGE, *Traité*, 750-752, nr. 740). Indien vaststaat dat de handeling in kwestie niet werkelijk werd gesteld of partijen niet alle gevolgen van de gestelde handeling hebben gewild, is sprake van simulatie (Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1062; Cass. 5 september 1961, *Pas.* 1962, I, 29, noot; Cass. 19 oktober 1965, *Pas.* 1966, I, 231; Cass. 20 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 460; Cass. 4 januari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 461).

620 De wetgever gaat uit van een vermoeden van oprechtheid (H. DE PAGE, *Traité*, 751, nr. 740). Krachtens de artikelen 1319, 1320 en 1322 BW heeft de authentieke of onderhandse akte bewijskracht tussen de partijen,

ook als is ze gesimuleerd of fictief (Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F, concl. T. WERQUIN, www.cass.be en JT 2010, 389, noot J. KIRKPATRICK).

621 Dat vermoeden van oprechtheid is echter weerlegbaar. Zowel bij authentieke akten als bij onderhandse akten is bewijs van simulatie steeds mogelijk. Aangezien de notaris niet kan nagaan of de partijen die hem verzoeken een akte houdende vaststelling van een overeenkomst te verlijden oprecht zijn, strekt de bescherming van de authenticiteit zich niet uit tot de afwezigheid van simulatie (Cass. 5 juli 1894, *Pas.* 1894, I, 259; Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Cass. 8 mei 1956, *Pas.* 1956, I, 960; Antwerpen 11 maart 1980, *Bull.Bel.* 1982, 496; H. DE PAGE, *Traité*, 780, nr. 759.A). Het tegenbewijs vergt hier dan ook geen valsheidprocedure, maar moet geschieden met eerbiediging van de gemeenrechtelijke bewijsregels waaronder artikel 1341 BW, aangezien tegen de inhoud van de akte moet worden bewezen (Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373; Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 122, nr. 212; D. MOUGENOT, *La preuve*, 222, nr. 153; H. DE PAGE, *Traité*, 751-752, nr. 740, 762, nr. 747.B, 779, nr. 758.B, 780, nr. 759.A, 786, nr. 767 en 805, nr. 789.A). Het volstaat in dit verband te verwijzen naar hetgeen hierboven onder nr. 612 reeds werd uiteengezet omtrent het tegenbewijs van niet-authentieke vermeldingen. Ook wat de oprechtheid van het *negotium* betreft, heeft de authentieke akte bijgevolg geen voorrang op de onderhandse akte.

3. De bewijskracht van de akte tegenover derden

622 Rechtshandelingen kunnen onder bepaalde voorwaarden en in een bepaalde mate worden tegengeworpen aan derden. Krachtens artikel 1165 BW is dat enkel het geval wat hun externe gevolgen betreft (het feit van het bestaan van het *negotium*), niet wat aangaat hun interne gevolgen (de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen). Bovendien moeten de vereiste bijkomende formaliteiten vervuld zijn, zoals bijvoorbeeld deze voorgeschreven door artikel 76, 10° BW, artikel 815, derde lid BW, artikel 1690 BW, artikel 1 Hyp.W.... Omgekeerd kunnen ook derden er belang bij hebben zich te beroepen op het bestaan van tussen anderen tot stand gekomen rechtshandelingen. Onder derden moet hier in principe worden verstaan, al de anderen dan de partijen bij de akte en hun rechtverkrijgenden (daarover verder meer onder nr. 632). In al die gevallen is de vraag aan de orde naar het bewijs van die rechtshandelingen inzonderheid door akten en derhalve naar de bewijskracht van akten in de verhouding tussen de partijen en derden. Denk hier bijvoorbeeld aan het geval van een beslag op een roerend goed dat de schuldenaar in zijn bezit heeft en dat een derde revindiceert omdat dit goed reeds voordien door hem was aangekocht.

a. Principe: dezelfde bewijskracht

623 Het Burgerlijk Wetboek regelt de bewijskracht van akten tegenover derden niet (uitgezonderd wat art. 1328 BW betreft inzake de datum van de onderhandse akte). De artikelen 1319-1322 BW spreken daarover met geen woord. Zij behandelen de bewijskracht van akten enkel in de verhouding tussen de daarbij betrokken partijen. Algemeen wordt evenwel aangenomen dat zowel authentieke akten als onderhandse akten, in principe onder dezelfde voorwaarden, tegenover derden dezelfde bewijskracht hebben als tussen de partijen onderling (Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, I, 34; Cass. 24 november 1932, *Pas.* 1933, I, 19, concl. PG LECLERCQ; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 675; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-41, nr. 5310; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 222, nr. 183; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2380, nr. 1759; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 95, nr. 142, 105, nr. 168, 122, nr. 213; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 397, nr. 697; D. MOUGENOT, *La preuve*, 157, nr. 98; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 221, nr. 467; H. DE PAGE, *Traité*, 766, nr. 749.B, 781, nr. 759.B en 805, nr. 789.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 58, nr. 980; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 250, nr. 270 en 291, nr. 355). Die regel wordt *a contrario* afgeleid uit artikel 1328 BW. Aangezien enkel de bewijskracht tegenover derden van de datum van een onderhandse akte door de wetgever aan een bijzonder regime onderworpen werd, geldt voor het overige het gemeen recht. Bijgevolg is er een gelijkstelling van derden met de partijen op het vlak van de bewijskracht van akten (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2373, nr. 1751; H. DE PAGE, *Traité*, 767, nr. 749.C).

624 Zowel wat betreft de realiteit van de rechtshandeling die erin is neergelegd, als inzake haar oprechtheid, geldt de akte tegenover derden in principe tot bewijs van het tegendeel (Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, I, 84), uitgezonderd wat betreft de datum van de onderhandse akte.

Ook inzake het tegenbewijs van de akte geldt de gemeenrechtelijke bewijsregeling. Hier moet een onderscheid worden gemaakt al naargelang het geval het tegenbewijs van de akte door de partijen dan wel door derden moet worden geleverd.

Het tegenbewijs door de partijen tegen derden moet in de regel worden geleverd overeenkomstig artikel 1341 BW. Een akte is noodzakelijk omdat moet worden bewezen tegen of boven de inhoud van een andere akte.

Bij gebrek aan akte kan een beroep worden gedaan op een betekenis of op een gedingbeslissende eed.

Wat betreft het tegenbewijs door derden tegen de partijen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de authentieke en de niet-authentieke vermeldingen.

De authentieke vermeldingen in een authentieke akte kunnen ook door derden maar bestreden worden via een procedure tot betichting van valsheid (Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, I, 84, noot; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-37, nr. 5295; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 105, nr. 168; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 397, nr. 697; D. MOUGENOT, *La preuve*, 157, nr. 98; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 221, nr. 468; H. DE PAGE, *Traité*, 768, nr. 749.D en 781, nr. 759.B). Wanneer bijvoorbeeld in een authentieke verkoopakte alleen de echtgenote van een met scheiding van goederen gehuwd echtpaar als koopster is vermeld, kan, na de echtscheiding, tegen deze vermelding door de ex-echtgenoot slechts bewezen worden mits het instellen van een procedure van valsheid (Antwerpen 1 maart 1989, *Rev.not.b.* 1990, 165).

Het tegenbewijs van niet-authentieke vermeldingen mag door derden worden geleverd met alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; Cass. 19 november 1934, *Pas.* 1935, I, 57; Cass. 26 maart 1953, *Arr.Cass.* 1953, 513; Cass. 4 februari 1954, *Arr.Cass.* 1954, 391; Cass. 28 februari 1956, *Arr.Cass.* 1956, 526; Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 167; Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169; Antwerpen 28 april 1993, *RW* 1993-94, 1362, noot E. DIRIX en *T.Not.* 1993, 289, noot A. VERBEKE; Luik 11 januari 1995, *TBH* 1996, 732 en *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; Bergen 20 februari 2001, *TBBR* 2002, 392; Bergen 11 maart 2003, *Rev.not.b.* 2004, 466; Luik 25 maart 2009, *Rec.gén.enr.not.* 2009, 323; Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 836, noot K. VANDENBERGHE; Kh. Antwerpen 23 juni 1955, *RW* 1955-56, 1391; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 95, nr. 142, 105, nr. 168, 122, nr. 213; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 397, nr. 697; D. MOUGENOT, *La preuve*, 157, nr. 98; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 221, nr. 468 en 274, nr. 581; H. DE PAGE, *Traité*, 768, nr. 749.D, 781, nr. 759.B, 787, nr. 767 en 805, nr. 789.B; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 59, nr. 990; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 291, nr. 355). Dat is een logisch gevolg van het gegeven dat derden betrokken zijn, noch bij de rechtshandeling, noch bij de akte die strekt tot bewijs van die rechtshandeling. Voor hen is die rechtshandeling (aan de interne gevolgen waarvan zij vreemd blijven) niets anders of niets meer dan een rechtsfeit, zodat artikel 1341 BW tegenover hen niet geldt.

Zo mogen derden bijvoorbeeld de veinzing van een akte inroepen, bijvoorbeeld omdat de beweerde verkopeningen in werkelijkheid een vermomde schenking inhouden, en die veinzing bewijzen door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169).

b. Uitzonderingen

1) De tegenbrieven

625 Derden kunnen zich in beginsel steeds op de akte beroepen tot bewijs van het bestaan van de rechtshandeling die erin is neergelegd. *Tegenbrieven zijn hen niet tegenwerpbaar* (Cass. 28 januari 1960, *Arr.Cass.* 1960, 486; Cass. 11 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 481). Artikel 1321 BW schrijft inderdaad voor dat tegenbrieven enkel tussen de contracterende partijen gevolgen kunnen hebben en dat zij niet werken tegen derden. Vandaar dat werd geoordeeld dat wanneer partijen aanvoeren dat de tussen hen tot stand gekomen akte geveinsd is, bijvoorbeeld omdat een hogere dan de in de akte bedongen prijs zou overeengekomen en betaald zijn, derden gerechtigd zijn enkel de schijnbare akte te erkennen, met als gevolg dat de bij de akte betrokken partijen het bewijs van de door hen ingeroepen veinzing jegens die derden niet eens mogen leveren (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169).

Artikel 1321 BW is enkel in het belang van derden gesteld. Zij is niet van openbare orde (Cass. 16 november 1939, *Pas.* 1939, I, 474). De registratie van een onderhandse tegenbrief maakt deze niet tegenstelbaar aan derden (Luik 27 mei 1891, *Pas.* 1891, II, 342). Ingeval de schijnbare akte hen schaadt, kunnen derden zich ook op de tegenbrief beroepen (Rb. Luik 9 mei 1977, *JL* 1978-79, 153).

2) De datum van de onderhandse akte (art. 1328 BW)

a) De regel

626 Wat de bewijskracht van de datum van de onderhandse akte betreft (en uitsluitend wat betreft die datum), geldt ten aanzien van derden een bijzondere regeling neergelegd in artikel 1328 BW. Bij die wetsbepaling wordt voorgeschreven dat onderhandse akten ten aanzien van derden geen dagtekening hebben dan van de dag waarop zij zijn geregistreerd, ofwel van de dag van het overlijden van degene of van een van degenen die de akten ondertekend hebben, ofwel van de dag waarop de hoofdinhoud ervan is vastgesteld in akten door openbare ambtenaren opgemaakt, zoals processen-verbaal van verzegeling of van boedelbeschrijving.

In principe heeft de datum van een onderhandse akte tegenover derden dus geen bewijskracht. Derden zijn er in

beginsel niet door gebonden. Hij is hen niet tegenwerpbaar. Praktisch gezien verliest de onderhandse akte daardoor tegenover derden elke betekenis en draagwijdte. De onderhandse akte kan aan derden slechts worden tegengehouden indien ze effectief voorafgaand is aan de rechten die zij hebben verkregen. Dat is alleen zo wanneer de onderhandse akte vaste datum heeft, dit wil zeggen dat de datum ervan tegenover derden als bewezen geldt, hetgeen slechts het geval is in de door artikel 1328 BW limitatief aangeduide gevallen. In die gevallen moet immers niet worden getwijfeld aan de oprechtheid van de datum van de onderhandse akte. Aan de partij die zich tegenover een derde beroept op de onderhandse akte behoort het te bewijzen dat zij een vaste datum heeft (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 122, nr. 214; D. MOUGENOT, *La preuve*, 232, nr. 165; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 275, nr. 585; H. DE PAGE, *Traité*, 807, nr. 790; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 291, nr. 356).

b) De *ratio legis*

627 Met artikel 1328 BW beoogt de wetgever derden (inzonderheid schuldeisers) te beschermen tegen bedrieglijke benadeling van hun rechten ingevolge antidatering (postdatering) van de onderhandse akte door de partijen (Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *Rev.dr.rur.* 2001, 223; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 407, nr. 712; D. MOUGENOT, *La preuve*, 232-233, nr. 165; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 275, nr. 585; H. DE PAGE, *Traité*, 807, nr. 790). De datum van de onderhandse akte kan voor derden immers van primordiaal belang zijn. Vanaf die datum is het bestaan van de in de onderhandse akte neergelegde rechtshandeling hen in principe tegenwerpbaar (zie bv. Antwerpen 15 april 1992, *Rev.not.b.* 1994, 247, noot inzake de bewijskracht tegenover de eigenaar-opdrachtgever van de datum van de onderhandse verkoopovereenkomst door de makelaar met een koper gesloten). De partijen kunnen de datum van de onderhandse akte gemakkelijk bewust foutief vermelden (bv. om de vastgoedmakelaar recht op commissieloon te bezorgen). Derden kunnen een verkeerde datering vrijwel onmogelijk bewijzen. Bij de authentieke akte is de toestand geheel anders: daar vormt de datering van de akte een authentieke vermelding die slechts door een valsheidvordering kan worden bestreden.

c) De toepassingsvoorwaarden

628 Artikel 1328 BW heeft twee toepassingsvoorwaarden. Het geldt enkel voor onderhandse akten en enkel ten aanzien van beschermde derden.

1. Enkel voor onderhandse akten

629 Artikel 1328 BW is enkel van toepassing op akten. Vallen derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 1328 BW, geschriften die geen onder-

handse akten zijn zoals rekeninguittreksels, boekhoudkundige stukken, huishoudelijke papieren en registers, het begin van schriftelijk bewijs... Ten aanzien van die geschriften beoordeelt de rechter vrij de bewijswaarde van de datum op grond van de omstandigheden eigen aan de zaak (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 122, nr. 215; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2381-2382, nr. 1761; H. DE PAGE, *Traité*, 810, nr. 792; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 409, nr. 716; D. MOUGENOT, *La preuve*, 233, nr. 166). Hetzelfde geldt wat betreft de datum van mondelinge overeenkomsten (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 278, nrs. 593).

630 Enkel onderhandse akten komen in aanmerking, al dan niet medeondertekend door de advocaten van de daarbij betrokken partijen. Artikel 1328 BW geldt echter ook voor briefwisseling die tegenover derden (zijnde anderen dan de auteur of de bestemming) wordt ingeroepen (Cass. 19 maart 1970, *RW* 1971-72, 29; Vred. Antwerpen 30 juni 1992, *T.Not.* 1992, 539), alsook voor onregelmatige authentieke akten.

In principe is artikel 1328 BW van toepassing op alle onderhandse akten, bijvoorbeeld op onderhandse akten die een indeplaatsstelling vaststellen (Brussel 23 mei 1902, *Pas.* 1902, II, 348), een pand (Kh. Namen 18 december 1990, *JT* 1990, 300, noot)... Op die regel bestaan evenwel tal van uitzonderingen.

Vooreerst geldt de regel van artikel 1328 BW niet voor gewone kwijtschriften, dit op grond van het vaststaand gebruik om dergelijke akten niet te registreren (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 279, nr. 594). Omwille van hun grotere belangrijkheid en te vrezen bedrog wordt een uitzondering op de uitzondering gemaakt voor subrogatoire kwijtschriften, bijvoorbeeld van de verzekeraar die het slachtoffer heeft vergoed (Cass. 5 juni 1858, *Pas.* 1858, I, 166; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2383, nr. 1761; *anders*: Bergen 3 november 1994, *JLMB* 1995, 724; H. DE PAGE, *Traité*, 809, nr. 792).

De regel van artikel 1328 BW geldt al evenmin (want zonder voorwerp) wanneer de bescherming van derden op een bijzondere wijze geregeld is door de niet-tegenwerpbaarheid van het *negotium* (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-46, nr. 5324; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 122, nr. 215; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 409, nr. 716; D. MOUGENOT, *La preuve*, 234, nr. 166; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 280, nr. 594; H. DE PAGE, *Traité*, 809, nr. 791).

Dat is bijvoorbeeld het geval:

- bij akten onder de levenden tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheeken: krachtens artikel 1 hypotheekwet zijn die akten als dusdanig slechts tegenwerpbaar aan derden door hun overschrijving in de registers van de hypotheekbewaarder; in geval van niet-overschrijving hebben derden geen belang bij een beroep op artikel 1328 BW (dat veronderstelt dat het bestaan van de akte hen in principe tegenwerpbaar is);
- bij overdracht van een schuldvordering: krachtens artikel 1690, tweede lid BW kan de overdracht slechts tegen de gecedeerde schuldenaar worden ingeroepen vanaf het ogenblik dat zij aan hem ter kennis werd gebracht of door hem werd erkend; bij gebrek aan kennisgeving of erkenning heeft ook de gecedeerde schuldenaar om dezelfde reden geen belang bij de toepassing van artikel 1328 BW;
- inzake roerende goederen: daar geldt artikel 2279 BW (bezit geldt als titel) en schrijft artikel 1141 BW meer bepaald voor dat indien de zaak die men zich achtereenvolgens verbonden heeft te geven of te leveren aan twee personen, een zuiver roerende zaak is, degene van beiden, die in het werkelijk bezit ervan gesteld is, de voorkeur heeft en hij eigenaar ervan blijft, ook al is zijn titel van latere datum, mits althans het bezit te goeder trouw is; derden die met hem hebben gecontracteerd in verband met dat roerend goed hebben er bijgevolg geen belang bij artikel 1328 BW in te roepen als verweer tegen een eventuele vordering van de andere verkrijger; diens titel, zelfs van vroegere datum, vast of niet, is hen niet-tegenwerpbaar.

Een analoge regeling geldt ten aanzien van *t e g e n b r i e v e n*. Derden zijn er nooit door gebonden, ook al hebben zij een vaste datum (art. 1321 BW). De kwestie van de vaste dagtekening rijst ook hier niet omdat de akte zelf niet tegenwerpbaar is aan derden (H. DE PAGE, *Traité*, 818, nr. 796).

Verder geldt artikel 1328 BW niet in *z a k e n o n d e r d e 3 7 5 , 0 0 E U R* (W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 676).

Artikel 1328 BW is in beginsel ook niet van toepassing in *h a n d e l s z a k e n*, dit wil zeggen wanneer de rechtshandeling die is neergelegd in de onderhandse akte een handelsverrichting tot voorwerp heeft, dit minstens in hoofde van de schuldenaar. Het is wel van toepassing op in een onderhandse akte opgenomen verbintenissen van een niet-handelaar, die geen objectieve handelsdaden zijn, en op die van een handelaar, die aangegaan zijn uit hoofde van een niet-commerciële oorzaak (Cass. 27 januari 1956, *Arr.Cass.* 1956, 423 en *Pas.* 1956, I, 543; Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 29 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 698; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507; Cass. 29 september 2004, AR P.04.0338.F, *VAV* 2005, 183). In handelszaken heeft de datum van de akte bewijskracht tot bewijs van het tegendeel dat mag worden geleverd door alle middelen van recht (Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; D. MOUGENOT “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 602, nr. 31; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 279, nr. 594; H. DE PAGE, *Traité*, 809, nr. 792). Zo heeft bijvoorbeeld de verbintenis van de aansprakelijkheidsverzekeraar tot vergoeding van het slachtoffer van een schadegeval een commercieel karakter, zodat de datum van de brief houdende opzegging van de polis aan dat slachtoffer tegenwerpbaar is (Brussel 11 oktober 1968, *Bull.ass.* 1970, 671; *anders*: Antwerpen 20 juni 1990, *Verkeersrecht* 1991, 195). Zie daarover verder meer onder de nummers 870 e.v.

Ook bijzondere wetten, voornamelijk te situeren in de sector van het handelsrecht en van eerder recente datum, sluiten de toepassing van artikel 1328 BW uit. Een voorbeeld daarvan is artikel 10, § 1 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst inzake de verzekeringsovereenkomst of de wijzigingen daarvan.

Wanneer artikel 1328 BW uitzonderlijk niet van toepassing is op onderhandse akten, dan geldt in burgerlijke zaken inzake bewijskracht ten aanzien van de datum van de onderhandse akte hetzelfde als in verband met de andere elementen daarvan. De datum van de onderhandse akte heeft dan zonder meer bewijskracht tegenover derden. Derden kunnen evenwel het tegenbewijs leveren met alle middelen van recht (Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *Rev.dr.rur.* 2001, 223; D. MOUGENOT, *La preuve*, 233, nr. 166; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-44, nr. 5321; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 287, nr. 612; H. DE PAGE, *Traité*, 818, nr. 795).

2. Enkel ten aanzien van beschermde derden

631 De in artikel 1328 BW bepaalde formaliteiten en gebeurtenissen verlenen alleen vaste datum ten aanzien van derden. Tussen de partijen heeft de vermelding van de datum dezelfde bewijskracht als de andere bepalingen van de onderhandse akte (Cass. 9 mei 1969, *Arr.Cass.* 1969, 870; Brussel 10 november 2005, *Rev.not.b.* 2006, 527).

632 De vraag rijst dan wie de door artikel 1328 BW beschermde derden zijn (vgl. de art. 1122, 1165 en 1341 BW). Aangezien de *ratio legis* van artikel 1328 BW ligt in de bescherming van diegenen wiens rechten op bedrieglijke wijze in het gedrang zouden kunnen worden gebracht door een verkeerde of valse datering van de onderhandse akte door de partijen, zijn als derden te bestempelen (Cass. 23 mei 1892, *Pas.* 1892, I, 271; Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *Rev.dr.rur.* 2001, 223; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 814, nr. 794; D. MOUGENOT, *La preuve*, 234, nr. 167; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 281 e.v., nr. 599 e.v.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 291, nr. 357):

- al degenen die de onderhandse akte niet zelf of via vertegenwoordiging (wettelijk, gerechtelijk of conventioneel) hebben ondertekend: derden zijn dus degenen die, op het ogenblik waarop de onderhandse akte hen wordt tegengeworpen, noch de ondertekenaars daarvan zijn, noch de vertegenwoordigden door een van de ondertekenaars en in beginsel al evenmin hun algemene rechtsoptvolgers;
- en die tegenover een partij bij de akte of tegen een derde die zich daarop beroept, een eigen recht inroe-

pen dat zij hebben verkregen van een partij (bv. ingevolge een verkoopovereenkomst) of krachtens de wet (bv. ingevolge een beslag) en dat zou teniet gedaan, verminderd of gewijzigd worden mocht de (vroegere) datum van de onderhandse akte tegenover hen een vast karakter hebben: een louter belang in hoofde van de derde volstaat niet, er moet sprake zijn van een subjectief recht dat concurreert met dat van degene die zich op de onderhandse akte beroept (Cass. 10 mei 1900, *Pas.* 1900, I, 237); zo werd geoordeeld dat het slachtoffer van een ongeval wel een belang, maar geen concurrerend recht heeft met de aansprakelijkheidsverzekeraar van degene die dat ongeval heeft veroorzaakt, zodat dit slachtoffer geen derde is en zich bijgevolg niet kan beroepen op artikel 1328 BW om het vast karakter van de datum van de brief houdende opzegging van de polis te betwisten (Brussel 7 februari 1964, *JT* 1964, 314); zo ook werd geoordeeld dat de koper die een goed heeft verkregen via de uitoefening van zijn recht van voorkoop, op grond van artikel 1328 BW van de uitgewonnen derde-koper niet het bewijs kan vragen van de vroegere dagtekening van diens onderhandse aankoopakte, aangezien dit bewijs geen enkele weerslag kan hebben op de omvang van de rechten die aan zijn latere akte worden ontleend (Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *Rev.dr.rur.* 2001, 223; zie ook Bergen 14 september 1999, *JT* 2004, 839).

Omgekeerd zijn geen derden, al degenen die niet aan de hierboven bedoelde voorwaarden beantwoorden.

Kunnen worden beschouwd als derden in de zin van artikel 1328 BW (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 216; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 408, nr. 714; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 282-285, nrs. 603-606; H. DE PAGE, *Traité*, 816-818, nr. 794):

- de chirografaire schuldeisers, voor zover zij tegenover degene die zich op de onderhandse akte beroept eigen rechten uitoefenen die zij hebben verkregen van de auteur van de akte of krachtens de wet: dat is bijvoorbeeld het geval met:
 - de beslagleggende schuldeisers aan wie een onderhandse akte van vervreemding door de schuldenaar wordt tegengeworpen of die in samenloop komen met derden die krachtens artikel 1514 Ger.W. revindiceren op grond van een onderhandse akte van verkrijging (Rb. Luik 8 maart 1978, *JL* 1978-79, 10; *anders*: D. MOUGENOT, *La preuve*, 235, nr. 168);
 - de schuldeiser die op grond van eigen rechten in een verdeling tussenkomt (art. 882 BW);
 - de schuldeiser die de pauliaanse vordering instelt (art. 1167 BW);
- de solidaire medeschuldenaars ten aanzien van handelingen die individueel gesteld worden, zoals de erkenning van een schuld in de zin van artikel 2249 BW (Rb. Doornik 24 februari 1961);
- de curator van een gefailleerde handelaar, wanneer hij handelt in naam van de massa, poogt die massa te herstellen en daarbij opkomt tegen rechtshandelingen van de gefailleerde met derden: in dat geval oefent de curator immers de rechten uit van de schuldeisers, niet die van de gefailleerde (Cass. 12 april 1850, *Pas.* 1850, I, 303);
- de vereniging van de mede-eigenaars ten aanzien van de eigendomsoverdracht van een kavel (Vred. Veurne 21 januari 1999, *T.App.* 1999, 16);
- de algemene rechtsopvolgers van een partij bij de akte, voor zover zij een eigen recht uitoefenen en daardoor in strijd komen met de opsteller van de akte of met andere personen die zich daarop beroepen: dat is bijvoorbeeld het geval met een wettige erfgenaam die een vordering instelt tot inkorting van een schenking of van een legaat (Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953,

- 256; Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 167; Cass. 20 november 1964, *JT* 1965, 138; Rb. Turnhout 14 maart 1997, *T.Not.* 1999, 95);
- de rechtsopvolgers ten bijzondere titel van een van de partijen bij de akte, zijnde degenen die met een van die partijen hebben gehandeld met betrekking tot het voorwerp van de rechtshandeling die in de akte is neergelegd, bijvoorbeeld de koper van een onroerend goed die wordt geconfronteerd met een huurcontract dat betrekking heeft op het verkochte goed (zie art. 1743 BW en art. 9 woninghuurwet; vgl. Cass. 10 februari 1944, *Arr.Cass.* 1944, 98), of, de opeenvolgende kopers van eenzelfde onroerend goed in hun onderlinge verhouding (Rb. Aarlen 16 februari 1989, *JLMB* 1989, 1091, noot F. HERINE), of nog, de overnemer van een schuldvorde-ring (Cass. 11 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 481).

Zijn daarentegen geen derden in de zin van artikel 1328 BW (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 216; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 408, nr. 715; D. MOUGENOT, *La preuve*, 234, nr. 168; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 285-286, nr. 607; H. DE PAGE, *Traité*, 814-816, nr. 794):

- de partijen bij de akte, ongeacht of zij daarbij zelf zijn opgetreden dan wel werden vertegenwoordigd; dat is ook het geval bij wettelijke of gerechtelijke vertegenwoordiging (bv. de voogdij, de voorlopige bewindvoering, de curator over de niet-beheerde nalatenschap...) wanneer de nietigverklaring wordt gevorderd van een door de onbekwame onregelmatig verrichte rechtshandeling;
- hun algemene rechtsopvolgers (erfgenamen, algemene legatarissen en legatarissen te algemene titel, alsook contractueel erfgeëchtigden: art. 1082, 1093 BW), tenzij zij een eigen recht uitoefenen; die algemene rechtsopvolgers treden immers in alle rechten en verplichtingen van hun rechtsvoorgangers;
- de curator wanneer hij de gefailleerde handelaar vertegenwoordigt met betrekking tot (zelfs burgerrechtelijke) overeenkomsten die door laatstgenoemde met derden werden aangegaan (Cass. 4 januari 1851, *Pas.* 1851, I, 82; Cass. 10 december 1925, *Pas.* 1926, I, 106);
- de derde-beslagene in zijn verhouding tegenover de beslagleggende schuldeiser (behalve wat betreft de eigen rechten die de procedure van derdenbeslag aan de schuldeiser toekent): omdat de beslagleggende schuldeiser zich in de plaats stelt van zijn schuldenaar en de situatie van de derde-beslagene niet kan worden verzwaaard in verhouding tot deze die hij heeft tegenover zijn schuldeiser, wordt aangenomen dat de derde-beslagene het bewijs kan leveren dat hij zich van zijn schuld heeft bevrijd, zonder dat hij verplicht is een akte met vaste datum over te leggen in de zin van artikel 1328 BW (Cass. 3 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 266); in de rechtsleer wordt die oplossing evenwel bekritiseerd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2385, nr. 1762);
- de schuldeiser die een zijdelingse vordering instelt: de schuldeiser die optreedt krachtens artikel 1166 BW, handelt uitsluitend in naam van zijn schuldenaar, oefent bijgevolg diens rechten uit en is dus geen derde die zich op artikel 1328 BW kan beroepen wat de onderhandse akten van zijn schuldenaar betreft: erkenningen van schuldvorderingen door zijn schuldenaar gedaan, leveren bijgevolg ook tegenover hem bewijs op van hun datum (Cass. 5 januari 1961, *Arr.Cass.* 1961, 441);
- de fiscus bij het vestigen van taxaties (Rb. Bergen 13 oktober 2004, *Fisc.Koer.* 2005, 424).

Degenen die geen derden zijn in de zin van artikel 1328 BW worden gelijkgesteld met de partijen. Tegenover hen heeft de datum van de onderhandse akte zonder meer bewijskracht. Zij kunnen het tegenbewijs leveren. Maar, conform het gemeen bewijsrecht moeten zij daartoe ook onder 375,00 EUR een akte voorleggen (aangezien tegen of boven de inhoud van een akte moet worden bewezen) of een bekentenis of een gedingbeslissende eed inroepen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 409, nr. 715; D. MOUGENOT, *La preuve*, 235, nr. 168; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 287, nr. 611; H. DE PAGE, *Traité*, 818, nr. 795).

d) De wijze waarop vaste datum wordt verkregen

633 Artikel 1328 BW vermeldt drie formaliteiten of gebeurtenissen die vaste dagtekening verlenen aan een onderhandse akte. Vaste datum kan een onderhandse akte verkrijgen doordat een van de ondertekenaars van de onderhandse akte overleden is, doordat de hoofdinhoud van de onderhandse akte in een authentieke akte herhaald wordt en door de registratie van de onderhandse akte bij de ontvanger der registratierechten. Geen van die formaliteiten heeft voorrang boven de andere (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 276, nr. 586). De opsomming van artikel 1328 BW is limitatief. Andere gebeurtenissen die nochtans ook toelaten zekerheid te verwerven in verband met de datum van de onderhandse akte, komen niet in aanmerking, wat door sommigen wordt betreurd (H. DE PAGE, *Traité*, 820, nr. 798; D. MOUGENOT, *La preuve*, 236, nr. 170; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 292, nr. 358). Dat geldt bijvoorbeeld voor het overlijden van degene die een onderhandse akte, ondertekend door anderen, met de hand heeft geschreven, de overname van de hoofdinhoud van een onderhandse akte in een andere onderhandse akte die vervolgens wordt geregistreerd, gedateerde legalisering van een handtekening op de onderhandse akte of overlijden van de openbare ambtenaar die heeft ingestaan voor die legalisering, een zegel aangebracht door een administratie of door de post, een attest uitgaande van een administratieve of gerechtelijke overheid, bewaargeving aan een notaris, (en zelfs) het verlies door de ondertekenaar van de akte van het gebruik van zijn handen ingevolge amputatie of verlamming... (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-44, nr. 5319; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2386, nr. 1763; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 407, nr. 713; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 275-276, nr. 586).

1. Doordat een van de ondertekenaars van de akte overleden is

634 Het overlijden van om het even welke ondertekenaar van de onderhandse akte komt in aanmerking. Het mag dus bijvoorbeeld ook gaan om het overlijden van een getuige of van de raadsman van een van de partijen. Komen evenwel niet in aanmerking: het overlijden van degene die de akte heeft geschreven, zonder ze te tekenen, of van hem die de handtekeningen naderhand heeft gelegaliseerd (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 277, nr. 590; H. DE PAGE, *Traité*, 819, nr. 797).

635 In geval van overlijden van een van de ondertekenaars staat ingevolge de authentieke overlijdensakte vast dat de onderhandse akte dateert van vóór het overlijden. De onderhandse akte kan onmogelijk nog nadien ondertekend zijn. Niet de datum die voorkomt op de onderhandse akte, doch wel de datum van het overlijden heeft derhalve een vast karakter tegenover derden. Het is op de datum van het overlijden dat de onderhandse akte

vaste dagtekening krijgt (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 217; D. MOUGENOT, *La preuve*, 236, nr. 169; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 277, nr. 589; H. DE PAGE, *Traité*, 819, nr. 797).

2. Indien de hoofdinhoud van de onderhandse akte in een authentieke akte wordt herhaald

636 Het volstaat niet dat de inhoud van de onderhandse akte wordt vermeld in een andere akte die (bv. ingevolge registratie) vaste datum heeft. Vereist is dat die vermelding gebeurt in een authentieke akte. Welke openbaar ambtenaar de authentieke akte heeft verleden (notaris, gerechtsdeurwaarder, magistraat, griffier...), speelt geen rol (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 277, nrs. 591-592). Maar de onderhandse akte moet wel het voorwerp uitmaken van een eigen vaststelling door de openbaar ambtenaar (H. DE PAGE, *Traité*, 820, nr. 797). Zo bijvoorbeeld heeft een schuldbekentenis vaste datum wanneer die in het dagvaardingsexploot van de schuldeiser werd vermeld (Beslagr. Gent 8 april 2004, *T.Not.* 2006, 200).

637 Niet voldoende is dat het bestaan van de onderhandse akte eenvoudig wordt vermeld in de authentieke akte. Vereist is integendeel dat alle substantiële elementen van de onderhandse akte in de authentieke akte worden vastgesteld (Cass. 17 juni 1966, *RW* 1966-67, 553; Cass. 13 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 687; Gent 28 december 2005, *T.Not.* 2008, 44; Rb. Mechelen 16 december 1957, *RW* 1957-58, 1453; Vred. Antwerpen 4 december 1990, *JT* 1991, 569). Betwistingen omtrent de inhoud van de onderhandse akte moeten immers worden vermeden. Zo verleent de verklaring in een authentieke verkoopsakte van een onroerend goed dat de koper kennis heeft genomen van de inhoud van een bestaande huurovereenkomst, geen vaste datum aan de onderhandse akte houdende die huurovereenkomst (Vred. Doornik 7 juni 2011, *JLMB* 2012, 1913). Wanneer de onderhandse akte evenwel als bijlage gehecht is aan de authentieke akte en deze laatste dat als dusdanig vaststelt, heeft de onderhandse akte wel vaste dagtekening.

638 In dat geval geniet de onderhandse akte van de authenticiteit gehecht aan de datum van de authentieke akte waarin haar hoofdinhoud wordt herhaald (bv. een proces-verbaal van verzegeling of van boedelbeschrijving). Tot betichting van valsheid staat dan immers vast dat de onderhandse akte bestond op de datum van de authentieke akte (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 217; D. MOUGENOT, *La preuve*, 236, nr. 169; H. DE PAGE, *Traité*, 819, nr. 797).

3. Door de registratie van de onderhandse akte bij de ontvanger der registratierechten

639 De registratie is de meest voorkomende wijze waarop onderhandse akten tegenover derden een vaste dagtekening verkrijgen. Zij hangt immers uitsluitend af van de wil van de partijen, terwijl de andere twee gebeurtenissen min of meer op het toeval berusten (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 407, nr. 713; D. MOUGENOT, *La preuve*, 236, nr. 169; H. DE PAGE, *Traité*, 819, nr. 797).

640 De registratie is in eerste orde een fiscale verplichting die geldt voor bepaalde overeenkomsten en die wordt geregeld door het koninklijk besluit nr. 64 van 30 november 1939 houdende het Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten. Toch kan om het even welk geschrift ter registratie worden aangeboden bij de ontvanger der registratierechten. Artikel 1328 BW regelt evenwel enkel het bewijs van de datum van onderhandse akten tegenover derden, niet van andere geschriften. De registratie moet niet noodzakelijk uitgaan van de Belgische overheid (Luik 14 juli 1942, *Pas.* 1943, II, 31).

641 De registratie impliceert op burgerrechtelijk vlak een procedé van certificatie van de datum van onderhandse akten, dat theoretisch bestaat in het overschrijven van de akte in een register dat wordt bijgehouden door de administratie der registratie en dat aanleiding geeft tot het heffen van een belasting. Praktisch komt het hierop neer dat een van de partijen twee originelen van de onderhandse akte voorlegt aan de ontvanger van registratie, die er de datum van voorlegging op aanbrengt en één exemplaar aan de partij terugbezorgt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 276, nr. 588). Enkel de onderhandse akte die ter registratie wordt aangeboden krijgt vaste dagtekening, niet de akte(s) waarvan de aangeboden onderhandse akte in voorkomend geval melding maakt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 276, nr. 588).

642 Niet de datum die voorkomt op de onderhandse akte, doch wel de datum waarop de fiscale formaliteit heeft plaatsgehad, heeft een vast karakter ten opzichte van derden. De onderhandse akte krijgt dus vaste datum op de datum van de registratie (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 217; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 407, nr. 713; D. MOUGENOT, *La preuve*, 236, nr. 169; H. DE PAGE, *Traité*, 819, nr. 797). Zo heeft een huurovereenkomst betreffende een onroerend goed slechts vaste datum tegenover de verkrijger van dat onroerend goed, mits die overeenkomst werd geregistreerd en vanaf de datum van de registratie. Maar, de vaste datum van een handelshuurovereenkomst gaat niet over op de hernieuwde overeenkomst. Wanneer de hernieuwing plaatsheeft doordat de verhuurder niet heeft geantwoord op de aanvraag van de huurder, moet deze ervoor zorgen dat zijn brief vaste dagtekening krijgt, bijvoorbeeld door registratie (Cass. 17 juni 1966, *Pas.* 1966, I, 1326;

Cass. 13 februari 1976, *Arr.Cass.* 1976, 687; Cass. 11 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 45 en *RW* 1988-89, 1322, noot A. VAN OEVELEN).

e) Niet van openbare orde

643 Artikel 1328 BW is niet van openbare orde (Cass. 10 november 1950, *Arr.Cass.* 1951, 105). Derden kunnen bijgevolg afstand doen van het recht zich te beroepen op het ontbreken van de formaliteiten of gebeurtenissen opgesomd in artikel 1328 BW (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 123, nr. 215). Die afstand kan uitdrukkelijk geschieden, maar ook impliciet. Dat laatste zal het geval zijn wanneer de derde de datum van de onderhandse akte als juist heeft erkend (Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *Rev.dr.rur.* 2001, 223). Die erkenning kan echter niet worden afgeleid uit de enkele kennis door de derde van de werkelijke datum (H. DE PAGE, *Traité*, 810, nr. 792). Verder speelt artikel 1328 BW om dezelfde reden niet wanneer de derde te kwader trouw is, hetgeen het geval is indien de derde kennis heeft van de datum van de onderhandse akte en zich niettemin met bedrieglijk inzicht beroept op de afwezigheid van vaste dagtekening van de akte (Luik 7 november 1933, *JL* 1934, 58). Aangezien artikel 1328 BW niet van openbare orde is, kan de rechter de afwezigheid van vaste dagtekening niet ambtshalve opwerpen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 286, nr. 609).

f) Langs elektronische weg gesloten contracten

644 De aanpassing van de wetgeving ingevolge de ontwikkeling van moderne technieken heeft niet geleid tot een wijziging van artikel 1328 BW. Een onderhandse akte, voorzien van een elektronische handtekening, kan tegenover derden vaste dagtekening verkrijgen ingevolge overlijden van een van haar ondertekenaars of wanneer de hoofdinhoud ervan is overgenomen in een authentieke akte. Elektronische tijdsregistratie (tijdsstempel van een derde vertrouwenspartij) volstaat niet. Daarnaast is elektronische registratie vooralsnog evenwel onmogelijk (J. DUMORTIER, "Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering", in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 232-233, nr. 26). Niettemin wordt inzake langs elektronische weg gesloten contracten verdedigd dat, bij toepassing van artikel 16 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij en de daarin neergelegde theorie van de functionele equivalenten, aan de drie hierboven besproken wijzen van verkrijging van vaste dagtekening een gelijkwaardig elektronisch procedé van certificatie van de datum kan worden toegevoegd dat, in geval van betwisting, aan de beoordeling van de rechter kan worden voorgelegd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2387, nr. 1763; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 36). Om op dit punt rechtszekerheid te bekomen, is een tussenkomst van de wetgever echter aangewezen. Aan de door de verstrekker van een vertrouwensdienst gecertificeerde datum zou

dan dezelfde bewijskracht tegenover derden kunnen worden toegekend als deze die geldt in de drie gevallen bedoeld bij artikel 1328 BW (D. MOUGENOT, "La preuve" in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 169, nr. 194). Bij gebrek aan volmachtbesluiten genomen uiterlijk op 1 december 2007 is de Wet van 15 mei 2007 tot vaststelling van een juridisch kader voor sommige verleners van vertrouwensdiensten (BS 17 juli 2007) dienaangaande een dode letter gebleven.

4. De bewijskracht van de akte en uitlegging

645 Wanneer betwisting bestaat over de betekenis en de draagwijdte van een overeenkomst, moet de rechter overgaan tot uitlegging daarvan door na te gaan wat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen bij die overeenkomst is geweest. Uitlegging van een overeenkomst is een feitelijke kwestie, geen rechtsvraag, zodat de rechter op onaantastbare wijze de betekenis en de draagwijdte van een overeenkomst beoordeelt (Cass. 7 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 494). Indien de uit te leggen overeenkomst is neergelegd in een akte, mag de rechter daarbij de bewijskracht van die akte evenwel niet miskennen (Cass. 21 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 899; Cass. 27 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1355). Zoals hierboven onder de nummers 601 e.v. toegelicht, heeft de akte bewijskracht wat betreft zijn bewoordingen en zijn inhoud, zodat de rechter de wil van de partijen in de bewoordingen en de inhoud van de akte moet zoeken (Cass. 24 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 972).

646 Wanneer de rechter zijn beslissing op een akte laat steunen, gaat het Hof van Cassatie enkel na of de rechter aan de bewoordingen ervan al dan niet hun gebruikelijke zin heeft toegekend en, zo niet, of enerzijds de gegeven uitlegging met die bewoordingen bestaanbaar is gelet op de betekenis die de rechter er aan gegeven heeft, en anderzijds of de gegeven uitlegging berust op het geheel van de akte dan wel op een deel ervan waaraan de voorkeur werd gegeven (Cass. 28 januari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 114). In dat verband moet worden opgemerkt dat het cassatiemiddel van de miskening van de bewijskracht van de akte enkel ontvankelijk is indien de akte in kwestie aan de feitenrechter werd medegedeeld én hetzij in het dossier van het Hof werd opgenomen, hetzij in de bestreden beslissing werd overgenomen (Cass. 12 juni 1890, *Pas.* 1890, I, 229; Cass. 2 december 1918, *Pas.* 1919, I, 8; Cass. 30 december 1918, *Pas.* 1919, I, 50; Cass. 8 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1128; Cass. 27 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1981; Cass. 6 november 2008, *Pas.* 2008, 2495; Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1495; Cass. 23 november 2010, *Pas.* 2010, 3000).

647 Van miskening van de bewijskracht van een akte is geen sprake, wanneer de uit te leggen over-

eenkomst niet is neergelegd in een akte. Een woordenboek waarnaar de rechter verwijst om de betekenis van een woord te bepalen, vormt geen akte die hem ter interpretatie is voorgelegd en geeft geen aanleiding tot een toetsing van de eerbiediging van de bewijskracht van de akten (Cass. 8 december 2008, *TBBR* 2011, 465). Een wet in de zin van artikel 608 Ger.W. zoals bijvoorbeeld een reglement is al evenmin een akte, zodat de rechtsregels in verband met de bewijskracht van akten niet van toepassing zijn op de uitlegging van een reglement (Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980, 869; Cass. 23 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 371; Cass. 29 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1119; Cass. 11 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 806; Cass. 9 mei 2008, *FJF* 2009, 747, noot; Cass. 14 november 2008, *Pas.* 2008, 2560). Aangezien de bewijskracht van een akte het respect is dat men moet hebben voor wat bij geschrift is vastgesteld, kan er alleen miskenning zijn van de bewijskracht van een foto als bijlage van een geschrift in zoverre die foto met de tekst in commentaar één geheel vormt (Cass. 26 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 210).

Teneinde van een akte een juiste uitlegging te geven, kan de rechter steunen, niet enkel op de bewoordingen zelf van die akte, doch ook op andere feitelijke gegevens die de juiste draagwijdte van de gebruikte bewoordingen toelichten (Cass. 19 september 1946, *Arr.Cass.* 1946, 296; Cass. 27 mei 2008, *Pas.* 2008, 1319). De rechter miskent de bewijskracht van de akte niet door zich bij de uitlegging van een overeenkomst tussen de partijen eerder te steunen op hun gemeenschappelijke bedoeling dan zich aan de letterlijke betekenis van de bewoordingen van de akte te houden (Cass. 7 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 36; Cass. 22 april 2010, *Pas.* 2010, 1205).

De schending van de bewijskracht van een akte betreft de uitlegging van de bewoordingen daarvan, eventueel in samenhang met de stukken naar dewelke de akte verwijst. Ze betreft niet de juridische of feitelijke gevolgtrekking die de rechter uit de door hem uitgelegde akte maakt zonder miskenning van de zin of de draagwijdte daarvan (Cass. 27 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1188; Cass. 20 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81; 690; Cass. 23 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 965; Cass. 2 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1044; Cass. 3 april 2000, *Arr.Cass.* 2000, 693; Cass. 26 april 2011, *Pas.* 2011, 1147, 411). Als de rechter een zelfs verkeerde gevolgtrekking maakt uit een vonnis, dan gaat het bijgevolg niet om de miskenning van de bewijskracht van een akte (Cass. 18 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1443; Cass. 13 april 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1020; Cass. 10 maart 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 795).

Ook miskent de rechter de bewijskracht van de akten niet door aan de stukken, die hem op regelmatige wijze zijn overgelegd, een uitlegging te geven die niet onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, ook al is van die akte een andersluidende uitlegging mogelijk (Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1314; Cass. 15 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 643 en *TRV* 2004, 686, noot J. VANANROYE; Cass. 18 oktober 2007, *Rec.gén.enr.not.*

2008, 112, concl. I.C.). Hij miskent de bewijskracht van een akte al evenmin door het enkele feit dat hij de bewoordingen van die akte uitlegt op een wijze die verschilt van de normale betekenis van die bewoordingen, wanneer hij die uitlegging motiveert (Cass. 10 oktober 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 150, noot), of, door het enkele feit dat de rechter de akte anders uitlegt dan de partij die ze heeft aangevoerd (Cass. 6 juni 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1376; Cass. 19 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 808 en *JT* 1988, 25, noot J. VAN COMPERNOLLE; Cass. 12 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1102; Cass. 23 november 1995, *Arr.Cass.* 1995, 1029; Cass. 7 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 494; Cass. 5 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 648; Cass. 19 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1615; Cass. 14 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 280).

De bewijskracht van een akte wordt al evenmin miskend door het arrest dat die akte ter zijde laat omdat zij fictief en gesimuleerd is (Cass. 10 februari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 872).

648 Maar de bewijskracht van een akte wordt miskend wanneer de rechter beslist dat het stuk waarnaar verwezen wordt een vermelding bevat die er niet in voorkomt of geen vermelding bevat die er wel in voorkomt (Cass. 14 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1199; Cass. 12 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1102; Cass. 5 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 648; Cass. 8 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1593; Cass. 19 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1615; Cass. 26 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1652; Cass. 14 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 280; Cass. 19 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2223; Cass. 22 juli 2008 *Pas.* 2008, 1791; Cass. 2 september 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 346; Cass. 8 december 2010, *Pas.* 2010, 3142, concl. J. LECLERCQ).

De rechter mag aan de vermeldingen van de akte ook geen uitlegging geven die onverenigbaar is met hun inhoud, hun zin en hun draagwijdte (o.a. Cass. 31 oktober 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 250; Cass. 29 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 706; Cass. 15 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1084; Cass. 13 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1196, concl. E. KRINGS; Cass. 24 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1131; Cass. 12 juni 1995, *Arr.Cass.* 1995, 598; Cass. 5 mei 1999, *Arr.Cass.* 1999, 621; Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424; Cass. 23 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2826; Cass. 11 september 2006, *Soc.Kron.* 2008, 311; Cass. 19 november 2007, *Pas.* 2007, 2053; Cass. 14 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 123; Cass. 23 oktober 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2462; Cass. 9 december 2010, *Pas.* 2010, 3170; Cass. 4 april 2011, *T.Verz.* 2011, 448, noot E. VAN DEN HOUT). Zo bijvoorbeeld wordt de bewijskracht van een schenkingsakte miskend door het vonnis waarin de rechter op bepaalde woorden van die akte steunt om eruit af te leiden dat daarin een erfdiensbaarheid van overgang wordt bevestigd, zonder acht te slaan op andere passages van dezelfde akte volgens dewelke onder andere de schenker zich op eigen risico tegen elke erfdiensbaarheid kon verzetten en het beding aan wie dan ook niet meer rechten kon geven dan hij reeds bezat (Cass. 7 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 319).

§ 3. De met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften

649 Met de onderhandse akte worden onder bepaalde voorwaarden twee soorten geschriften gelijkgesteld:

- de ondertekende onregelmatige authentieke akte;
- ondertekende brieven en e-mails.

A. DE ONDERTEKENDE ONREGELMATIGE AUTHENTIEKE AKTE

650 Artikel 1318 BW bepaalt dat, in geval van onbevoegdheid of van onbekwaamheid van de openbaar ambtenaar door wie of voor wie de akte werd verleden of in geval van een gebrek in de vorm, de akte geen rechtsgeldige authentieke akte is. De wet voegt daaraan toe dat in dat geval de akte wel nog geldt als onderhandse akte (de wet spreekt van geschrift), op voorwaarde dat ze door de partijen (die zich daarbij hebben verbonden) ondertekend is (H. DE PAGE, *Traité*, 787-788, nr. 768). Een gelijkkluidende bepaling is, inzonderheid voor notariële akten, te vinden in artikel 114 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt.

651 De *ratio legis* van artikel 1318 BW is de bedoeling van de wetgever om de onregelmatige authentieke akte als bewijsmiddel te redden in het belang van de partijen. Het is inderdaad niet meer dan redelijk de partijen niet te sanctioneren omwille van fouten begaan door de openbaar ambtenaar (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 246, nr. 265).

652 Dat neemt niet weg dat de tekst van artikel 1318 BW misleidend is want te algemeen en te ongenueanceerd geformuleerd. De gelijkstelling van de onregelmatige authentieke akte met de onderhandse akte geldt slechts onder bepaalde voorwaarden en dus niet automatisch, ook en zelfs in de gevallen vermeld in artikel 1318 BW.

Zo kan van gelijkstelling in de hierboven bedoelde zin enkel sprake zijn in geval van onbevoegdheid van de openbaar ambtenaar naar de plaats (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 398, nr. 699, voetnoot 99) of ten aanzien van een van de partijen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 398, nr. 699, voetnoot 100). De onregelmatige authentieke akte geldt integendeel niet als onderhandse akte, wanneer de akte niet door de ambtenaar zelf werd verleden, maar bijvoorbeeld door een klerk in plaats van door de notaris (H. DE PAGE, *Traité*, 790, nr. 769), of nog, wanneer de ambtenaar volstrekt onbevoegd is (bv. een verkoopakte verleden door een gerechtsdeurwaarder). Ook in geval van absolute onbevoegdheid *ratione personae* (bv. de notaris die zelf als partij optreedt of de griffier, zelf partij, die een verklaring van hoger beroep aflegt en ontvangt), geldt de onregelmatige authentieke akte niet als onderhandse akte (Cass. 21 april 1913, *Pas.* 1913, I, 201; H. DE PAGE, *Traité*, 790, nr. 769). Al evenmin kan sprake zijn van gelijkstelling met een onder-

handse akte in geval van onbekwaamheid van de openbaar ambtenaar (bv. de authentieke akte verleden door een afgezette openbaar ambtenaar).

Ook bij vormgebreken kan de onregelmatige authentieke akte in bepaalde gevallen gelden als onderhandse akte. Dat is bijvoorbeeld het geval met de authentieke akte waarin de notaris vermeldt dat de partijen of de getuigen in zijn bijzijn hebben ondertekend, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 229, nr. 485, voetnoot 98; anders: R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 398, nr. 699). Zo ook werd geoordeeld dat ingevolge de niet-naleving van de vormvereisten die voor het opstellen van een openbaar testament op straffe van nietigheid voorgeschreven zijn (gebrek aan vermelding van de volledige identiteit van een van de getuigen), de akte haar authenticiteit verliest en slechts kan gelden als onderhandse akte (waaruit het bewijs van een internationaal testament kan blijken) (Antwerpen 29 januari 2001, *AJT* 2001-02, 898).

Geen gelijkstelling van de onregelmatige authentieke akte met een onderhandse akte is evenwel aan de orde in de hiernavolgende gevallen:

- bij geringe vormgebreken, dit wil zeggen wanneer het vormgebrek niet voldoende belangrijk is om de essentiële kenmerken van de akte als authentieke akte aan te tasten (bv. bij aanwending van cijfers in plaats van letters, bij afwezigheid van nummering en parafering van één bladzijde...), in welk geval de akte als authentieke akte blijft gelden en er alleen aanleiding bestaat tot sanctionering van de openbaar ambtenaar (Bergen 17 maart 1981, *Rev.not.b.* 1981, 436, noot R. DE VALKENEER; H. DE PAGE, *Traité*, 790, nr. 769);
- bij substantiële vormgebreken, dit wil zeggen wanneer integendeel het vormgebrek van aard is om het bestaan zelf van de akte aan te tasten (bv. bij afwezigheid van de partijen of van de getuigen), in welk geval de akte ook niet geldt als onderhandse akte; of de ondertekening door de openbaar ambtenaar al dan niet van aard is om het bestaan zelf van de akte in het gedrang te brengen, wordt betwist (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2347, nr. 1726; anders: N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 229, nr. 484, voetnoot 96; H. DE PAGE, *Traité*, 790, nr. 769).

Behalve wanneer de wet zelf uitdrukkelijk in een welbepaalde sanctie voorziet, behoort het aan de rechter te beoordelen of er sprake is van geringe onregelmatigheden zonder gevolgen, dan wel om substantiële onregelmatigheden die de nietigheid van de akte als authentieke akte dan wel als akte *tout court* tot gevolg hebben (vgl. Bergen 17 maart 1981, *Rev.not.b.* 1981, 436, noot R. DE VALKENEER; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 227, nr. 480; D. MOUGENOT, *La preuve*, 154, nr. 91; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 227, nr. 480; H. DE PAGE, *Traité*, 787, nr. 768 en 789, nr. 769).

In ieder geval kan de onregelmatige authentieke akte slechts gelden als onderhandse akte op voorwaarde dat zij ondertekend is door de partijen tegen wie ze wordt ingeroepen (tot bewijs van de verbintenissen die zij hebben aangegaan). Het is evident dat de gelijkstelling van de onregelmatige authentieke akte met de onderhandse akte vereist dat het hoofdkenmerk van de onderhandse akte, zijnde de handtekening van de partij die zich daarbij verbonden heeft, voorhanden is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 153, nr. 91; H. DE PAGE, *Traité*, 791, nr. 770).

653 Wanneer de authentieke akte wegens onbevoegdheid of onbekwaamheid van de openbaar ambtenaar of wegens vormgebreken nietig is, maar niettemin geldt als onderhandse akte, is ze in principe onderworpen aan dezelfde rechtsregels als de onderhandse akte. Ze heeft dezelfde bewijskracht (art. 1322 BW). De artikelen 1323-1324 en 1328 BW zijn erop van toepassing.

De toestand is alleen anders ten aanzien van die wetsbepalingen die onverenigbaar zijn met het door artikel 1318 BW nagestreefde doel. Vandaar dat de artikelen 1325 en 1326 BW niet gelden. Met die bepalingen konden de partijen bij de redactie van de gebrekkige akte geen rekening houden. Zij hadden immers het opstellen van een authentieke akte voor ogen, terwijl deze wetsbepalingen uit hun aard vreemd zijn aan een dergelijke akte. Een andersluidend standpunt zou elke praktische betekenis aan artikel 1318 BW ontnemen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 104, nr. 167; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 246, nr. 266). Sommigen zien daarin de reden waarom de wetgever in artikel 1318 BW en in artikel 114 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt niet gewaagt van een onderhandse akte, doch enkel van een onderhands geschrift (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 398, nr. 699, voetnoot 97). Anderen spreken daarom van een akte *sui generis* (H. DE PAGE, *Traité*, 791, nr. 770).

654 In de gevallen bedoeld door artikel 1318 BW is in principe enkel de geldigheid van het *instrumentum* (het bewijsmiddel) aangetast, niet dat van het *negotium* (de rechtshandeling) dat in voorkomend geval (bv. wanneer het bestaan zelf van de akte aangetast is) kan worden bewezen door alle andere toegelaten bewijsmiddelen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 227, nr. 481; H. DE PAGE, *Traité*, 788, nr. 769; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 246, nr. 266). Daartoe komen de bekentenis en de gedingbeslissende eed in aanmerking. In ieder geval kan de onregelmatige authentieke akte ook gelden als begin van bewijs door geschrift, mits aan de voorwaarden van artikel 1347 BW is voldaan (Cass. 22 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 398; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 229, nr. 484; H. DE PAGE, *Traité*, 791, nr. 770 en 792, nr. 772).

Bewijs met andere toegelaten bewijsmiddelen is evenwel uitgesloten bij plechtige contracten (bv. schenking, hypotheek, huwelijkscon-

tract...) wanneer de authentieke akte een geldigheidsvereiste van de overeenkomst is. In dat geval is de rechtshandeling zelf nietig, zodat de onregelmatige authentieke akte hoe dan ook niet kan gelden als onderhandse akte en het bewijs van de rechtshandeling ook niet op een andere wijze kan gebeuren, dit bij toepassing van het adagium *Forma dat esse rei* (bv. Luik 17 april 1986, *Rev.not.b.* 1986, 465 inzake niet-goedgekeurde schrappingen in een deurwaardersexploot; H. DE PAGE, *Traité*, 789, nr. 769).

B. DE ONDERTEKENDE BRIEVEN EN E-MAILS

655 Onder brief moet worden verstaan het geschreven bericht uitgaande van een persoon (de opsteller van de brief) en gericht aan een andere persoon (de bestemming van de brief) met de bedoeling hem een mededeling te doen (Bergen 25 juni 1990, *TRV* 1990, 382, noot; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2389, nr. 1766; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 124, nr. 218; D. MOUGENOT, *La preuve*, 240, nr. 177). De brief is dus een geschrift bestemd om twee personen met elkaar in correspondentie te brengen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 288, nr. 613). Niet van belang daarbij is in principe hoe de brief in het bezit komt van de bestemming: verzending via een tussenpersoon (de post of een koerier) of rechtstreekse afgifte door de auteur aan de bestemming.

656 Het hoeft geen betoog dat de brief in het moderne rechtsverkeer een belangrijke rol speelt. Niet alleen in handelszaken, doch ook tussen particulieren worden bijzonder veel aangelegenheden per brief geregeld. Dat heeft hiermee te maken dat de brief een eenzijdige wilsuiting kan bevatten, terwijl briefwisseling wilsovereenstemming kan impliceren. In het Burgerlijk Wetboek wordt de brief niettemin niet geregeld. Enkel in artikel 1985 BW (inzake de wijze waarop een volmacht kan worden verleend) komt de brief ter sprake. In het Wetboek van Koophandel wordt de brief alleen fragmentarisch behandeld. In handelszaken doen zich daarmee op bewijsrechtelijk vlak nauwelijks problemen voor, aangezien daar de zogenaamde vrijheid van bewijs geldt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 246, nr. 183). De toestand is anders in burgerlijke zaken. Ingevolge het stilzwijgen van de wetgever doet zich hier het probleem voor van de kwalificatie van de brief als bewijsmiddel.

657 Algemeen wordt aangenomen dat in burgerlijke zaken de brief in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden gelijk te stellen is met de onderhandse akte (Luik 28 oktober 1946 *RCJB* 1948, 70, noot J. FALLY; Bergen 19 maart 1980, *Rev.not.b.* 1980, 257, noot J. SACE; Bergen 18 februari 1981, *Pas.* 1981, II, 69, noot; Luik 4 december 1985, *JL* 1986, 113; Rb. Brussel 28 juni 1989, *RRD* 1991, 137; Rb. Luik 15 november 1993, *JLMB* 1994, 1465; Vred. Oostende 9 oktober 1997, *TWVR* 2000, 135; Pol. Gent 26 april 2004, *RW* 2006-07, 35; H. DE PAGE, *Traité*, nr. 846 e.v.; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*,

680-681; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 174, voetnoot 130; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 224, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2390, nr. 1767; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 124, nr. 218 en 127, nr. 227; D. MOUGENOT, *La preuve*, 243-244, nr. 179; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 299, nr. 363).

Om met een onderhandse akte te worden gelijkgesteld moet de brief alle algemene vormvereisten daarvan vertonen. Het moet gaan om een geschrift, dat alle elementen van het *negotium* waarop het betrekking heeft volledig bewijst en dat ondertekend is (Bergen 19 maart 1980, *Rev.not.b.* 1980, 257, noot J. SACE; Rb. Brussel 28 juni 1989, *RRD* 1991, 137; Rb. Luik 15 november 1993, *JLMB* 1994, 1465; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 226; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 295, nr. 638; H. DE PAGE, *Traité*, 869, nr. 847).

Vooraf de aanwezigheid van de handtekening van zijn auteur, zijnde het hoofdkenmerk van de onderhandse akte, verantwoordt de gelijkschakeling als bewijsmiddel van de brief met de onderhandse akte. De handtekening bewijst de wilsuiting van zijn ondertekenaar om zich bij de brief te verbinden (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 421, nr. 737). Om reden van de aanwezigheid van die handtekening heeft geen belang wie de brief opgesteld heeft. De vereiste van het voorhanden zijn van een handtekening verklaart ook waarom telegrammen, telexen en telefaxberichten niet voor gelijkschakeling met onderhandse akten in aanmerking komen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 288, nr. 613, voetnoot 1; H. DE PAGE, *Traité*, 874, nr. 850).

Aan de vereiste van volledigheid kan worden voldaan door een enkele brief (bv. inzake eenzijdige rechtshandelingen, of nog, inzake contracten door een door de bestemming tegengetekende brief), maar komt ook briefwisseling in aanmerking. Opdat de brief als bewijsmiddel zou kunnen gelijkgesteld worden met de onderhandse akte moet hij in ieder geval inhoudelijk voldoende duidelijk zijn (H. DE PAGE, *Traité*, 871-872, nr. 848). Die duidelijkheid kan soms te wensen overlaten omdat de brief niet steeds met dezelfde zorg wordt opgesteld als een akte. In geval van betwisting beoordeelt de rechter de pertinentie van de brief in het licht van het te bewijzen feit. Daarbij mag de rechter aan de brief geen betekenis geven die onverenigbaar is met zijn inhoud (Cass. 13 november 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 293, noot).

De gelijkstelling als bewijsmiddel van de brief met de onderhandse akte geldt enkel voor zover de brief door de bestemming daarvan wordt ingeroepen tegen zijn auteur.

Wanneer de brief wordt ingeroepen door een derde tegen de auteur, is gelijkschakeling met een onderhandse akte uitgesloten omdat de wil van de auteur daartoe ontbreekt en kan de brief slechts gelden als een buitengerechtigde bekentenis (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 128, nr. 227; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 297, nr. 644; H. DE PAGE, *Traité*, 873, nr. 849; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 299, nr. 363).

Ook wanneer de brief door zijn auteur wordt ingeroepen tegenover de bestemming of tegenover een derde (bv. tot bewijs van de aanvaarding van een aanbod dat voordien door de bestemming werd geformuleerd, van een in-

gebrekestelling, van een opzegging...), kan van gelijkstelling van de brief met de onderhandse akte geen sprake zijn, bij gebrek aan handtekening van de bestemming tegenover wie de brief wordt ingeroepen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 294, nr. 634, maar zie 296, nr. 643; anders: F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 227).

In dat laatste geval is het mogelijk dat de bestemming van de brief of een derde tegenover wie de brief wordt ingeroepen, de verzending of de ontvangst daarvan (door de bestemming) betwist. De auteur van de brief draagt dan de bewijslast van de verzending en de ontvangst van de brief. Aangezien het hier gaat om rechtsfeiten kan aan die bewijslast worden voldaan door alle middelen van recht. Wel moet daarbij rekening worden gehouden met de cassatierechtspraak waarbij wordt geoordeeld dat de rechter slechts feitelijke vermoedens kan aannemen, wanneer zij hem zekerheid geven omtrent het bestaan van het vast te stellen feit (zie o.m. Cass. 16 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1407; Cass. 23 oktober 2008, *JLMB* 2009, 1334). Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat het bewijs van de kennisgeving betreffende het voornemen van de verzekeraar om verhaal uit te oefenen zoals bedoeld bij artikel 88, tweede lid wet landverzekeringsovereenkomsten, door alle middelen van recht mag gebeuren, maar dat de kopie van de brief houdende dat voornemen tot verhaal waarvan de verzekerde ontkent deze ontvangen te hebben, niet volstaat indien geen bewijs van de aangetekende zending kan worden voorgelegd (Pol. Brugge 21 juni 2012, *VAV* 2012, 398, noot J. MUYLDERMANS). Om in dit verband bewijsproblemen te voorkomen, is voor de auteur van de brief de meest aangewezen oplossing een beroep te doen op de aangetekende vorm met ontvangstbevestiging (zie art. 131, 9° van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 126, nr. 225; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 294, nr. 635). Weigert de bestemming de aangetekende brief in ontvangst te nemen, dan zal hem dit in principe niet toelaten de gevolgen van de kennisgeving te ontlopen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 244, nr. 180).

Ook de inhoud van de brief moet worden bewezen door zijn auteur. Alweer gaat het om een feitenkwestie die met alle middelen van recht (bv. door voorlegging van een afschrift) kan worden bewezen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 225). Wanneer degene tegen wie de brief wordt ingeroepen beweert dat het voorgelegde afschrift inhoudelijk afwijkt van het origineel, kan de rechter de voorlegging van dat origineel bevelen (art. 877 e.v. Ger.W.). Verdedigd wordt dat ingeval de bestemming of de derde beweert dat de ontvangen briefomslag leeg was, hij niet mag worden geloofd wanneer de bestemming heeft nagelaten te protesteren en geen enkel bewijs aanbrengt van zijn bewering (D. MOUGENOT, *La preuve*, 244, nr. 180). In het gedrag van de bestemming kan een feitelijk vermoeden worden gezien (H. DE PAGE, *Traité*, 874, nr. 850). In dergelijk

geval kan de rechter ook de aanvullende eed opdragen aan een van de partijen (Cass. 7 januari 1943, *Pas.* 1943, I, 9).

658 Wanneer de brief als bewijsmiddel met de onderhandse akte wordt gelijkgesteld, is hij in principe onderworpen aan de wetsbepalingen die gelden voor de onderhandse akte. Bijgevolg worden op brieven de bepalingen van de artikel 1322-1324 BW toegepast. Zij genieten van dezelfde bewijskracht als de onderhandse akte (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 421, nr. 737; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 296, nr. 643; H. DE PAGE, *Traité*, 871, nr. 848).

De bijzondere vormvoorwaarden die enkel gelden voor bepaalde onderhandse akten zijn enkel van toepassing op brieven, voor zover ze verenigbaar zijn met de aard daarvan.

Brieven die wederkerige overeenkomsten bevatten, zijn om die reden niet onderworpen aan artikel 1325 BW. Brieven lenen zich omwille van hun aard immers niet tot toepassing van die wetsbepaling. Naleving van artikel 1325 BW is materieel onmogelijk wanneer elke partij slechts in het bezit is van de brief, in één exemplaar, ondertekend door zijn correspondent. Brieven worden inderdaad nooit in meerdere originelen opgesteld. Eén door de auteur ondertekend origineel wordt verstuurd, terwijl een afschrift wordt bewaard. Noch het origineel, noch het afschrift, dragen de handtekening van de bestemming (Luik 28 oktober 1946, *Pas.* 1947, II, 7; Bergen 19 maart 1980, *Rev.not.* 1980, 257, noot J. SACE; Luik 15 maart 2000, *TBBR* 2001, 176; Kh. Charleroi 12 juni 1974, *Rec.gén.enr.not.* 1975, 56; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 135, nr. 151; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 226; J. FALLY, “Les lettres missives” (noot onder Luik 28 oktober 1946), *RCJB* 1948, 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 295, nr. 639; H. DE PAGE, *Traité*, 870, nr. 846; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 296, nr. 361). Bovendien is de *ratio legis* van artikel 1325 BW hier niet voorhanden, zijnde de bescherming van een van de contractpartijen tegen ongelijkheid in de mogelijkheid tot bewijsvoering wanneer alleen de andere contractpartij in het bezit mocht worden gelaten van het enkele exemplaar van het geschrift dat de wederkerige overeenkomst vaststelt. Dat gevaar op ongelijkheid is uitgesloten wanneer beide contractpartijen slechts de beschikking hebben over een onvolledig bewijsmiddel en enkel het naast elkaar leggen van die onderscheiden bewijsmiddelen het bestaan van de wederkerige overeenkomst kan aantonen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 245, nr. 181). In dit verband zal de verplichting van de partijen tot samenwerking in de bewijsvoering een belangrijke rol kunnen spelen: iedere partij is ertoe gehouden het door haar ontvangen origineel voor te leggen, zodanig dat de originelen elkaar aanvullen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 421, nr. 737; H. DE PAGE, *Traité*, 871, nr. 847).

Artikel 1326 BW geldt daarentegen wel voor brieven die eenzijdige schuldbekentenissen bevatten (vgl. Vred. Etterbeek 10 mei 2004, *T.Vred.* 2010, 258, noot X.). Niets belet de toepassing van die wetsbepaling op brieven. Ofwel is de brief geheel geschreven met de hand van de onderkenaar, ofwel bevat hij de handgeschreven vermelding “goed voor” of “goedgekeurd voor” met vermelding van het bedrag voluit in letters (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 226; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 421, nr. 737; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 296, nr. 640; D. MOUGENOT, *La preuve*, 245, nr. 181-1; H. DE PAGE, *Traité*, 869-870, nr. 847; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 296, nr. 361). Hetzelfde geldt voor de vermelding “gelezen en goedgekeurd” die door bepaalde bijzondere wetten wordt voorgeschreven.

Ook artikel 1328 BW is van toepassing op brieven, behalve in handelszaken (Cass. 19 maart 1970, *Arr.Cass.* 1970, 685; Vred. Antwerpen 30 juni 1992, *T. Not.* 1992, 539; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 226; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 297, nr. 645; D. MOUGENOT, *La preuve*, 246, nr. 182; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 296, nr. 361). Tegenover derden hebben brieven waarbij overeenkomsten worden vastgesteld slechts vaste datum in de gevallen bedoeld bij artikel 1328 BW. Zo werd geoordeeld dat, wanneer hernieuwing van een handelshuurovereenkomst geschied is bij briefwisseling tussen de huurder en de verhuurder, de huurder die de nieuwe huurovereenkomst aan derden wil kunnen tegenwerpen, in beginsel het nodige moet doen om er vaste datum aan te geven (Cass. 11 september 1987, *RW* 1988-89, 1322, noot A. VAN OEVELEN). Vaste datum wordt niet verkregen doordat de brief onder aangetekende vorm werd verstuurd (H. DE PAGE, *Traité*, 873, nr. 849).

659 Brieven die niet voldoen aan de voorwaarden om als bewijsmiddel met onderhandse akten te worden gelijk gesteld, kunnen gelden als begin van bewijs door geschrift. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn met de brief die enkel melding maakt van de te bewijzen rechtshandeling, zonder zelf de elementen van die rechtshandeling te bevatten (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 288, nr. 616). Een ander voorbeeld is de brief die een eenzijdige schuldbekentenis bevat, maar niet voldoet aan artikel 1326 BW (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 296, nr. 640; D. MOUGENOT, *La preuve*, 245, nr. 181-1; H. DE PAGE, *Traité*, 870, nr. 847). Ook de brief die niet ondertekend is, kan als begin van bewijs door geschrift gelden, mits is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1347 BW (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 297, nr. 643; H. DE PAGE, *Traité*, 869, nr. 847; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 299, nr. 363).

660 Anderzijds kan de door de bestemming ingeroepen brief tegenover de auteur ervan ook de bewijskracht van een buitengerechtigde bekentenis genieten (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 127, nr. 227; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 296,

nr. 643). Gelet op de gelijkshakeling van de brief met de onderhandse akte wordt op bewijsvlak een verwijzing naar de buitengerechtelijke bekentenis in deze hypothese soms evenwel overbodig geacht (H. MINJAUW en J. VANDEN-DRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-97, nr. 5498; H. DE PAGE, *Traité*, 872, nr. 848). Niettemin is de bewijskracht in beide gevallen verschillend (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 289, nr. 619, voetnoot 3).

661 Zoals elk bewijsmiddel moeten ook brieven een geoorloofd karakter hebben. Inzonderheid inzake brieven spelen in dit verband tal van wettelijke bepalingen een rol, onder andere artikel 29 Gec.Gw. (inzake het briefgeheim), artikel 460 Sw. (*idem*), meerdere burgerrechtelijke bepalingen inzake het eigendomsrecht en ook het auteursrecht. Twee aspecten spelen daarbij een vooraanstaande rol: het al dan niet confidencieel karakter van de brief en het al dan niet rechtmatig karakter van de verkrijging van de brief (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 124, nr. 220; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 290, nr. 622). De problematiek wordt verder in titel VI, hoofdstuk I uitvoerig onderzocht. Hier wordt ermee volstaan te vermelden dat een aan een derde gerichte brief in principe als bewijsmiddel in rechte kan worden aangewend, mits degene die hem aanwendt er op wettige wijze in het bezit van is geraakt (Cass. 19 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 92).

662 Wat de elektronische omgeving betreft, gelden *mutatis mutandis* dezelfde regels. Er moet derhalve sprake zijn van een geschrift dat toerekenbaar en onveranderlijk is en dus is voorzien van een elektronische handtekening in de juridische zin. Een eenvoudig e-mailbericht voldoet niet aan deze vereisten. Maar, elektronische post voorzien van een dergelijke elektronische handtekening wordt gelijkgesteld met een traditionele handgeschreven ondertekende brief (D. MOUGENOT, *La preuve*, 244, nr. 179; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 421, nr. 737).

Door de invoering (bij wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure, *BS* 22 december 2000) in het Burgerlijk Wetboek van artikel 2281 heeft de wetgever het specifieke probleem opgelost van de aanwending van moderne communicatietechnieken in de gevallen waarin een kennisgeving verplicht schriftelijk moet gebeuren, bijvoorbeeld een ingebrekestelling of een eenzijdige opzegging. Wanneer een kennisgeving schriftelijk moet gebeuren om door de kennisgever te kunnen worden aangevoerd, wordt ook een kennisgeving per telegram, telex, telefax, elektronische post of enig ander communicatiemiddel dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde, als een schriftelijke kennisgeving beschouwd. Hetzelfde geldt wanneer de kennisgeving slechts daarom niet in een schriftelijk stuk resulteert aan de zijde van de geadresseerde omdat deze een andere wijze van ontvangst hanteert. De kennisgeving gaat in bij ontvangst ervan in de vormen genoemd in het eerste lid. Ontbreekt een handtekening in de zin van artikel 1322, dan kan de geadresseerde de kennisgever zonder onnodig uitstel verzoeken om een

origineel ondertekend exemplaar na te zenden. Doet hij dit niet zonder onnodig uitstel, of gaat de kennisgever zonder onnodig uitstel op dit verzoek in, dan kan de geadresseerde het ontbreken van een handtekening niet aanvoeren. Omdat het niet door de ontvanger kan worden opgeslagen op een wijze die gelijkstaat met een schriftelijk (lees: papieren) stuk, zou een SMS-bericht (alhoewel een vorm van elektronische post) niet kunnen worden beschouwd als een schriftelijke kennisgeving in de zin van artikel 2281 BW, terwijl zulks wel het geval is voor een e-mail of een telefaxbericht (J. DUMORTIER, “Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering”, in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 221, nr. 7).

Inzake aangetekende verzending was er de wet van 13 december 2010 (*BS* 31 december 2010) tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en tot wijziging van de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, inzonderheid de artikelen 38 tot 53 daarvan. Door die wet van 13 december 2010, waarvan het onderdeel inzake elektronische aangetekende zendingen (zijnde elke dienst van elektronische gegevensoverdracht die bestaat in het waarborgen op forfaitaire basis tegen de risico's van verlies, diefstal of beschadiging van de gegevens, waarbij de afzender, in voorkomend geval op zijn verzoek, een bewijs ontvangt van de afgifte en/of van de bestelling van de zending aan de geadresseerde) pas in werking zou treden vanaf 30 juni 2011 (art. 57), werd de wetgeving aangepast om elektronische aangetekende zendingen (waarbij de bestemming de zending ook in elektronisch formaat ontvangt op zijn computer) mogelijk te maken. Bepaald werd dat wie een mail aangetekend wil verzenden, daartoe een beroep moet doen op een elektronische tussenpersoon (een certificatedienstverlener die voldoet aan bijlage V van de wet) die de aflevering van het bericht kan waarborgen en een geldig bewijs van afgifte aan de verzender bezorgt (F. DECHAMPS, “La fin des incertitudes pour le recommandé électronique: la nouvelle loi du 13 décembre 2010”, *Cah.jur.* 2011, 80-82). Bpost heeft via CertiPost een dergelijk systeem uitgewerkt. Ook andere aanbieders kunnen met deze dienstverlening op de markt komen. Bij artikel 24 van de wet van 31 mei 2011 houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie (*BS* 21 juni 2011) werden de artikelen 38 tot 53 van de wet van 13 december 2010 evenwel met onmiddellijke ingang opgeheven (zie daarover F. COPPENS, “Le recours aux ‘tiers de confiance’ dans les transactions en ligne. Paiement, signature, recommandé et archivage électronique”, *JT* 2012, 810-813).

AFDELING VI

DE BEWIJSMIDDELEN MET EEN VRIJE BEWIJSWAARDE

663 Er zijn drie soorten van bewijsmiddelen met een vrije bewijswaarde: de getuigenverklaringen, de feitelijke vermoedens en een aantal andere geschriften dan de (authentieke en onderhandse) akten, de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften en het begin van bewijs door geschrift (dat geen bewijsmiddel is).

§ 1. Het getuigenbewijs

A. DEFINITIE

664 Het Burgerlijk Wetboek bevat geen definitie van het getuigenbewijs. Onder getuigenbewijs wordt doorgaans verstaan het bewijs dat voortvloeit uit de door een derde die geen procespartij is voor de rechter onder eed afgelegde mondelinge verklaring omtrent een betwist feit in een geding (S. STUJNS, *Verbintenissenrecht*, 175, nr. 238; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 681; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-47, nr. 5328; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2413-1414, nr. 1789; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 137, nr. 248; D. MOUGENOT, *La preuve*, 272, nr. 213; H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 852; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 332-333, nr. 424).

665 De getuigenverklaring gaat uit van de natuurlijke persoon (die geen procespartij is) die het te bewijzen feit met eigen zintuigen (*ex propriis sensibus*) heeft waargenomen (de rechtstreekse getuige die een feit zelf heeft gezien, gehoord, gevoeld, geroken of geproefd, bv. de persoon die aanwezig was bij een telefoongesprek tussen anderen) of ervan kennis heeft gekregen via een andere natuurlijke persoon die het zelf heeft waargenomen of op zijn beurt van anderen heeft vernomen (de onrechtstreekse getuige die het heeft van horen zeggen of de getuige *per relationem*) (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 137, nr. 248; D. MOUGENOT, *La preuve*, 278, nrs. 221 en 222; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 333, nr. 425).

666 Van een getuigenverklaring is slechts sprake in geval van een verklaring afgelegd overeenkomstig de wettelijke pleegvormen. Zij moet derhalve gedaan worden in het raam van een getuigenverhoor (D. MOUGENOT, *La preuve*, 272, nr. 214; H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 852). Het getuigenbewijs veronderstelt het verhoor van de getuige door de rechter, voor wie de getuige zijn verklaring mondeling aflegt en de waarheid ervan beves-

tigt, dit overeenkomstig de procedure van getuigenverhoor uitvoerig geregeld in de artikelen 915-961 Ger.W. (zie omtrent die procedure P. DE BAETS, *Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 347-368, nrs. 454-502).

Zijn derhalve geen getuigenverklaringen bij gebrek aan getuigenverhoor:

- door derden geschreven verklaringen of attesten, zelfs onder eed opgesteld (Brussel 31 oktober 2006, *RGAR* 2008, nr. 14.337; Arbh. Luik 13 oktober 1992, *Soc.Kron.* 1993, 133; Vred. Brussel 22 oktober 1987, *Verkeersrecht* 1988, 73); in voorkomend geval kunnen die wel gelden als feitelijk vermoeden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 281, nr. 227/230; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 137, nr. 249; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 335, nr. 427); het gebruik van dergelijke verklaringen of attesten in een geding verhindert niet dat hun auteur naderhand in dat geding als getuige wordt gehoord; krachtens artikel 937 Ger.W. kan de rechter dergelijke getuige ondervragen over de overhandiging van getuigenschriften of de verklaringen door hem afgelegd betreffende het geding; de recente invoering in het Gerechtelijk Wetboek onder het hoofdstuk "Bewijs" van een nieuwe afdeling *Vbis* met betrekking tot de overlegging van schriftelijke verklaringen van derden (wet van 16 juli 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, met het oog op een vereenvoudiging van de regels van de burgerlijke rechtspleging, *BS* 3 augustus 2012), heeft daaraan niets veranderd; krachtens artikel 961/1 Ger.W. mag de rechter, in gevallen waarin het getuigenbewijs toelaatbaar is, van derden verklaringen in schriftelijke vorm aannemen die hem inzicht kunnen verschaffen in de betwiste feiten waarvan zij persoonlijk weet hebben; de schriftelijke verklaringen worden door de partijen of op verzoek van de rechter overgelegd; zij moeten worden opgesteld door personen die aan de vereiste voorwaarden voldoen om als getuige te worden gehoord en die bij de betrokken feiten aanwezig waren of ze zelf hebben vastgesteld; er moet een aantal vormvereisten worden nageleefd waaronder de verplichte vermelding dat de verklaring werd opgesteld voor overlegging aan de rechtbank en dat de opsteller er weet van heeft dat hij zich door een valse verklaring aan straffen blootstelt (art. 961/2 Ger.W.); die vormvereisten zijn evenwel niet op straffe van nietigheid voorgeschreven; de rechter kan te allen tijde een verhoor afnemen van de opsteller van de schriftelijke verklaring (art. 961/3 Ger.W.); vermids de schriftelijke verklaring van derden niet wordt vermeld in artikel 1316 BW onder de limitatief toegelaten wettelijke bewijsmiddelen en de voorlegging ervan slechts ingevoerd als onderzoeksmaatregel, zonder te zijn opgenomen onder de afdeling "getuigenverhoor" en zonder dat daarbij tevens een eedaflegging werd opgelegd, beoordeelt de rechter soeverein de toelaatbaarheid en de bewijswaarde ervan die slechts deze kan zijn van een feitelijk vermoeden (B. SAMYN, "Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel", *Juristenkrant* 2012, afl. 254, 7); anders in de zin van wel een getuigenverklaring: D. MOUGENOT, "La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil", *JT* 2012, 635, nr. 11);
- de vaststellingen van een gerechtsdeurwaarder; zij komen in voorkomend geval in aanmerking als feitelijk vermoeden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 281, nr. 227/230);
- akten van bekendheid, zijnde akten die (bv. inzake erfopvolging omtrent het aantal en de hoedanigheid van de erfgenamen, met het oog op een huwelijk ter vervanging van de akte van geboorte: de art. 70 en 71 BW, tot bewijs van de Belgische nationaliteit van zijn ouder bij gebrek aan akte van geboorte: Rb. Bergen 9 april 1997, *JLMB* 1997, 1582) volgens de gebruiken worden opgesteld door de vrederechter (art. 600 Ger.W.) of door de notaris (art. 1 en 20 wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt) en waarbij betrouwbare personen (meestal twee) zonder eedaflegging de waarachtigheid bevestigen van een bepaald feit waarvan zij persoonlijk kennis dragen, dit om te voorzien in de vervanging van een schriftelijk bewijs dat niet kan worden voorgelegd (Rb. Brussel 16 juni 1999, *JT* 2000, 112; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 139, nr. 252; D. MOUGENOT, *La preuve*, 279, nr. 223; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 335-336, nr. 429); akten van bekendheid zijn een (vereenvoudigde, onvolmaakte) variante van de getuigenverklaring (want niet afgelegd volgens de gewone pleegvormen); ze hebben geen bewijswaarde wanneer het vereiste bewijs via andere middelen moet worden geleverd (Brussel 25 november 1996, *Rev.trim.dr.fam.* 1997, 206); tegenbewijs is

toegelaten door alle middelen van recht (Luik 31 maart 1993, *Rec.gén.enr.not.* 1995, 255; Rb. Luik 24 oktober 1923, *JL* 1924, 27).

Weleen getuigenverklaring vormt het bewijs door algemene bekendheid, zijnde de getuigenverklaring die betrekking heeft, niet op bepaalde feiten waarvan de getuige persoonlijk kennis draagt, doch wel op een algemeen gangbare opvatting (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 139, nr. 253; D. MOUGENOT, *La preuve*, 280, nr. 224). Het betreft bijgevolg een onrechtstreekse getuigenis waarbij de oorsprong van de informatie niet precies bekend is. Omwille van de eraan verbonden onzekerheid wordt het bewijs door algemene bekendheid slechts uitzonderlijk aanvaard in de gevallen die de wet voorziet. In feite gaat het telkens om een sanctie ten aanzien van een persoon die zich heeft onttrokken aan een wettelijke verplichting. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in artikel 1428 BW, alsook in de artikelen 1399, derde lid BW en 1468 BW.

667 De getuigenverklaring kan enkel betrekking hebben op een betwist feit (een louter materieel feit, een rechtsfeit of, waar toegelaten, een rechtshandeling). Het behoort uiteraard niet aan de getuigen de feiten die zij bevestigen juridisch te kwalificeren, noch stelling in te nemen omtrent de juridische gevolgen die uit die feiten voortvloeien. Dat is de taak van de partijen, maar vooral van de rechter (D. MOUGENOT, *La preuve*, 278, nr. 220).

B. DE TOELAATBAARHEID

1. Dubbele begrenzing

668 De wetgever benadert het getuigenbewijs met wantrouwen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 423, nr. 742; D. MOUGENOT, *La preuve*, 108, nr. 36). Weliswaar is het getuigenbewijs afkomstig van derden en niet van de procespartijen zelf, zodat het uit haar aard op bewijsrechtelijk vlak meer zekerheid biedt dan het schriftelijk bewijs (opgesteld door de procespartijen zelf en daarom niet steeds oprecht). Niettemin leert de praktijk dat het getuigenbewijs *in concreto* gekenmerkt wordt door talrijke onzekerheden. Er is niet slechts het gevaar van een valse getuigenis (bv. ingevolge omkoping). Bovendien kan een onjuiste weergave van de feiten ook het onbewuste gevolg zijn van de specifieke eigenschappen van de getuige (zijn geheugen, zijn waarnemingsvermogen, zijn vermogen om zich uit te drukken...). Ten slotte is een getuigenverklaring meestal beperkt en brengt zij zelden het hele verhaal in beeld. Precies omwille van de daaraan *in concreto* verbonden onzekerheden wordt het getuigenbewijs (anders dan in vroegere tijden) door de wetgever in de hiërarchie van de toegelaten bewijsmiddelen van een mindere kwaliteit geacht dan het geschreven bewijs (H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 853).

Vandaar dat de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs in burgerlijke zaken op een dubbele wijze wordt begrensd: enerzijds door de dubbele regel van artikel 1341 BW en anderzijds door de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter omtrent het dienstig karakter van het getuigenbewijs (G. VERNAILLEN en G. VAN

DE PERRE, “De historiek van de beperking van het bewijs van verbintenissen door getuigen”, *RW* 1968-69, 817-852).

669 Anders dan in de Angelsaksische landen sluiten de rechtspraak en de rechtsleer zich (ook in handelszaken) meestal aan bij de opvatting van de wetgever. De rechtscolleges zijn niet geneigd (ellenlange) getuigenverhoren (met alle daaraan verbonden gevaren en onzekerheden) te bevelen, al moeten ze er daarbij wel op toezien dat zij het principieel recht van een partij niet miskennen om het getuigenbewijs te leveren van een feit dat zij aanvoert (Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747; Cass. 17 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 189 en *RW* 1994-95, 1396, noot G. BRESSELEERS; Cass. 16 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 754; Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. APS; Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 680; Cass. 24 november 1997, AR S.96.0158.F, www.cass.be; Cass. 4 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 313; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122; Cass. 20 januari 2003, *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 30 juni 2005, *Res jur.imm.* 2006, 341). De rechtsleer benadrukt doorgaans de gevaren en de onzekerheid die het getuigenbewijs kenmerken en bijgevolg de omzichtigheid waarmee het getuigenbewijs moet worden benaderd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2413, nr. 1788; D. MOUGENOT, *La preuve*, 275, nr. 216). Maar, nog steeds gaan er ook stemmen op in andersluidende zin die pleiten ten gunste van het getuigenbewijs (P. FORIERS, “Considérations sur la preuve judiciaire” in *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, 320; H. DE PAGE, *Traité*, nr. 853).

670 Vooraleer nader in te gaan op de dubbele begrenzing van de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs, moet nog worden benadrukt dat geen enkele wetsbepaling of algemeen rechtsbeginsel de toelaatbaarheid beperkt van het indirect getuigenis (Cass. 25 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 768; D. MOUGENOT, *La preuve*, 279, nr. 222; anders: H. DE PAGE, *Traité*, 882-883, nr. 854, 4°). Een wettelijke toepassing daarvan is bijvoorbeeld het bewijs door algemene bekendheid (zie hierboven).

2. De eerste grens: de dubbele regel van artikel 1341 BW

a. De dubbele regel

671 Artikel 1341 BW schrijft voor dat een akte voor een notaris of een onderhandse akte moet worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van 375,00 EUR te boven gaan, zelfs betreffende vrijwillige bewaargevingen. Het bewijs door getuigen wordt niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten, en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375 EUR. Een en ander onverminderd hetgeen wordt voorgeschreven in de wetten betreffende de koophandel.

672 Deze wetsbepaling vestigt een principiële verbod op bewijs door getuigen, behoudens wettelijke uitzonderingen (H. DE PAGE, *Traité*, 879, nr. 854, 1°; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 602, nr. 34). Meer bepaald bevat artikel 1341 BW een dubbele regel (A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 46; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2282, nr. 1169; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 60, nr. 42; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandaius Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 15-16, nr. 23; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77, nr. 104; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 425, nr. 744; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 19, nr. 150; D. MOUGENOT, *La preuve*, 107, nr. 35; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 150-151, nr. 309; H. DE PAGE, *Traité*, 884, nr. 857; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 209, nr. 203):

- vooreerst mag niet met getuigen bewezen worden boven de waarde van 375,00 EUR; een schriftelijk bewijs is vereist;
- daarenboven mag niet met getuigen bewezen worden tegen of boven de inhoud van een akte, ook al betreft het een waarde beneden de 375,00 EUR.

673 Die dubbele regel bevestigt het principe van de voorrang van het geschreven bewijs op het bewijs door getuigen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77, nr. 104; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 425, nr. 744; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 19, nr. 140; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 117, nr. 231; H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 853 en 884, nr. 857).

Het principe van de primauteit van het schriftelijk bewijs geeft uiting aan het wantrouwen van de wetgever tegenover het getuigenbewijs. De zekerheid van het geschreven bewijs (dat *in tempore non suspecto* wordt opgesteld door de belanghebbenden zelf, dat als geschrift zorgvuldig kan worden voorbereid om de werkelijke bedoeling van de partijen zo precies mogelijk weer te geven en dat normalerwijze aan het tijdsverloop kan weerstaan en niet eenvoudig kan worden gewijzigd) wordt verkozen boven de hierboven beschreven onzekerheden die het getuigenbewijs kenmerken (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 180, nr. 247; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77, nr. 104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 108, nr. 36; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 118, nr. 232). Omdat het principe waarvan sprake vaak wordt bestempeld als de basisregel van het burgerlijk bewijsrecht inzake rechtshandelingen, wordt in de rechtsleer bekritiseerd dat dit principe is neergelegd in een wetsartikel dat zich situeert onder de afdeling “bewijs door getuigen” (D. MOUGENOT, *La preuve*, 107, nr. 35).

674 Met geschreven bewijs wordt hier bedoeld op ondertekende geschriften, dus op akten (zie bv. Arbh. Bergen 10 april 2000, *JTT* 2000, 375; Rb. Antwerpen 20 november 2007, *TBO* 2008, 226; M. LAMENSCH, “La règle de la primauté de la preuve écrite: une application délicate” (noot onder Bergen 24 juni 2004), *TBH* 2006, 46-55), ongeacht of het gaat om onderhandse dan wel authentieke akten en inbegrepen de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften (briefwisseling en onregelmatige authentieke akten die gelden als onderhandse akte).

Vereist is daarbij wel dat het gaat om regelmatige onderhandse akten, zo niet is de akte als bewijsmiddel nietig en geldt enkel de eerste regel van artikel 1341 BW (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 164-165, nr. 347). Hetzelfde geldt evenzeer voor de onregelmatige authentieke akte die niet geldt als onderhandse akte. Ten aanzien van de regelmatige authentieke akte geldt de tweede regel van artikel 1341 BW daarenboven enkel inzake de niet-authentieke vermeldingen, aangezien de authentieke vermeldingen worden beschermd door het bijzonder regime van de inschrijving wegens valsheid (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 165, nr. 348; H. DE PAGE, *Traité*, 895, nr. 877). De tweede regel van artikel 1341 BW geldt in geen geval ten aanzien van koopmansboeken, huishoudelijke registers en papieren, aantekeningen door de schuldeiser op titels of het begin van bewijs door geschrift (H. DE PAGE, *Traité*, 895, nr. 875 en 876).

675 De voorrang van het schriftelijk bewijs geldt ook ten aanzien van feitelijke vermoedens, aangezien, krachtens artikel 1353 BW, het bewijs door feitelijke vermoedens slechts toegelaten is in de gevallen waarin de wet het getuigenbewijs toelaat (Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444; Cass. 17 mei 1976, *Arr.Cass.* 1976, 1028; Cass. 6 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 486; Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 555; Antwerpen 7 mei 2007, *RABG* 2008, 944; D. MOUGENOT, *La preuve*, 107, nr. 35, voetnoot 3).

676 Terecht werd opgemerkt dat het principe van de voorrang van het geschreven bewijs enigszins onjuist wordt voorgesteld als de basisregel inzake het bewijs van verbintenissen tussen de partijen (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 245, nr. 207). Enkel het getuigenbewijs (en het bewijs door feitelijke vermoedens) wordt niet toegelaten buiten de grenzen van artikel 1341 BW. Artikel 1341 BW geldt echter niet ten aanzien van de bekentenis en de gedingbeslissende eed, bewijsmiddelen waaraan niet dezelfde gevaren verbonden zijn (Cass. 19 december 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 23 oktober 1959, *Arr.Cass.* 1960, 157; Cass. 28 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 798; Cass. 2 april 2010, AR C.08.0532.F, www.cass.be; T. WERQUIN, concl. voor Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F; Luik 4 maart 2010, *RRD* 2010, 200; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 426, nr. 745; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 21, nr. 190; D. MOUGENOT, *La preuve*, 108, nr. 37 en 117-118, nr. 49; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de*

la preuve, 118, nr. 234, 150, nr. 308 en 164, nr. 346; H. DE PAGE, *Traité*, 888, nr. 863bis en 896, nr. 880; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 235, nr. 245).

Zo belet artikel 1341 BW in de regel niet dat de minnelijke beëindiging van een overeenkomst bewezen wordt door een bekentenis, ook al gaat de waarde van het geschil 375,00 EUR te boven (Cass. 2 april 2010, AR C.08.0532.F, www.cass.be). In de praktijk is in dit verband vooral het gedrag van een partij als buitengerechtelijke bekentenis van belang. Kan dat gedrag niet als dusdanig worden gekwalificeerd, dan kan het slechts als feitelijk vermoeden gelden (daarover verder meer onder de nrs. 784 e.v.) en derhalve niet als bewijs boven de 375,00 EUR of tegen of boven de inhoud van de akte in aanmerking komen. De rechter die in dat laatste geval toch anders oordeelt, schendt artikel 1341 BW (Cass. 28 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 798).

677 Artikel 1341 BW betreft enkel het bewijs (het *instrumentum*), niet de geldigheid van de rechtshandeling (het *negotium*). Bij gebrek aan geschrift is de rechtshandeling bijgevolg niet nietig. Zij kan worden bewezen aan de hand van de andere toegelaten bewijsmiddelen (de bekentenis, de gedingbeslissende eed, getuigen of feitelijke vermoedens waar en wanneer toegelaten) (Luik 4 maart 2010, *RRD* 2009, 200; D. MOUGENOT, *La preuve*, 108, nr. 37; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 119, nr. 235). Slechts uitzonderlijk vereist de wet een geschrift als geldigheidsvoorwaarde van de rechtshandeling. Ontbreekt hier het geschrift, dan is de rechtshandeling nietig zonder dat zij aan de hand van andere bewijsmiddelen kan worden bewezen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 119, nr. 234; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 213, nr. 209).

Dat laatste is het geval bij plechtige contracten, zoals de hypotheek (art. 76 Hyp.W.), de schenking (art. 931 BW), het testament (art. 970 BW), het huwelijkscontract (art. 1392 BW), het proefbeding in een arbeidsovereenkomst voor werklieden (art. 48, § 1) of voor bedienden (art. 67, § 1), de handelsvennootschappen (art. 66 Venn.W.), het vestigen van een pand op de handelszaak (art. 3 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen), de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen (wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen)... (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77, nr. 104, voetnoot 205; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 160; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 157, nr. 327).

b. De eerste regel: geen getuigenbewijs in zaken met een waarde boven 375,00 EUR

678 Krachtens de eerste regel van artikel 1341 BW moeten zaken waarvan de waarde 375,00 EUR overtreft in principe schriftelijk worden bewezen. Getuigenbewijs is daarvoor niet toegelaten (Brussel 16 december 1946, *Res Jur.Imm.* 1947, 97; Gent 26 november 1955, *RW* 1955-56, 1638; Gent 17 juni 1982, *TGR* 1985, 10; Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92; Antwerpen 7 september 1994, *Turnh.Rechtsl.* 1994-95, 48; Bergen 11 juni 2009, *JLMB* 2011, 1286, noot H. ROSOUX; Antwerpen 1 februari 2010, *P&B* 2011, 42; Luik 4 maart 2010, *RRD* 2009, 200; Brussel 21 december 2010, *T.Not.* 2011, 374; Antwerpen 24 januari 2011, *NJW* 2011, 582, noot K. VANDENBERGHE; Rb. Brussel 28 juni 1950, *JT* 1951, 252, noot A. DELVAUX; Rb. Brussel 26 september 2007,

T.Vred. 2009, 378, noot; *Vred. Westerlo* 12 december 2005, *RW* 2007-08, 748; *Vred. Wervik* 20 maart 2012, *TGR-TWVR*, 251, noot L. VAN DORPE). Bewijs door een bekentenis of gedingbeslissende eed blijft wel mogelijk (zie hierboven).

679 Met de eerste regel van artikel 1341 BW wordt bedoeld dat het voorwerp van de verbintenissen 375,00 EUR moet te boven gaan. Daarbij gaat het inzake overeenkomsten om de waarde van de over te dragen zaak of van de te leveren prestatie en inzake andere rechtshandelingen om de door de partij die zich erop beroept aan die rechtshandelingen gehechte rechtsgevolgen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 112, nr. 41; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 154, nr. 316 en 155, nr. 320).

Bij een overeenkomst tot bruiklening van een onroerend goed moet aldus nagegaan worden of de huurwaarde van dat goed al dan niet de in artikel 1341 BW vermelde drempel overschrijdt (Rb. Doornik 11 december 2001, *T.Not.* 2002, 746). Een door de schuldenaar als bevrijding ingeroepen betaling van minder dan 375,00 EUR zal door hem bijgevolg door getuigen mogen worden bewezen. De schuldeiser die dezelfde betaling inroept als daad van stuiting van de lopende verjaring zal ze evenwel niet door getuigen mogen bewijzen, indien zijn schuldvordering 375,00 EUR te boven gaat (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 155, nr. 420, voetnoot 165).

680 Bepalend voor de toepassing van de eerste regel is het voorwerp van de verbintenis op het ogenblik van de totstandkoming ervan (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 155, nr. 321; B. SAMYN, *Pri-vaatrechtelijk bewijs*, 212, nr. 208). Op dat ogenblik moeten de partijen immers kunnen uitmaken of zij zich al dan niet een schriftelijk bewijs moeten verschaffen van de betrokken verbintenis. Een latere waardevermeerdering of waardevermindering van de zaak, voorwerp van de betwisting, speelt dus geen enkele rol. Irrelevant is al evenzeer het voorwerp van de latere eis in rechte (*Vred. Jumet* 28 november 1994, *JLMB* 1994, 1364; B. VAN LERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandiaus Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 16, nr. 23; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 154, nr. 315).

Wanneer het geschil in rechte betrekking heeft op een verschil tussen de verkoopprijs die de koper beweert verschuldigd te zijn (bv. 380,00 EUR) en deze die de verkoper invordert (bv. 400,00 EUR), zal het getuigenbewijs bijgevolg uitgesloten zijn van zodra het niet-betwiste bedrag 375,00 EUR overtreft, dit ongeacht het feit dat het betwiste bedrag slechts 20,00 EUR bedraagt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 154, nr. 317bis).

Alhoewel de waarde van de verbintenissen moet worden beoordeeld op het ogenblik van hun totstandkoming, kan het schriftelijk bewijs eventueel wel later worden opgesteld. Niets verplicht de partijen immers het *instrumentum* op te stellen op het ogenblik van de totstandkoming van het *negotium* (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 245, nr. 208; D. MOUGENOT, *La preuve*, 113, nr. 42).

681 Overeenkomstig artikel 1342 BW moeten, in geval van een eis in rechte, voor de toepassing van de eerste regel van artikel 1341 BW, de gevorderde accessoria bij de hoofdsom worden gevoegd, dit althans voor zover het gaat om contractueel bedongen accessoria (scha-

debeding of conventionele intrest, niet moratoire intrest) (Luik 22 december 1988, *JT* 1989, 197; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 49; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 155, nr. 319).

682 Om te verhinderen dat de eiser aan de toepassing van artikel 1341 BW zou pogen te ontsnappen door zijn eis in rechte te herleiden of op te splitsen, wordt door de wetgever verder enkele bijkomende regels (die slechts zelden toepassing kennen) voorgeschreven:

- hij die een vordering heeft ingesteld die meer dan 375,00 EUR bedraagt, kan tot het bewijs door getuigen niet meer toegelaten worden, zelfs al verminderde hij zijn oorspronkelijke vordering (art. 1343 BW); het gaat om een wettelijk vermoeden dat het voorwerp van de verbintenis meer dan 375,00 EUR bedraagt, wettelijk vermoeden dat gebaseerd is op de (gerechtelijke) bekentenis van de eiser (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 156, nr. 322, voetnoot 168);
- zelfs indien de gevorderde som minder bedraagt dan 375,00 EUR, kan het bewijs door getuigen niet toegelaten worden, wanneer blijkt dat die som het overschot of een gedeelte is van een grotere schuldvordering die niet door geschrift bewezen is (art. 1344 BW);
- indien een partij in een zelfde geding verscheidene eisen instelt, waarvoor geen schriftelijke titel bestaat, en die eisen, samen genomen, meer dan 375,00 EUR bedragen, kan het bewijs door getuigen niet toegelaten worden, zelfs indien de partij beweert dat die schuldvorderingen voortkomen uit verschillende oorzaken, en dat zij ontstaan zijn op verschillende tijdstippen, behalve wanneer die rechten door erfenis, door schenking of op andere wijze, van verschillende personen afkomstig zijn (art. 1345 BW);
- alle eisen, uit welken hoofde ook, die niet volledig door geschrift bewezen zijn, worden bij een en hetzelfde exploit ingesteld; na dit exploit zijn de overige eisen, waarvoor geen schriftelijk bewijs aanwezig is, niet meer ontvankelijk (art. 1346 BW); die regel strekt ertoe artikel 1345 BW te doen eerbiedigen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 156, nr. 324).

683 Wanneer de verbintenis geen betrekking heeft op een geldbedrag, maar op een waardeerbare zaak, of wanneer zij een onbepaalde zaak tot voorwerp heeft, beoordeelt de rechter soeverein de waarde van het geschil (H. DE PAGE, *Traité*, 888, nr. 863). Ingeval waardebepaling onmogelijk is, is een schriftelijk bewijs vereist (D. MOUGENOT, *La preuve*, 112, nr. 41).

684 Wanneer het voorwerp van de verbintenissen de waarde van 375,00 EUR niet te boven gaan, is getuigenbewijs (en bewijs door feitelijke vermoedens) wel toegelaten (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 180). Nochtans is het bewijs ook in dat geval nog steeds niet volledig vrij, aangezien de tweede regel van artikel 1341 BW onverminderd blijft gelden (*anders*: L. CORNELIS, *De verbintenis*, 250, nr. 212).

685 De grens van 375,00 EUR werd ingevoerd bij KB van 20 juli 2000 (*BS* 30 augustus 2000) dat in werking is getreden op 1 januari 2002. Daarvoor gold als grens vanaf 1804 achtereenvolgens 150 (oude) BEF, 1.500 (oude) BEF (1938), 3.000 (oude) BEF (1948) en sinds 1 januari 1991 15.000 (oude) BEF (wet 10 december 1990, *BS* 22 december 1990; E. DIRIX, “Aanpassing bewijsrecht en burgerlijke zaken”, *RW* 1990-91, 862; F. POILVACHE, “La limite d’admissibilité de la preuve par

témoins et par présomptions portée de 3.000 à 15.000 BEF”, *JT* 1991, 127). De vraag kan worden gesteld of de huidige vaststelling van de grens inzake de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs op 375,00 EUR nog wel beantwoordt aan de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever (die de vereiste van een schriftelijk bewijs overdreven achtte voor zaken van gering financieel belang). Feit is dat in 1804 (in acht genomen de toenmalige grens van 150 oude BEF) voor heel wat rechtshandelingen getuigenbewijs toegelaten bleef en slechts rechtshandelingen van een zeker financieel belang onderworpen waren aan de vereiste van het schriftelijk bewijs, terwijl dat anno 2012 ingevolge de daling van de koopkracht van het geld beslist niet meer het geval is. Vast staat in ieder geval dat ingevolge die evolutie het toepassingsgebied van artikel 1341 BW doorheen de tijd op onrechtstreekse wijze aanzienlijk is uitgebreid. Terecht wordt erop gewezen dat die onrechtstreekse uitbreiding niettemin te verantwoorden is doordat meer mensen dan vroeger kunnen schrijven en geschriften ook meer dan vroeger worden gebruikt (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 153, nr. 314).

c. De tweede regel: geen getuigenbewijs boven of tegen de inhoud van een akte

686 Krachtens de tweede regel van artikel 1341 BW wordt het bewijs door getuigen niet toegelaten tegen en boven de inhoud van akten en al evenmin omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken ervan te zijn gezegd, ook al betreft het een som of een waarde van minder dan 375,00 EUR.

687 Bewijzen tegen de inhoud van een geschrift betekent bewijzen dat het geschrift geen weergave is van de werkelijke wil van zijn auteur(s). Van bewijzen boven de inhoud van een geschrift is sprake wanneer men iets wil toevoegen aan die inhoud. Het gaat hier dus ofwel om wijzigingen aan de inhoud van de akte (tegen de akte), ofwel om onnauwkeurigheden of ontbrekende elementen in de akte zelf (boven de akte) (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2282-2304, nr. 1669; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandiaus Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 16, nr. 23; F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 79, nr. 109; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 19, nr. 150, voetnoot 33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 158, nr. 329). Dat is onder meer het geval wanneer wordt beweerd dat een beding of een voorwaarde vergeten werd, dat de akte geveinsd is, dat de akte een onjuiste datum vermeldt, dat de betaling toch niet geschied is... Bewijzen tegen of boven de inhoud van een akte impliceert bewijzen hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken van de akte te zijn gezegd. Wanneer dat laatste afwijkt van de inhoud van de akte, is de akte immers ofwel onvolledig ofwel geveinsd (H. DE PAGE, *Traité*, 890, nr. 867).

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat het de werkgever niet toegelaten is om, tegen en boven de inhoud van het C4-werkloosheidsattest, waarin gewag wordt gemaakt van de betaling van een opzegvergoeding, te bewijzen dat de bediende voordien openlijk heeft verklaard aan de betaling van deze vergoeding te verzaken omdat hij zich in de feitelijke onmogelijkheid bevond tijdens de opzegtermijn arbeidsprestaties te leveren (Arbh. Luik 26 januari 2011, *Soc.Kron.* 2012, 490).

688 De tweede regel van artikel 1341 BW heeft een ruimer toepassingsgebied dan de eerste regel. De tweede regel geldt immers ook wanneer de eerste regel niet van toepassing is, meer bepaald wanneer de waarde van de rechtshandeling 375,00 EUR niet overschrijdt. Hij is niet beperkt tot inhoudelijke elementen met een waarde geringer dan 375,00 EUR van rechtshandelingen waarvan de waarde zelf 375,00 EUR overschrijdt. In die mate vormt hij dus meer dan een eenvoudige sanctie op de eerste regel. Door de tweede regel versterkt de wetgever nog het principe van de voorrang van het schriftelijk bewijs op het bewijs door getuigen (H. DE PAGE, *Traité*, 885 en 886, nr. 857.B en 889, nr. 864).

689 Ongeacht de waarde van de rechtshandeling (al dan niet meer dan 375,00 EUR), is getuigenbewijs niet toegelaten tegen of boven de inhoud van de akte die daarvan is opgesteld (Cass. 6 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 555; Cass. 13 mei 2005, *TBBR* 2006, 289, noot B. VAN BAEVEGHEM; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256). Aan het schriftelijk bewijs wordt steeds voorrang verleend (*lettres passent témoins*). De wetgever gaat er immers vanuit dat het door de partijen gezamenlijk en vooraf opgestelde bewijs juist en volledig is (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 428, nr. 750; D. MOUGENOT, *La preuve*, 114, nr. 44; H. DE PAGE, *Traité*, 889-890, nr. 865). In principe vereist tegenbewijs van de akte een andere akte (een tegenbrief zoals bedoeld bij art. 1321 BW), een bekenenis of een gedingbeslissende eed (Cass. 29 januari 2010, *JT* 2010, 389, noot J. KIRKPATRICK; Arbh. Luik 23 september 1983, *JTT* 1984, 19; Arbh. Bergen 28 maart 1991, *TSR* 1992, 136; Antwerpen 28 oktober 1992, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 90; Arbh. Brussel 24 oktober 1997, *Soc.Kron.* 1999, 165, noot L. BOEYKENS; Antwerpen 23 juni 1998, *TBBR* 1999, 421; Arbh. Bergen 10 april 2000, *JTT* 2000, 375; Arbh. Gent 12 januari 2007, *RW* 2008-09, 373; Arbh. Luik 10 november 2008, *Soc.Kron.* 2010, 364; Rb. Doornik 2 december 1987, *JLMB* 1988, 329; Rb. Charleroi 19 maart 1996, *T.Agr.R.* 1997, 14; Rb. Brugge 30 mei 1997, *T.Huur.* 1997-98, 200, noot C. VAN DER ELST; Rb. Hasselt 18 juni 2001, *TBBR* 2002, 254; Arbrb. Namen 28 april 2003, *Soc.Kron.* 2004, 100, noot L. JACQMAIN; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 180, nr. 247; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 682; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-5, nr. 5202; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 46; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 21, nr. 190; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 214, nr. 211; anders: L. CORNELIS, *De verbintenis*, 246, nr. 208). Het verbod van getuigenbewijs verhindert inderdaad niet dat men tegen of boven de inhoud van een akte zou bewijzen door een bekenenis of door een gedingbeslissende eed, dit althans in de mate waarin die bewijsmiddelen als dusdanig toegelaten zijn

(Cass. 19 december 1944, *Pas.* 1945, I, 14; Cass. 23 oktober 1959, *Pas.* 1960, I, 231; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 80, nr. 111; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 21, nr. 190; D. MOUGENOT, *La preuve*, 114, nr.44; H. DE PAGE, *Traité*, 896, nr. 880).

690 De tweede regel van artikel 1341 BW verzet zich niet tegen interpretatie van de overeenkomst door de rechter conform artikel 1356 e.v. BW (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandiaus Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 18, nr. 26; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77, nr. 104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 116-117, nr. 47; B. MAES, “Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *P&B*1995, 141; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 138, nr. 283; H. DE PAGE, *Traité*, 893, nr. 871).

Wanneer een schriftelijk bewijs van een overeenkomst wordt voorgelegd, dan moet de rechter, in geval van betwisting omtrent de draagwijdte of de betekenis van de overeenkomst, de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen vaststellen. Uitgangspunt daarbij zijn de intrinsieke elementen van de akte, zijnde de elementen die zijn neergelegd in het schriftelijk bewijs zelf (Cass. 24 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 972; Rb. Antwerpen 27 juni 2002, *RW* 2004-05, 393). De rechter mag de akte niet terzijde schuiven, ze een uitlegging geven die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan, de draagwijdte van de overeenkomst vaststellen of ze wijzigen of aanvullen op grond van getuigen of feitelijke vermoedens (Cass. 13 september 1968, *Arr.Cass.* 1969, 44; Cass. 28 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 798; Cass. 19 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1314, noot; Cass. 22 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 283; Cass. 26 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 404; Cass. 24 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 972; Cass. 11 december 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 504, *Pas.* 1990, I, advies J. LECLERCQ en *T.Verz.* 1990, 725, noot J.R.; Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 555; Cass. 15 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 820; Cass. 7 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 36; Cass. 7 mei 1998, *Arr.Cass.* 1998, 494; Cass. 5 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 648; Cass. 15 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 382 en *JTT* 1999, 417, noot P. GOSSERIES; Cass. 28 juni 1999, *Arr.Cass.* 1999, 975). Dat is evenwel niet het geval door het enkele feit dat de rechter aan de akte een andere uitleg geeft dan de partij die ze heeft aangevoerd (Cass. 19 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 808 en *JT* 1988, 25, noot J. VAN COMPERNOLLE; Cass. 26 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 242). Wanneer de akte onduidelijk of dubbelzinnig is of onderling tegenstrijdige bepalingen bevat, mag de rechter de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen ook zoeken in extrinsieke elementen, meer bepaald in feiten bewezen door feitelijke vermoedens of zelfs getuigen, voor zover de uitlegging van de rechter zich situeert binnen de mogelijke interpretaties van de akte (Cass. 4 april 1941, *Arr.Cass.* 1941, I, 72, concl. eerste Adv. Gen. CORNIL; Cass. 3 december 1953, *Arr.Cass.* 1954, 230; Cass. 18 februari 1954, *Arr.Cass.* 1954, 431; Cass. 5 april 1957, *Pas.* 1958, I, 957; Brussel 18 februari 1999, *AJT* 1999-2000, 526; T. WERQUIN, concl. voor Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F, www.cass.be; D. MOUGENOT, *La preuve*, 116-117, nr. 47). Daarbij kan de rechter aan de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen de voorkeur geven boven de letterlijke betekenis van de bewoordingen van de akte (Cass. 7 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 36). In die zin werd bijvoorbeeld aangenomen dat de werkgever de aard van de functie van zijn werknemer kan bewijzen door getuigen tegen en boven de inhoud van de door hem zelf geschreven akte (Cass. 10 maart 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 851, noot). De aard van de functie van een werknemer wordt immers bepaald, niet door de kwalificatie die daaraan werd verleend in de arbeidsovereenkomst, doch wel door de taak die de werknemer effectief uitgeoefend heeft.

691 Artikel 1341 BW verbiedt de rechter evenmin om materiële vergissingen recht te zetten (B. SAMYN, *Privaatrechte-*

lijk bewijs, 215, nr. 212). Het bestaan van materiële vergissingen kan aan de hand van alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, worden bewezen (Cass. 18 december 1947, *Pas.* 1947, I, 553; Rb. Brugge 3 december 1993, *TBR* 1994, 42). De partijen kunnen zich daarvan immers onmogelijk een schriftelijk bewijs verschaffen. Maar, deze mogelijkheid tot rechtzetting moet beperkend worden geïnterpreteerd. In geen geval mag de rechtzetting van de materiële vergissing de substantiële inhoud of de draagwijdte van de akte wijzigen (Arbh. Gent 12 januari 2007, *RW* 2008-09, 373; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2283, nr. 1671; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 114, nr. 45; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 77-78, nr. 104; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 161, nr. 336).

692 De tweede regel van artikel 1341 BW heeft uitsluitend betrekking op het bewijs van wijzigingen, preciseringen of toevoegingen aan de akte waarin de oorspronkelijke rechtshandeling is neergelegd om daarvan deel uit te maken. Het bewijs van latere feiten, onafhankelijk van die oorspronkelijke rechtshandeling, maar die (krachtens een nieuwe juridische oorzaak) haar uitwerking wel kunnen beïnvloeden (bv. het tenietgaan van de verbintenis door betaling), wordt er niet door beheerst. Het bewijs van die nieuwe rechtshandeling valt integendeel onder toepassing van de eerste regel van artikel 1341 BW (D. MOUGENOT, *La preuve*, 117, nr. 48; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 163-164, nr. 345; H. DE PAGE, *Traité*, 891-892, nrs. 869-870).

693 Een bijzonder toepassingsgeval van de tweede regel van artikel 1341 BW betreft de afwezigheid van datum of de vermelding in de akte van een onjuiste datum. Hier moet een onderscheid worden gemaakt tussen de onderhandse akte en de authentieke akte.

Voor onderhandse akten is de datum in beginsel geen geldigheidsvereiste, maar hij kan wel van groot nut zijn. Doorgaans wordt aangenomen dat, in geval van afwezigheid, de datum enkel door een akte kan worden bewezen, omdat de datum onafscheidelijk verbonden is met de rechtshandeling voorwerp van de akte en het bewijs daarvan derhalve neerkomt op bewijzen boven de inhoud van de akte (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 891 nr. 868). Soms wordt evenwel verdedigd dat bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens toegelaten is, omdat het enkel gaat om het bewijs van een rechtsfeit, meer bepaald een omstandigheid waarin de akte werd opgesteld, inzonderheid het tijdstip waarop dat is geschied (Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374; zie daarover ook N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 143, nr. 296). Tegenbewijs van de onjuist vermelde datum is in beginsel enkel mogelijk door middel van een akte, uitgezonderd het bewijs door de bekentenis of door de gedingbeslissende eed en de gevallen van materiële vergissing en van fraude (D. MOUGENOT, *La preuve*, 115-116, nr. 46; zie voor een toepassingsgeval van bedrog Arbh. Luik 18 februari 2011, *JTT* 2012, 45).

De toestand is anders ten aanzien van authentieke akten. Krachtens de artikelen 1, 12 en 114 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt moet elke notariële akte, op straffe van nietigheid, de datum vermelden waarop ze werd verleden. In geval van nietigheid als authentieke akte wegens afwezigheid van datum, kan de door de partijen ondertekende akte wel nog gelden als onderhandse akte (art. 1318 BW; art. 114 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt) en kan worden verwezen naar hetgeen hierboven werd uiteengezet. Tegenbewijs van een onjuist vermelde datum is enkel mogelijk via de valsheidprocedure. Voor de authentieke akten, andere dan de notariële akten, kan, bij gebrek aan andersluidende wetsbepaling, in beginsel een gelijkaardige regeling worden toegepast (D. MOUGENOT, *La preuve*, 115, nr. 46).

d. Toepassingsgebied

694 Het toepassingsgebied van artikel 1341 BW hangt samen met het toepassingsgebied van het bewijsstelsel in burgerlijke zaken. Over het toepassingsgebied van het bewijsstelsel in burgerlijke zaken werd hierboven onder de nummers 267 e.v. reeds uitgewijd. Omwille van het grote belang van de kwestie en de helderheid van de uiteenzetting, worden de principes die het toepassingsgebied van artikel 1341 BW beheersen, hier hernomen en verder uitgediept. Die wetsbepaling geldt enkel voor rechtshandelingen en ten aanzien van de daarbij betrokken partijen.

1) Enkel rechtshandelingen

695 Artikel 1341 BW schrijft voor dat “van alle zaken” die de som of de waarde van 375,00 EUR te boven gaan een akte voor een notaris of een onderhandse akte moet worden opgesteld. Wat onder die zaken moet worden begrepen, wordt evenwel niet aangeduid.

696 Doorgaans wordt aangenomen dat artikel 1341 BW enkel van toepassing is op rechtshandelingen en dus noch op louter materiële feiten, noch op rechtsfeiten (Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670; Cass. 26 oktober 2006, AR C.05.0167.F, www.cass.be; D. MOUGENOT, *La preuve*, 109-110, nr. 39 en 274, nr. 215; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 78, nr. 106; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 170; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 121, nr. 242; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 210, nr. 205).

Omdat het niet gaat om rechtshandelingen, is het getuigenbewijs (en bewijs door feitelijke vermoedens) aldus bijvoorbeeld steeds toegelaten ten aanzien van:

- wilsgebreken zoals dwaling (Cass. 11 maart 1960, *Arr.Verbr.* 1960, 657; Cass. 28 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 835, noot; Bergen 29 december 1987, *T.Verz.* 1989, 113, noot M. LAMBERT; Kh. Verviers 21 december 1976, *BRH* 1977, 233; anders: Luik 29 november 1991, *Not.Fisc.M.* 1992,

- 50, noot W. VANHENCTXHOVEN) en bedrog (Cass. 25 februari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 478; Rb. Bergen 3 juni 1987, *JLMB* 1987, 1044);
- fraude (art. 1353, *in fine* BW; Cass. 29 november 1951, *Arr.Cass.* 1952, 148, noot; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Brussel 28 juni 1956, *Pas.* 1958, II, 18; Brussel 28 juni 1976, *Rev.not.b.* 1977, 177; Brussel 7 maart 1980, *Rev.not.b.* 1980, 191; Bergen 10 januari 1983, *Pas.* 1983, II, 16; Bergen 31 oktober 1988, *TBBR* 1992, 141, noot W. DE BONDT; Arbh. Antwerpen 3 februari 1997, *JTT* 1997, 337; Arbh. Luik 19 januari 1998, *JTT* 1998, 434; Rb. Doornik 19 juni 2001, *JLMB* 2002, 1794), de ongeoorloofde oorzaak van een verbintenis (Cass. 14 mei 1903, *Pas.* 1903, I, 216; dit arrest gewaagt wel onterecht van de morele onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen om aldus het bewijs door alle middelen van recht toe te laten; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Antwerpen 27 februari 1989, *Pas.* 1989, II, 219), het ontbreken van een oorzaak (Luik 3 oktober 1995, *JLMB* 1996, 740), een fout over de oorzaak of een valse oorzaak (Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301, noot H. ROSOUX);
 - gebreken van het bezit, bijvoorbeeld het dubbelzinnig karakter ervan (Rb. Namen 19 april 1990, *JLMB* 1990, 1203, noot);
 - de *quasi*-contracten zoals bijvoorbeeld zaakwaarneming en vermogensvermeerdering zonder oorzaak (Cass. 8 juni 1893, *Pas.* 1893, I, 252; Brussel 13 maart 1901, *Pas.* 1901, II, 270) en misdrijven of oneigenlijke misdrijven (art. 1348, tweede lid, 1° BW; Brussel 13 maart 1901, *Pas.* 1901, II, 270);
geoordeeld werd evenwel dat een eenzijdige belofte geen oneigenlijk contract uitmaakt en dat bijgevolg faalt naar recht, het middel dat er volledig van uitgaat dat het bewijs van de betaling door de eiser krachtens een eenzijdige belofte niet met geschrift moet geleverd worden omdat de eenzijdige belofte een oneigenlijk contract is in de zin van artikel 1348, tweede lid, 1° BW (Cass. 8 oktober 2009, *RW* 2011-12, 1033, noot B. VAN DEN BERGH; *anders*: C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 153-157, inzonderheid nr. 243); bij onverschuldigde betaling zal de *solvens* in geval van betwisting van zijn betaling van meer dan 375,00 EUR een akte moeten voorleggen; enkel in hoofde van de ontvanger vormt de onverschuldigde betaling een rechtsfeit dat door alle middelen van recht kan worden bewezen (H. DE PAGE, *Traité*, 706, nr. 713.C);
 - overmacht (Cass. 5 januari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 16);
 - het onvrijwillig karakter van de zelfmoord (Brussel 7 februari 1989, *RGAR* 1991, nr. 11.849, noot P. COLLE);
 - de door de werkgever ingeroepen dringende reden (Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747);
 - de verzwijging of valse verklaring door een verzekeringnemer (Bergen 5 december 1990, *Pas.* 1991, II, 87);
 - de bebouwbaarheid van een perceel (Cass. 27 januari 2006, *Pas.* 2006, 234);
 - de inbreng in een nalatenschap (Cass. 6 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 323);
 - de kennisneming van de aanvaarding bij op afstand gesloten overeenkomsten (Rb. Mechelen 16 november 1993, *Pas.* 1993, III, 43);
 - de overhandiging van contante gelden, ook al kadert die overhandiging in de uitvoering van een rechtshandeling (Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874; Vred. Zelzate 24 april 2003, *RABG* 2004, 762, noot I. GEERS);
 - ...

Maar het is vooral in het domein van de contractuele en van de *quasi*-delictuele aansprakelijkheid dat het getuigenbewijs (en het bewijs door feitelijke vermoedens) het meeste wordt aangewend. Dat is bijvoorbeeld het geval met het bewijs van het gebrek van de zaak (Cass. 17 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 645).

Verbintenissen ontstaan uit oneigenlijke contracten en uit misdrijven of oneigenlijke misdrijven zijn rechtsfeiten en worden derhalve onterecht vermeld in artikel 1348, tweede lid, 1° BW dat een uitzondering vormt op artikel 1341 BW.

697 Artikel 1341 BW is in principe van toepassing op alle rechtshandelingen (Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 151, nr. 311).

Vooreerst is het bewijs van het bestaan van een *contract* onderworpen aan artikel 1341 BW (Cass. 21 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 403; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256). Artikel 1341 BW geldt niet enkel ten aanzien van wederkerige overeenkomsten, doch ook inzake eenzijdige overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de handgift (Cass. 22 april 2010, *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY en *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY). Zo moet de schenker een schriftelijk bewijs voorleggen van de beweerdde handgift (alle andere schenkingen zijn ingevolge art. 931 BW plechtige overeenkomsten zodat hoe dan ook aan art. 1341 BW moet zijn voldaan) wil hij een eis instellen tot herroeping van de schenking wegens ondankbaarheid (Rb. Hoei 12 februari 1987, *Rev.not.b.* 1991, 344, noot L. RAUCENT). Omgekeerd kan de begunstigde, tenzij hij de bescherming van artikel 2279, eerste lid BW kan inroepen, de materiële overdracht van de zaak bewijzen door alle middelen van recht, terwijl een schriftelijk bewijs slechts vereist is ten aanzien van de wil om te begiften (Bergen 2 december 1981, *Rec.gén.enr.not.* 1983, 41, noot).

Ondanks zijn plaats in het Burgerlijk Wetboek, gelden de regels van artikel 1341 BW niet enkel voor contracten (Cass. 17 januari 1946, *Pas.* 1946, I, 31; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 119, nr. 237; H. DE PAGE, *Traité*, 884, nr. 857.A en 888, nr. 861). Zij zijn ook van toepassing op eenzijdige wilsuitingen zoals bijvoorbeeld het aanbod tot contracteren, de bevestiging van een nietige rechtshandeling, de afstand van recht... (Bergen 9 november 1982, *Rev.prat.soc.* 1985, 31, noot P. VANDENBROUCKE; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 20, nr. 170; D. MOUGENOT, *La preuve*, 109, nr. 39; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 129 e.v., nr. 258 e.v.; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 244, nr. 206). De eenzijdige belofte (tot terugbetaling van ontleende gelden) die de waarde van 375,00 EUR te boven gaat, moet dus door een geschrift worden bewezen (Cass. 8 oktober 2009, *RW* 2011-12, 1033, noot B. VAN DEN BERGH).

Toch kent die regel uitzonderingen. Zo zijn bijvoorbeeld feiten die bezitsdaden uitmaken weliswaar rechtshandelingen, maar toch niet onderworpen aan artikel 1341 BW: als rechtsfeit mag de materiële heerschappij over de zaak worden bewezen door alle middelen van recht, terwijl de wil om de zaak als eigenaar te bezitten krachtens artikel 2230 BW wettelijk wordt vermoed. Hetzelfde geldt voor de bezetting *animo domini* van een stuk grond met het oog op de verkrijgende verjaring. Volgens het Hof van Cassatie kan ook de stilzwijgende herroeping van een lastgeving door alle middelen van recht worden bewezen (Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 867). In al die gevallen is er sprake van absolute onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs van de rechtshandeling te verschaffen.

Vandaar dat soms wordt verdedigd dat artikel 1341 BW enkel geldt in alle gevallen waarin het mogelijk is om zich bij het stellen van een handeling een schriftelijk bewijs te verschaffen. In alle gevallen van absolute onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (niet alleen bij louter materiële feiten of rechtsfeiten zoals bv. de misdrijven of oneigenlijke misdrijven bedoeld bij

art. 1348, tweede lid, 2° BW, doch ook bij rechtshandelingen zoals bv. bezitsdaden), zou men zich buiten het toepassingsgebied van artikel 1341 BW bevinden (H. DE PAGE, *Traité*, 878, nr. 853, 898, nr. 881.C en 923-924, nr. 899.A; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1674; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandiaus Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 17, nr. 25; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 426, nr. 746). Dat neemt niet weg dat in de regel het voorafgaand opstellen van een schriftelijk bewijs geen problemen stelt bij rechtshandelingen, terwijl het tegendeel het geval is inzake rechtsfeiten en louter materiële feiten, zodat het onderscheid tussen rechtshandelingen, rechtsfeiten en louter materiële feiten ter afbakening van het toepassingsgebied van artikel 1341 BW principieel als uitgangspunt kan behouden blijven.

698 In principe betreft artikel 1341 BW zowel de totstandkoming, als de wijziging en het tenietgaan van rechtshandelingen (Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651; Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1975-76, 114; Cass. 2 april 2010, AR C.08.0532.F, www.cass.be; Bergen 9 november 1982, *Pas.* 1983, II, 12; Luik 15 oktober 2002, *JT* 2003, 157; Gent 11 oktober 2004, *JT* 2005, 100; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; D. MOUGENOT, *La preuve*, 110, nr. 39, voetnoot 1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 144, nr. 297).

Artikel 1341 BW is bijgevolg van toepassing op het bewijs van:

- de vestiging van een vruchtgebruik ten laste van de begiftigde en ten bate van degene die de fondsen heeft geschonken (Luik 15 oktober 2002, *JT* 2003, 157);
- een titel houdende vestiging van een erfdienstbaarheid van rioolrecht (Vred. Zelzate 27 april 2006, *TBBR* 2007, 532, noot J. KOKELENBERG);
- het bestaan van een huurovereenkomst (Vred. Fontaine-l'Évêque 20 maart 2008, *JLMB* 2009, 513);
- het bestaan van een overeenkomst van lening (Cass. 26 april 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1080; Gent 2 december 1994, *AJT* 1994-95, 408, noot P. DE SMEDT; Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874; Brussel 25 april 2008, *DAOR* 2008, 217, noot G. BALLON; Luik 10 maart 2009, *JLMB* 2010, 1344; Rb. Leuven 22 oktober 2003, *RABG* 2004, 742, noot B. VAN BAEVEGHEM);
- het bestaan van een overeenkomst van lastgeving (Brussel 12 december 2003, *Rev.not.b.* 2004, 486; Luik 28 mei 2009, *RRD* 2009, 183);
- het bestaan van een aankoopoptie en de verlenging ervan (Rb. Antwerpen 20 november 2007, *TBO* 2008, 226);
- het bestaan van een overeenkomst tussen architect en bouwheer (Brussel 8 juni 1989, *T.Aann.* 1990, 420, noot J. JOTTRAND; Rb. Dendermonde 21 oktober 1982, *RW* 1984-85, 2487, noot; Vred. Oostende 9 oktober 1997, *TWVR* 2000, 135; Vred. Halle 21 januari 1998, *DAOR* 1999, 106);
- de verbintenis van samenwonenden om bij te dragen in de lasten van het gezin (Vred. Charleroi 26 oktober 2001, *TBBR* 2002, 475; Rb. Leuven 4 januari 2001, *TBBR* 2001, 245);
- het bestaan van een schuldverdring tussen echtgenoten gehuwd onder het stelsel van de scheiding van goederen (Brussel 29 juni 2006, *Rev.trim.dr.fam.* 2007, 848; Rb. Brussel 18 juni 1964, *RCJB* 1971, 193, noot G. BAETEMAN);
- het bestaan van een handgift (Cass. 22 april 2010, *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY en *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY; Brussel 12 december 1962, *JT* 1963, 320; Brussel 28 juni 1967, *JT* 1968, 154; Bergen 29 oktober 1979, *Pas.* 1979, II, 139, noot J.S.; Antwerpen 20 april 1998, *AJT* 1998-99, 407; Luik 24 december 2003, *JT* 2004, 406; Gent 11 oktober 2004, *Rev.not.b.* 2005, 124, noot; Gent 30 november 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 310, noot J. DEL CORRAL en *NJW* 2007, 227, noot B. WYLLEMAN; Bergen 11 juni 2009, *JLMB* 2011, 1286, noot H. ROSOUX; Bergen 22 februari 2010, *JLMB* 2011, 1296; Bergen 19 maart 2010, *JLMB* 2011, 1301, noot H. ROSOUX; Rb. Turnhout 18 oktober 1990, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 88; Rb. Brussel 3 februari 1995, *Rec.gén.enr.not.* 1996, 124; Rb. Brussel 5 maart 1996, *RW* 1996-97, 785);
- de overdracht van aandelen op naam van een naamloze vennootschap (Antwerpen 9 maart 2006, *TRV* 2007, 679, noot M. COLLE);

- de kwijting als lasthebber (Antwerpen 1 februari 2010, *P&B* 2011, 42);
- de wederzijdse herroeping van een huurovereenkomst (Cass. 2 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 651; Vred. Namen 7 december 1999, *Echos log.* 2000, 88, noot L. THOLOME; Vred. Bree 17 april 2008, *Limb.Rechtsl.* 2008, 358) of van een erfpachtovereenkomst (Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, 66, noot A. VANDERHAEUGHEN);
- de betaling van een geldsom (Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670 en *RABG* 2004, 717, noot I. GEERS, "Bewijs van betaling: de grenzen van artikel 1341 BW"; Cass. 26 oktober 2006, AR C.05.0167.F, www.cass.be; Antwerpen 9 januari 2001, *TBBR* 2002, 399; Luik 6 september 2004, *Rev.not.b.* 2007, 16; Luik 10 februari 2011, *JLMB* 2012, 239; Luik 16 maart 2011, *Rev.trim.dr.fam.* 2012, 256; Rb. Hasselt 7 oktober 1999, *RW* 2002-03, 548; Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, 873; D. MOUGENOT, *La preuve*, 111, nr. 40; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 426, nr. 746); tot bewijs van de betaling worden twee soorten geschriften aangewend: de kwitanties en de ontvangstbewijzen; om in aanmerking te komen als akten moeten die documenten door de schuldeiser ondertekend zijn; zo niet kunnen zij enkel een begin van schriftelijk bewijs vormen dat moet aangevuld worden met bewijs door getuigen of vermoedens (D. MOUGENOT, "Paiement et commencement de preuve par écrit" (noot onder Antwerpen 20 november 2006), *P&B* 2007, 288); de principiële toepasselijkheid van artikel 1341 BW inzake betaling kent een uitzondering in het geval bedoeld door artikel 1332 BW: het bewijs van de betaling kan voortvloeien uit een, zelfs niet-ondertekende, aantekening van de schuldeiser op de titel van de schuldvordering, voor zover zij betaling impliceert;
- ...

699 Aangenomen wordt dat het verbod van getuigenbewijs (en van bewijs door feitelijke vermoedens) ook geldt wanneer de betwisting geen betrekking heeft op het bestaan van de rechtshandeling als dusdanig, doch enkel op inhoudelijke elementen ervan, bijvoorbeeld de verkoopprijs in een koopovereenkomst, de huurprijs in een huurcontract of de uitgestrektheid van een mandaat (A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van *E-commerce* anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 46; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 246, nr. 208; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 151, nr. 311).

Wanneer het bestaan van de rechtshandeling blijkt uit een akte, vloeit zulks voort uit de tweede regel van artikel 1341 BW die getuigenbewijs (en bewijs door feitelijke vermoedens) verbiedt tegen of boven de inhoud van de akte (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 139, nr. 286). Van een akte afwijkende bedingen moeten door een andere akte worden bewezen (T. WERQUIN, concl. voor Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F, www.cass.be). Dat geldt ook wanneer de akte fictief is en de partijen in werkelijkheid een andere overeenkomst of geen overeenkomst hebben afgesloten (B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Gandaius Permanente Vorming, Universiteit Gent, 2010, 17-18, nr. 25; D. MOUGENOT, *La preuve*, 111; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2286, nr. 1676; vgl. Cass. 29 januari 2010, AR C.08.0267.F, concl. T. WERQUIN, www.cass.be en *JT* 2010, 389, noot J. KIRKPATRICK).

Is geen schriftelijk bewijs van het bestaan van de rechtshandeling voorhanden, doch gaat het wel integendeel om een mondeling contract waarvan het bestaan vaststaat ingevolge een gebrek aan betwisting of een bekenenis, dan is de tweede regel van artikel 1341 BW uiteraard niet aan de orde. Niettemin blijft de eerste regel van artikel 1341 BW gelden en is getuigenbewijs (en bewijs door feitelijke vermoedens) derhalve niet toegelaten wanneer de waarde van de zaak 375,00 EUR te boven gaat (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 140-142, nrs. 287-293). Artikel 1341 BW maakt immers geen onderscheid tussen het bestaan van het contract en zijn inhoud.

2) Enkel ten aanzien van de partijen

700 Artikel 1341 BW geldt enkel ten aanzien van de bij de rechtshandeling betrokken partijen (Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 204; Cass. 18 december 1980 *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, 2963; Brussel 17 november 1937, *Pas.* 1938, II, 56; Antwerpen 18 november 1997, *TBBR* 1998, 377). De regel is niet enkel van toepassing tussen de partijen onderling, doch tevens wanneer een van de partijen zich beroept op het bestaan van de akte tegenover derden (Cass. 30 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1149; RvS 10 december 1968, nr. 13.270, *Arr.RvS* 1968, 962; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 425, nr. 745; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; H. DE PAGE, *Traité*, 886, nr. 858; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2287, nr. 1677; anders: L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 244, nr. 206). Een voorbeeld van een geval waarin deze regel onjuist wordt toegepast: Gent 26 oktober 2006, *T.Not.* 2009, 227 (er wordt aangenomen dat tegenover derden de betaling van de begrafeniskosten een rechtsfeit is en daarom met alle middelen van recht mag worden bewezen). Het verbod om met getuigen boven of tegen de inhoud van een geschrift te bewijzen is evenwel niet van toepassing op een bij de rechtshandeling betrokken partij wanneer het geschrift uitgaat van een derde (Cass. 25 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 908).

701 Krachtens artikel 1122 BW (zie ook art. 1165 BW en art. 1328 BW) moet onder partijen worden verstaan, degenen die in eigen naam in de akte zijn tussengekomen of daarbij vertegenwoordigd werden, hun schuldeisers die optreden bij wijze van zijdelingse vordering, alsook hun algemene rechtsoptvolgers en rechtsoptvolgers ten algemene titel (Rb. Hasselt 10 januari 2001, *TBBR* 2002, 50; D. MOUGENOT, *La preuve*, 119, nr. 51). Geoordeeld werd dat de voorlopige bewindvoerder geen derde is ten aanzien van door de te beschermen persoon vóór de aanstelling van de bewindvoerder gesloten overeenkomsten (Brussel 10 november 2005, *Rev.not.b.* 2006, 527).

Een uitzondering geldt wanneer de rechtsoptvolgers een eigen recht uitoefenen dat door die rechtshandeling geschonden wordt (Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 167; Cass. 20 november 1964, *RW* 1964-65, 1979; Gent 28 november 1961, *T.Not.* 1962, 54; Brussel 5 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 4; Rb. Hasselt 18 januari 2001, *TBBR* 2002, 50; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve*

en matière civile et commerciale, 81, nr. 114; D. MOUGENOT, *La preuve*, 119, nr. 51; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 146, nr. 301; H. DE PAGE, *Traité*, 886-887, nr. 858). Dat laatste is bijvoorbeeld het geval met de vordering van de erfgenamen tot inbreng in de nalatenschap (Cass. 3 april 1941, *Pas.* 1941, I, 116; Gent 5 december 1955, *RW* 1955-56, 1817, noot J.M.M. en *Rec.gén.enr.not.* 1957, 117, noot M. DONNAY; Rb. Gent 9 december 2003, *T.Not.* 2004, 321), tot inkorting van giften (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169; Bergen 10 januari 1984, *Pas.* 1984, II, 89) of tot nietigverklaring van een schenking aan een onbekwame om te verkrijgen (Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 256).

702 Artikel 1341 BW geldt niet ten aanzien van derden (Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 256; Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 204; Cass. 5 september 1961, *Pas.* 1962, I, 29; Cass. 12 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 156; Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307; Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; Cass. 18 december 1980 *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, 2963; Brussel 17 november 1937, *Pas.* 1938, II, 56; Luik 8 februari 1973, *JL* 1972-73, 192; Gent 12 september 1979, *T.Not.* 1982, 50, noot; Bergen 11 januari 1995, *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; Antwerpen 18 november 1997, *TBBR* 1998, 377; Antwerpen 14 februari 2005, *TBBR* 2007, 390), zijnde al degenen die daarbij geen partij zijn en die beschikken over een eigen recht waaraan afbreuk wordt gedaan door de rechtshandeling (Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 171). Voor derden zijn rechtshandelingen tussen anderen rechtsfeiten (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 217, nr. 179 en 244, nr. 206). Derden kunnen zich bovendien onmogelijk een schriftelijk bewijs doen verschaffen van een rechtshandeling waarbij zij geen partij zijn (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 22, nr. 220; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 51; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 18, nr. 27; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 238, nr. 249). Volgens het Hof van Cassatie is dit een toepassingsgeval van de uitzonderingsbepaling van artikel 1348 BW (Cass. 3 april 1941, *Pas.* 1941, I, 116). Anderen verdedigen dat hier sprake is van absolute onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, zodat de kwestie zich buiten het toepassingsgebied van artikel 1341 BW situeert (H. DE PAGE, *Traité*, 886, nr. 858; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1675 en 2287, nr. 1677).

Derden kunnen derhalve het bestaan en de inhoud van een rechtshandeling bewijzen door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen (Cass. 3 december 1957, *Arr.Cass.* 1958, 204; Cass. 24 september 2008, *RW* 2010-11, 970; Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot; Brussel 6 augustus 1992, *Rev.prat.soc.* 1992, 248; Antwerpen 14 februari 2005, *TBBR* 2007, 390) en al evenzeer op dezelfde wijze bewijzen tegen of

boven de inhoud van een akte (met uitzondering van het tegenbewijs van de authentieke vermeldingen) (Bergen 11 januari 1995, *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 51; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 145, nr. 300; H. DE PAGE, *Traité*, 886, nr. 858 en 895, nr. 878; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 239, nr. 250).

703 Die regels hebben bijvoorbeeld tot gevolg:

- dat *simulatie* door derden mag bewezen worden door alle middelen van recht (Cass. 3 april 1941, *Pas.* 1941, I, 116; Cass. 5 januari 1953, *Arr.Cass.* 1953, 256; Cass. 8 mei 1956, *Arr.Cass.* 1956, 755; Cass. 21 oktober 1960, *Arr.Cass.* 1961, 171; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Cass. 5 september 1961, *Pas.* 1962, I, 29; Cass. 12 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1973, 156; Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169, noot en *RCJB* 1975, 260, noot M. VAN QUICKENBORNE; Brussel 14 januari 1959, *T.Not.* 1960, 13, noot; Gent 28 november 1961, *T.Not.* 1962, 45; Brussel 5 januari 1965, *Pas.* 1966, II, 4; Luik 8 februari 1973, *JL* 1972-73, 192; Bergen 9 september 1975, *Pas.* 1976, II, 98; Bergen 20 februari 2001, *TBBR* 2002, 392; Luik 5 januari 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 238, noot P. DE PAGE), terwijl de partijen (die moeten bewijzen tegen de inhoud van een akte) in principe (uitgezonderd wanneer zij bedrog of de omzeiling van een wet van openbare orde beoogt: art. 1353 BW; Cass. 14 mei 1903, *Pas.* 1903, I, 216; Cass. 29 mei 1951, *Arr.Cass.* 1952, 148; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 1603; Bergen 10 januari 1983, *Pas.* 1983, II, 16) een akte (een tegenbrief in de zin van art. 1321 BW) moeten voorleggen (Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373; Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; Cass. 12 februari 1948, *Arr.Cass.* 1948, 86; Luik 12 oktober 1948, *Pas.* 1949, II, 8; Brussel 3 juni 1949, *JT* 1949, 530; Gent 9 maart 1950, *T.Not.* 1950, 148; Luik 16 maart 1954, *Pas.* 1956, II, 83; Bergen 9 september 1975, *Pas.* 1976, II, 98; Luik 25 maart 2009, *Rev.trim.dr.fam.* 2010, 335; Rb. Mechelen 2 februari 1960, *RW* 1959-60, 1407; Rb. Bergen 29 juni 1988, *JT* 1989, 440; Rb. Hasselt 18 januari 2001, *TBBR* 2002, 50), ook wanneer zij de simulatie willen invoeren tegenover derden (RvS 10 december 1968, nr. 13.270, *Arr.RvS* 1968, 962) en met dien verstande dat de partijen de veinzing jegens derden niets en mogen bewijzen, wanneer die derden enkel de schijnbare akte willen erkennen (Cass. 21 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1169);
- dat de *overeenkomst van lastgeving* die door de beweerde lastgever wordt betwist, door de wederpartij die met de lasthebber heeft gecontracteerd, mag worden bewezen door alle middelen van recht (Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Cass. 17 november 1976, *Arr.Cass.* 1977, 307; Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 38; Cass. 18 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 446; Cass. 27 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1251; Brussel 22 januari 1981, *RW* 1981-82, 749; Bergen 28 maart 1990, *JLMB* 1990, 1412, noot J. JEUNEHOMME; Bergen 26 januari 1993, *RRD* 1993, 254; Luik 15 mei 1998, *TBBR* 1999, 423; Brussel 11 januari 2011, *TBBR* 2012, 513; Rb. Kortrijk 29 juni 1982, *T.Not.* 1983, 21, noot; Rb. Brussel 5 januari 1998, *JLMB* 1998, 1835; Rb. Hasselt 2 april 2001, *RW* 2004-05, 751), dit ongeacht het feit dat de derde zich hier wel in de mogelijkheid bevindt zich door de lasthebber in het bezit te doen stellen van een schriftelijk bewijs van zijn volmacht, terwijl tussen de partijen in principe de voorlegging van een akte vereist is (Cass. 29 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, 1072; Brussel 12 december 2003, *Rev.not.b.* 2004, 486; Luik 28 mei 2009, *RRD* 2009, 183; Brussel 11 januari 2011, *TBBR* 2012, 513; Vred. Brugge 16 maart 1981, *Rev.not.b.* 1982, 177, noot R.D.V.) en hetzelfde geldt wanneer de lastgever het bestaan van het mandaat wil bewijzen tegenover de derde die met zijn lasthebber heeft gecontracteerd (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 125, nr. 249; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 239, nr. 250);
- dat, wat inzonderheid *eenzijdige wilsuitingen* betreft, de derde die zich daarop beroept (bv. degene die zich klaagt over de ontijdige intrekking van een aanbod) in beginsel het bestaan daarvan door alle rechtsmiddelen, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen, mag bewijzen (Luik 7 december 1988, *Pas.* 1989, II, 140, noot; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2288, nr. 1677); maar dat, van zodra de derde dat aanbod heeft aanvaard, de overeenkomst tot stand komt en hij daarbij partij wordt, zodat vanaf dat ogenblik en zonder retroactieve werking artikel 1341 BW geldt (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 244, nr. 206).

e. Uitzonderingen

1) Algemeen

704 Ook wanneer een te bewijzen feit binnen het toepassingsgebied van artikel 1341 BW valt, kent deze wetsbepaling belangrijke uitzonderingen. Behalve in talrijke bijzondere wetsbepalingen en in handelszaken, zijn die uitzonderingen te vinden in artikel 1347 BW, in artikel 1348 BW en in het vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik (Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 95-96, nr. 3).

705 In principe impliceren al die uitzonderingen een afwijking op de twee regels vervat in artikel 1341 BW (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2291, nr. 1683; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 22, nr. 230; D. MOUGENOT, *La preuve*, 120, nr. 53; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 166, nr. 351; H. DE PAGE, *Traité*, 896, nr. 879 en 925, nr. 900; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 3). Derhalve is in die gevallen getuigenbewijs toegelaten voor een rechtshandeling waarvan de waarde de 375,00 EUR overschrijdt, alsook tegen en boven de inhoud van een akte, dit laatste ongeacht de waarde van de rechtshandeling (Cass. 4 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 453). Het aldus toegelaten getuigenbewijs kan ertoe strekken aan te tonen, zowel dat een schuld bestaat, als dat de schuldenaar daarvan bevrijd is (Cass. 16 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 637).

706 Kenmerkend voor de uitzonderingen op het vereiste van een schriftelijk bewijs is daarenboven dat zij in principe ruim geïnterpreteerd worden (B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 1, nr. 1; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 84).

De uitzonderingen op artikel 1341 BW gelden in beginsel niet bij plechtige contracten, waar het geschrift een vereiste is voor de geldigheid van de overeenkomst (*forma dat esse rei*), zoals in geval van een hypotheek, een schenking, een testament, een huwelijkscontract... en al evenmin wanneer het geschrift niet uitsluitend voor bewijsdoeleinden vereist is (Antwerpen 18 januari 1999, *AJT* 2000-01, 1, noot J. VAN BROECK; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 230, 22, nr. 230).

Of de uitzonderingen op artikel 1341 BW al dan niet gelden in gevallen waarin steeds een schriftelijk bewijs vereist is, ook ten

aanzien van rechtshandelingen waarvan de waarde 375,00 EUR niet overschrijdt, wordt betwist. Dat is alleen anders wanneer de wet zelf zich daarover uitspreekt. Zo schrijft bijvoorbeeld artikel 10 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst voor dat het bewijs door getuigen of vermoedens toegelaten is indien een begin van bewijs door geschrift voorhanden is (in dezelfde zin art. 25, tweede lid wet 11 juni 1874 betreffende de verzekeringen).

2) Afwijkende bijzondere wetsbepalingen

707 Afwijkende bijzondere wetsbepalingen laten voor bepaalde rechtshandelingen het getuigenbewijs onbeperkt toe.

Zo bijvoorbeeld laat artikel 3, 1^o, tweede lid pachtwet degene die een landeigendom exploiteert toe om, bij ontstentenis van een geschrift, het bewijs van het bestaan van een pachtovereenkomst en van de pachtvoorwaarden te bewijzen door alle middelen van recht, met inbegrip van het getuigenbewijs (Rb. Turnhout 8 februari 1993, *TBBR* 1993, 394; Rb. Tongeren 20 december 1993, *TBBR* 1995, 148; Rb. Charleroi 19 maart 1996, *T.Agr.R.* 1997, 14; Rb. Doornik 2 december 1997, *T.Agr.R.* 1998, 158; Rb. Turnhout 9 februari 2004, *T.Not.* 2004, 338). Op dezelfde wijze kan het bestaan van een pacht en van de pachtvoorwaarden worden bewezen, indien er een naar de vorm andersluidend geschrift is, dit wil zeggen tegen de inhoud van een geschrift waarin de afwezigheid van een pacht wordt vastgesteld (art. 3, 2^o pachtwet; Cass. 29 oktober 2010, *RW* 2011-12, 1121, noot B. VAN DEN BERGH).

Zo ook bepaalt artikel 12 arbeidsovereenkomstenwet dat, bij gebrek aan geschrift, het getuigenbewijs toegelaten is welke ook de waarde is van het geschil (Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2004, 609). Uit die wetsbepaling volgt dat het bewijs door getuigen tegen de inhoud van een geschreven arbeidsovereenkomst niet toegelaten is (Arbhof. Luik 9 juni 1980, *JTT* 1980, 316; Arbhof. Luik 23 september 1982, *JTT* 1984, 191; Arbrb. Brussel 25 mei 1987, *JTT* 1988, 136; Arbrb. Charleroi 9 september 1988, *RRD* 1989, 371), tenzij de werknemer wil bewijzen tegen een werkgever die handelaar is (Arbh. Bergen 2 maart 1991, *JTT* 1992, 283). Maar artikel 12 arbeidsovereenkomstenwet zou niet beletten het bewijs van een overstap naar een andere arbeidsovereenkomst anders dan met een geschrift te leveren (Cass. 28 mei 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1137; Arbh. Brussel 15 februari 2010, *JTT* 2010, 244).

Artikel 5, § 1 wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen laat het bewijs door getuigen of met feitelijke vermoedens van het bestaan en van de inhoud van de arbeidsovereenkomst slechts toe, wanneer dat bewijs uitgaat van de werknemer.

708 Omgekeerd leggen talrijke andere afwijkende bijzondere wetsbepalingen (ook in handelszaken) voor bepaalde rechtshandelingen een geschreven bewijs op ook wanneer de waarde van de rechtshandeling de 375,00 EUR niet overschrijdt.

In burgerlijke zaken is dat onder meer het geval voor het bewijs van:

- een dading (art. 2044, tweede lid BW; Rb. Kortrijk 30 december 2009, *TGR-TWVR* 2010, 158);
- een genotspand (art. 2085 BW);
- de bestelling van meerwerken inzake aanneming tegen vaste prijs (art. 1793 BW);
- nog niet uitgevoerde huurovereenkomsten (art. 1715 BW; Cass. 22 maart 1945, *Arr.Cass.* 1945, 124; Cass. 21 april 1960, *Arr.Cass.* 1960, 754; Rb. Brussel 15 november 2007, *T.Vred.* 2009, 402; Vred. Elsen 29 maart 2007, *T.Vred.* 2008, 161, noot C);

- bepaalde arbeidsovereenkomsten (wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten), zoals bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst van bepaalde duur of voor een bepaald werk (art. 9) en de deeltijdse arbeidsovereenkomst (art. 11bis);
- de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen, voor zover het bewijs daarvan wordt aangevoerd door de werkgever (art. 5 wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen);
- pachtovereenkomsten (art. 3 pachtwet; Cass. 11 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 49);
- een overeenkomst van overdracht van vermogensrechten tegenover de auteur (art. 3, § 1 wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (Luik 10 april 2008, *ICIP* 2008, 631);
- ...

In handelszaken geldt hetzelfde onder meer voor het bewijs van:

- verzekeringsovereenkomsten (art. 10, § 1 wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst; art. 25 wet van 11 juni 1874 betreffende de verzekeringen; Cass. 6 februari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 202 en *TBH* 2005, 1060, noot C. VAN SCHOU BROECK);
- de wisselbrief en van het orderbriefje (art. 1 en 75 van de gecoördineerde wetten van 31 december 1955 op de wisselbrieven en de orderbriefjes);
- het cognossement (art. 85-86 wet van 21 augustus 1879 op de zee- en binnenvaart);
- ...

In al die gevallen wordt het bewijsvoorschrift van artikel 1341 BW nog versterkt, te meer aangezien de echte uitzonderingen op die wetsbepaling hier niet altijd spelen (H. DE PAGE, *Traité*, 898, nr. 881.B). Bij gebrek aan schriftelijk bewijs kan het bestaan van de rechtshandeling wel nog worden bewezen door de andere toegelaten bewijsmiddelen, in het bijzonder door de bekentenis of door de gedingbeslissende eed (vgl. art. 1715, *in fine* BW; Rb. Brussel 15 november 2007, *T.Vred.* 2009, 402). Ingevolge het lage niveau van het bedrag waaronder getuigenbewijs in principe toegelaten is, kennen deze bijzondere wetsbepalingen slechts zelden toepassing. Boven 375,00 EUR geldt hoe dan ook de eerste regel van artikel 1341 BW.

3) Het begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW)

709 Artikel 1341 BW lijdt ook uitzondering wanneer er een begin van bewijs door geschrift voorhanden is (art. 1347, eerste lid BW; Cass. 4 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 453; Cass. 22 april 2010, *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY en *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY; H. DE PAGE, *Traité*, 880, nr. 854).

a) Definitie

710 Onder begin van bewijs door geschrift wordt verstaan elk geschrift dat uitgaat van degene tegen wie het wordt ingeroepen en waardoor het beweerd feit waarschijnlijk wordt gemaakt (art. 1347, tweede lid BW; Cass. 29 september 1955, *Arr.Cass.* 1955-56, 53; Cass. 30 maart 1969, *Pas.* 1969, I, 883; Cass. 30 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1065; Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 274; Cass. 2 november 2007, *RW* 2010-11, 60; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; H. DE PAGE, *Traité*, 909, nr. 890).

b) Voorwaarden

711 Om als begin van bewijs door geschrift in aanmerking te worden genomen, moet het betrokken document voldoen aan drie voorwaarden. Het moet gaan om een geschrift, dat uitgaat van degene tegen wie het wordt ingeroepen en dat het beweerde feit waarschijnlijk maakt (Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; Vred. Wervik 20 maart 2012, *TGR-TWVR* 2012, 251, noot L. VAN DORPE; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 84, nr. 121; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 431, nr. 758; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 167, nr. 352; D. MOUGENOT, *La preuve*, 127, nr. 61; H. DE PAGE, *Traité*, 912, nr. 891; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 23, nr. 250; C. GOUX, “Observations sur le commencement de preuve par écrit”, *RRD* 1997, 204; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 4). Sommigen voegen er nog een vierde voorwaarde aan toe, meer bepaald dat het betrokken geschrift in rechte wordt voorgelegd (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2296, nr. 1688). Buiten deze voorwaarden gelden evenwel geen andere vereisten.

1. Het bestaan van een geschrift

712 Artikel 1347, tweede lid BW spreekt onterecht van een geschreven “akte”. Ondertekening is hier geen vereiste (D. MOUGENOT, “Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies”, *TBBR* 2007, 471, nr. 5; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 431, nr. 759.a). De wetgever heeft het begrip akte in artikel 1347 BW gebruikt in de betekenis van geschrift met de bedoeling om het gebruik van de term geschrift te vermijden in de definitie van begin van bewijs door geschrift (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 26). Een geschrift volstaat dus. Zoals hierboven onder de nummers 454 e.v. reeds gezegd, is sprake van een geschrift ingeval drie eigenschappen verenigd zijn: het moet gaan om de uitdrukking van een taal, die uitdrukking moet gebeuren door middel van begrijpelijke tekens, en de boodschap moet neergelegd zijn in een duurzame drager. Geen belang heeft voor het overige de gebruikte taal, de aangewende tekens en de gekozen drager (B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 4).

713 Ondanks de bewoordingen van artikel 1347 BW is verder niet vereist dat het zou gaan om een geschrift dat werd opgesteld om als bewijs te dienen, maar om een of andere reden onregelmatig is (D. MOUGENOT, *La preuve*, 128, nr. 62). Elk geschrift komt in aanmerking (Cass. 30 mei 1969, *Pas.* 1969, I, 883). Het geschrift bedoeld bij artikel 1347 BW moet in de meest ruime zin worden opgevat (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het be-

wijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, VI.3-9, nr. 5215; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 223, nr. 184; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2292, nr. 1685; D. MOUGENOT, *La preuve*, 128, nr. 62; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 19, nr. 29; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 168, nr. 355; H. DE PAGE, *Traité*, 912, nr. 892; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 4). Het betreft om het even welk document dat in een of andere geschreven vorm uitgaat van degene tegen wie men het inroept, zonder dat daarbij vereist is dat het zou gaan om handgeschreven of originele documenten (Luik 3 maart 1998, *RRD* 1998, 283; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN). Ook elektronische documenten komen in aanmerking (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 431, nr. 759.a).

714 Kunnen derhalve als geschrift in aanmerking komen om onder toepassing van artikel 1347 BW te vallen (zie in dit verband D. MOUGENOT, “Païement et commencement de preuve par écrit” (noot onder Antwerpen 30 november 2006), *P&B* 2007, 288-290; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2294-2295, nr. 1685; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 84-85, nr. 122; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 431, nr. 759.a; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 167-169, nrs. 353-356; H. DE PAGE, *Traité*, 914-1915, nr. 892):

- een wegens een vormgebrek nietige authentieke akte die niet kan gelden als onderhandse akte omwille van de ernst van het gebrek waarmee ze behept is, zoals bijvoorbeeld de tegenwoordigheid van de partijen en de ondertekening vóór de notaris en de getuigen (Cass. 22 maart 1917, *Pas.* 1917, I, 398);
- een notariële akte die door een partij slechts een keer is ondertekend (in naam van de vennootschap) terwijl zij in een dubbele hoedanigheid is opgetreden (meer bepaald een bedrijfsleider enerzijds in naam van zijn vennootschap om een volmacht toe te kennen voor het nemen van een hypotheek op onroerende goederen die eigendom zijn van de vennootschap en anderzijds in eigen naam om zich borg te stellen voor het geval een hypotheek in eerste rang niet geldig zou kunnen worden gevestigd in uitvoering van de lastgeving), dit wat betreft de persoonlijke verbintenis als borg (Gent 10 januari 2005, *TBBR* 2007, 307, noot M. RENARD-DECLAIRFAYT en *T.Not.* 2007, 652, noot C. DE WULF);
- een onderhandse akte die niet voldoet aan artikel 1325 of 1326 BW (Cass. 26 oktober 1950, *Pas.* 1951, I, 96; Brussel 17 juni 1960, *Pas.* 961, II, 219; Brussel 17 oktober 1960, *RW* 1960-61, 944; Brussel 9 maart 1983, *RW* 1985-86, 750; Bergen 13 november 1984, *Pas.* 1984, II, 155, noot; Bergen 10 september 1986, *JLMB* 1987, 568; Brussel 11 januari 1990, *TSR* 1990, 180; Brussel 8 mei 1990, *JT* 1990, 675; Bergen 3 december 1996, *JT* 1997, 240; Brussel 10 december 1996, *Res Jur.Imm.* 1997, 35; Bergen 13 december 1996, *JT* 1997, 410; Brussel 22 oktober 1997, *TBBR* 1998, 359; Antwerpen 15 december 1997, *RW* 1998-99, 1224; Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724; Gent 12 november 1999, *AJT* 2001-02, 475; Antwerpen 3 maart 2003, *TBBR* 2005, 423; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Antwerpen 1 juni 2004, *NJW* 2005, 801, noot R. STEENNOT; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 364; Brussel 25 april 2008, *DAOR* 2008, 217, noot G.L. BALLON; Gent 23 april 2009, *P&B* 2010, 42; Rb. Brussel 24 februari 1976, *Pas.* 1976, III, 61; Rb. Namen 17 mei 1977, *RRD* 1978, 400; Rb. Mechelen 8 december 1981, *RW* 1983-84, 594; Rb. Luik 27 september 1983, *JL* 1984, 245; Rb. Brugge 27 juni 1994, *RW* 1994-95, 544; Rb. Luik 10 mei 1996, *JLMB* 1996, 1335; Rb. Dendermonde 31 december 1997, *DCCR* 2000, 46; Rb. Hasselt 18 april 2002, *RW* 2004-05, 432; Rb. Leuven 22 oktober 2003, *RABG* 2004, 742, noot B. VAN BAEVEGHEM; Rb. Kortrijk 30 december 2009, *TGR* 2010, 158; Vred. Herstal 21 juni 1996, *JLMB* 1997, 34);

- een document dat volledig met de hand is geschreven door een van de kredietnemers, dat is ondertekend door hemzelf en de medekredietnemer en dat het ontleende bedrag vermeldt, ook al wordt geen melding gemaakt van de identiteit van de kredietverlener (Luik 28 april 2008, *Jaarboek Kredietrecht* 2008, 144);
- brieven die niet met onderhandse akten kunnen worden gelijkgesteld (Luik 25 juni 1996, *JLMB* 1996, 1508, noot M.V.A.); zo bijvoorbeeld een brief uitgaande van een particulier die zijn architect bedankt voor een prijsraming en hem van zijn opdracht ontheft, eraan herinnerend dat hij alleen die prijsraming en een schets had gevraagd, tot bewijs van het bestaan van een architectenovereenkomst (Antwerpen 16 maart 1988, *DCCR* 1992-93, 160, noot, B. LOUVEAUX), of nog, brieven die enkel ondertekend zijn met een voornaam, met een hoedanigheid (uw zoon, uw vader), met initialen of een paraaf;
- bepaalde elektronische berichten: e-mails, sms, telegrammen, telexen (Rb. Turnhout 21 mei 1987, *TBBR* 1989, 171; Rb. Gent 10 april 2010, *T.App.* 2012, 26), een telefaxbericht (Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN)... die berichten laten immers een inhoudelijk spoor na op de apparatuur van de ontvanger (zie de definitie van een geschrift opgenomen in art. 16, § 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *BS* 17 maart 2003);
- een afschrift waarvan het bestaan van of de conformiteit met het origineel wordt betwist, bijvoorbeeld een carbonkopie, een fotokopie (Luik 3 maart 1998, *RRD* 1998, 283; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; anders: Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417), een microfilm...;
- huishoudelijke registers en papieren, voor zover ze zelf geen afdoend bewijs vormen, zoals bijvoorbeeld vermeldingen in een notaboekje (Cass. 10 februari 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, 725);
- aantekeningen op een vel papier, op een omslag of op een gesloten pakje;
- aantekeningen op een schets tot bewijs van het bestaan van een architectenovereenkomst (Vred. Namen 15 september 1987, *RRD* 1987, 388);
- een testament, tijdens het leven van de testator (Antwerpen 21 december 2004, *RW* 2006-07, 63);
- de opneming van een schuld in de aangifte van nalatenschap in verband met het bestaan van een lening (Rb. Gent 6 april 2005, *NJW* 2005, 1174, noot E. BREWAEYS); omgekeerd, de niet-opneming van een schuld in de aangifte van nalatenschap in verband met een betaling (Rb. Hasselt 7 november 2001, *Limb.Rechtsl.* 2004, 36);
- de door een advocaat in zijn conclusie opgenomen verklaringen van zijn cliënt (Cass. 13 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 223; Cass. 6 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1062), bijvoorbeeld de erkenning in conclusies van de juistheid van bepaalde vermeldingen in het rapport van de technisch raadgever van de tegenpartij (Bergen 5 november 2001, *TBH* 2002, 708);
- een proces-verbaal van verhoor (art. 948 en 1004 Ger.W.; Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373);
- een verklaring voor een onderzoeksrechter (Cass. 31 oktober 1887, *Pas.* 1888, I, 10; Cass. 2 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 220; Cass. 13 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 223) of voor een politiecommissaris (Cass. 12 oktober 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 256);
- een verklaring naar aanleiding van een inventaris;
- een advertentie of aankondiging geplaatst in de pers (Vred. Moeskroen 20 april 1983, *T.Vred.* 1984, 60; anders: Antwerpen 7 september 1994, *Turnh.Rechtsl.* 1994-95, 48);
- een computeroutputprint;
- door de raad van bestuur goedgekeurde notulen;
- een door de bouwheer ondertekend plan of bouwaanvraag opgesteld door of met vermelding van de architect (in verband met het bestaan van een architectenovereenkomst) (Rb. Dendermonde 21 oktober 1982, *RW* 1984-85, 2487, noot; Brussel 8 juni 1989, *T.Aann.* 1990, 420; Rb. Brussel 16 december 1994, *JLMB* 1996, 419; Rb. Kortrijk 16 oktober 1987, *RW* 1987-88, 1514);
- het verslag van een technisch raadgever (Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 960);
- het verslag van een privédetective (Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507, noot D. MERTENS);
- de afgifte van een cheque door de schuldenaar aan de schuldeiser, ook al is de cheque uitgegeven door een vriend van de schuldenaar (Cass. 12 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 789);
- een niet-gedagtekende (Luik 17 oktober 1964, *Pas.* 1965, II, 58) of niet door de trekker ondertekende (Luik 12 december 2005, *JT* 2005, 188) wisselbrief;
- een niet-ondertekende kwitantie (Brussel 25 februari 1988, *TBBR* 1990, 132, noot P. COLLE);

- een ontvangstbewijs (Bergen 2 juni 1999, *TBBR* 2000, 319; Rb. Antwerpen 29 april 1992, *TBH* 1993, 1062, noot J. BUYLE, X. THUNIS);
- (het geschrift dat) een gedeeltelijke betaling (uitvoert of vaststelt) (Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007, 287, noot D. MOUGENOT) zoals bijvoorbeeld een bankoverschrijving (Vred. Charleroi 26 oktober 2001, *TBBR* 2002, 475);
- een in steno of cryptogrammen opgestelde tekst (M. FONTAINE, “La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles”, *La Preuve*, Colloquium UCL, 1987, 5) of een uitgetikte tekst (D. MOUGENOT, *La preuve*, 128, nr. 62);
- de journaalrol van een bankautomaat of betaalterminal;
- de premieafrekening die uitgaat van de verzekeraar (in verband met het bestaan van een uitbreiding van de dekking) (Luik 17 maart 2003, *T. Verz.* 2003, 560);
- het bijvoegsel van een verzekeringspolis (Luik 2 oktober 2006, *JLMB* 2007, 437);
- een verjaardagskaartje (in verband met de schenking van een voertuig) (Brussel 21 december 2010, *T. Not.* 2011, 374; H. GEENS, “Van simpele verjaardagskaart tot bewijs in rechte”, *Juristenkrant* 2011, 2);
- de afgifte van effecten aan toonder (Brussel 22 februari 2001, *JT* 2001, 718);
- ...

715 Zijn daarentegen in principe geen begin van bewijs door geschrift, bij gebrek aan geschrift:

- een kruis geplaatst in aanwezigheid van getuigen;
- een digitale outprint;
- een enkele geldoverdracht van hand tot hand (D. MOUGENOT, “Paiement et commencement de preuve par écrit”, *P&B* 2007, 289-290);
- een geluidsofname (Gent 21 november 2002, *NJW* 2003, 634, noot E. BREWAEYS);
- het (zelfs omstandig) stilzwijgen;
- ...

716 Omdat het begin van bewijs door geschrift het bestaan van een geschrift vereist, kunnen de procedure van schriftonderzoek en de valsheidprocedure ook hier worden aangewend (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 223, nr. 184; H. DE PAGE, *Traité*, 917, nr. 893bis).

2. Een geschrift dat uitgaat van degene tegen wie het wordt ingeroepen

717 Het geschrift moet uitgaan van de schuldenaar tegen wie men dat geschrift en het beweerde feit inroept (Cass. 29 september 1955, *Arr. Cass.* 1955-56, 53; Luik 11 december 1995, *JLMB* 1996, 507; Luik 2 februari 2000, *TBBR* 2001, 405; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN en *TBH* 2011, noot A. ANDRE-DUMONT; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN).

Dat is bijvoorbeeld het geval met een door de beweerde bewaarnemer geschreven en ondertekende verklaring (Cass. 6 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 321).

Het geschrift dat uitgaat van degene die het inroept, komt dus niet in aanmerking (Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN en *TBH* 2011, 338, noot A. ANDRE-DUMONT; Rb. Leuven 26 februari 1992, *Pas.* 1997, III, 57). Die regel is een bijzondere toepassing van de algemene regel dat niemand zichzelf eenzijdig een volledig bewijs van zijn aanspraken kan verschaffen.

Vandaar dat bijvoorbeeld een factuur (Antwerpen 18 februari 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 32) of een niet door de particulier ondertekende bestelbon (Luik 11 december 1995, *JLMB* 1996, 507) geen begin van bewijs door geschrift kunnen opleveren ten gunste van hun auteur, terwijl het omgekeerde wel het geval kan zijn. Hetzelfde geldt voor borderellen ter bevestiging van orders of transacties, rekeninguittreksels of rekeningstaten ten gunste van de bank (Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN en *TBH* 2011, noot A. ANDRE-DUMONT). Ook een overschrijvingsbulletin dat uitgaat van degene die geld beweert te hebben uitgeleend, komt niet in aanmerking (Brussel 11 april 1986, *JT* 1987, 114).

Ook geschriften van derden die de schuldenaar zich niet heeft toegeëigend, vormen geen begin van schriftelijk bewijs (Antwerpen 16 maart 2009, *P&B* 2010, 74). Het tegendeel voorhouden zou erop neerkomen het bewijs door getuigen steeds te aanvaarden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 169, nr. 357).

Zo werden bijvoorbeeld de notulen van de raad van beheer van een rechtspersoon niet als begin van bewijs door geschrift aanvaard (Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, 66, noot A. VANDER-HAEGHEN).

718 De hierboven bedoelde regel verwoordt de principes van toerekenbaarheid en onveranderlijkheid waaraan moet zijn voldaan opdat aan een geschrift bewijskracht zou kunnen toekomen. Ook die principes van toerekenbaarheid en onveranderlijkheid worden ruim opgevat (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 432, nr. 760.b). Niet vereist is dat het geschrift werd opgesteld door de schuldenaar zelf, het mag ook uitgaan van een derde, op voorwaarde evenwel dat de schuldenaar zich het geschrift heeft toegeëigend (Cass. 19 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 37; Cass. 24 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1078; Cass. 12 oktober 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 256; Gent 12 november 1999, *AJT* 2001-02, 475; Luik 2 oktober 2006, *JLMB* 2007, 437; Rb. Luik 26 juni 1995, *JLMB* 1996, 773; Rb. Brugge 24 maart 1997, *T.Not.* 1998, 54, noot; Rb. Brugge 23 november 2007, *TGR-TWVR* 2008, 192). Al evenmin vereist is dat het geschrift aan degene die het inroept werd overhandigd of te zijner beschikking werd gesteld (Cass. 30 mei 1969, *Pas.* 1969, I, 883). Het volstaat dat de volledige inhoud van het geschrift kan toegerekend worden aan een bepaalde persoon (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 85, nr. 123; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 169, nr. 357; D. MOUGENOT, *La preuve*, 129, nr. 63; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96, nr. 4). Dat is bijvoorbeeld niet het geval met een vervalst document (D. MOUGENOT, *La preuve*, 129, nr. 63). Inzake langs elektronische weg gesloten contracten schrijft artikel 16, § 2 wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij voor dat aan de vereiste van een geschreven vermelding van degene die zich verbindt, kan worden voldaan door om het even welk procedé dat waarborgt dat de vermelding effectief uitgaat van deze laatste.

De toe-eigening kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden, voor zover ze maar vaststaat (H. DE PAGE, *Traité*, 918, nr. 894.B).

De toe-eigeningsvereiste zal doorgaans geen probleem opleveren, wanneer het geschrift is ondertekend door degene tegen wie men het inroept (Gent 12 november 1999, *AJT* 2001-02, 475).

Dat is bijvoorbeeld het geval met het door de architect opgestelde en door de bouwheer ondertekende plan in verband met het bestaan van een architectenopdracht (Rb. Kortrijk 16 oktober 1987, *RW* 1987-88, 1514), met het verzekeringsbewijs dat uitgaat van de verzekeraar, de zogenaamde groene kaart (Antwerpen 20 juni 1990, *Verkeersrecht* 1991, 195), of nog, met de door een partij ondertekende akte in de redactie waarvan zij geen materieel aandeel heeft gehad (Luik 25 februari 1997, *RRD* 1997, 202, noot C. Goux).

Nochtans is ondertekening door de schuldenaar niet vereist, op voorwaarde evenwel dat de schuldenaar zich het geschrift heeft toegeëigend bijvoorbeeld in een latere bevestiging of door het aan zijn tegenpartijen voor te leggen (Luik 3 maart 1998, *RRD* 1998, 283; Rb. Brugge 23 november 2007, *TGR-TWVR* 2008, 192; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 223, nr. 184; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2293, nr. 1685; D. MOUGENOT, *La preuve*, 128-129, nrs. 62-63; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 19, nr. 29; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 432, nr. 760.b; L. VAN DORPE, “Door een andere bril bekeken ...” (noot onder Vred. Wervik 20 maart 2012), *TGR-TWVR* 2012, 252; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 223, nr. 224).

De rechtspraak is rijk aan illustraties van toe-eigening van het geschrift. Zo werd bijvoorbeeld als begin van bewijs door geschrift in aanmerking genomen, het boekje van de huurder waarin de verhuurder maandelijks een kwijting voor de ontvangen huurgelden had ingeschreven (Rb. Hoei 27 april 1983, *Pas*. 1984, III, 1). Hetzelfde geldt voor een document dat uitging van een lasthebber (Rb. Brugge 24 maart 1997, *T.Not.* 1998, 54, noot). Zo ook werd aangenomen dat de rechter wettig kan oordelen dat wanneer, tot gedeeltelijke aflossing van de schuld, de schuldenaar aan de schuldeiser een cheque heeft afgegeven die door een vriend van de schuldenaar is uitgegeven, die afgifte, zonder protest van die vriend, een begin van bewijs door geschrift van het bestaan van een schuldvordering oplevert (Cass. 12 februari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 789). In een ander geval werd geoordeeld dat, wanneer een door een advocaat van een partij ondertekende conclusie de vermeldingen van een door deze partij tijdens het geding overgelegd verslag van haar technisch adviseur als juist erkent, en deze partij zich aldus de vermeldingen van dit verslag heeft toegeëigend, de rechter, die vaststelt dat door deze toe-eigening het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt, de conclusie als een begin van bewijs door geschrift in aanmerking mag nemen (Cass. 6 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1062, noot). Zo ook kunnen, alhoewel niet ondertekend, als begin van bewijs door geschrift in aanmerking komen: een boekhouding, een aangifte van nalatenschap, een vermelding op een factuur, een kladdocument, een agenda, een advertentie, een getuigenschrift van verzekering (Luik 13 mei 1994, *JLMB* 1994, 1034), bankuittreksels (Rb. Luik 26 juni 1995, *JLMB* 1996, 773)... Voor zover geen twijfel bestaat omtrent de identiteit van de afzender en omtrent de integriteit van het document, kunnen ook als begin van bewijs door geschrift gelden, telexen, telegrammen en (van een gekopieerde handtekening voorziene) telefaxberichten (Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN), elektronische berichten zoals e-mails en sms (Rb. Gent 10 april 2010, *T.App.* 2012, 26), alsook reproducties zoals fotokopieën, scans, microfilms... (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 698; J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk

bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-4, § 2 en VI.4-6, § 5, 1; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 161, nr. 182). Het elektronisch logboek waarin betalingsverrichtingen via bankautomaten, via betaalterminals, via thuisbankieren of via oplaadbare betaalkaarten worden geregistreerd, kan gelden als begin van bewijs door geschrift, maar enkel tegen de klant, omdat het logboek van hem uitgaat (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-8, § 6). Terecht wordt opgemerkt dat in dergelijke gevallen ook sprake kan zijn van een (buitengerechtigde) bekentenis (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 223, nr. 184).

Vaak wordt aanvaard dat een kopie waarvan het bestaan van of de conformiteit met het origineel wordt betwist, kan gelden als een begin van bewijs door geschrift (Luik 3 maart 1998, *RRD* 1998, 223; S. STJNS, *Verbintenissenrecht*, 172, nr. 233; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 62; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 679, 696 en 697; D. MOUGENOT, “Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies” (noot onder Bergen 27 februari 2007), *TBBR* 2007, 470-475). Daartegen wordt ingebracht dat, aangezien in de hier besproken hypothese het bestaan van of de conformiteit met het origineel wordt betwist, niet is voldaan aan de voorwaarde van toe-eigening (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, VI.3-90, nr. 5476).

Soms wordt verdedigd dat geluids- en beeldopnames kunnen gelden als begin van bewijs door geschrift (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-5, § 3, voetnoot 1). Voor zover hier al sprake mocht zijn van een geschrift, zal zelden aan de voorwaarde van toe-eigening zijn voldaan omdat de toe-eigening van het document door de auteur doorgaans zal ontbreken (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 698). Voor een zeldzaam toepassingsgeval, zie Gent 21 november 2002, *NJW* 2003, 634, noot E. BREWAEYS.

Wanneer de toe-eigening door de schuldenaar niet vaststaat, is niet bewezen dat het geschrift van hem uitgaat en kan het niet als begin van bewijs door geschrift gelden.

Dat is bijvoorbeeld het geval met een proces-verbaal dat werd opgesteld door een politiecommissaris, dat enkel door hem werd ondertekend en dat niet wordt erkend door degene wiens verklaring erin is genoteerd (Cass. 12 oktober 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 256; zie ook Cass. 4 mei 1882, *Pas.* 1882, I, 121). Hetzelfde geldt voor niet-ondertekende of niet-verstuurde briefwisseling. Evenmin werd als begin van bewijs door geschrift van een beweerde verlenging van een aankoopoptie aanvaard, een niet-ondertekend document dat werd opgesteld door de notaris van de optieverlener (Rb. Antwerpen 20 november 2007, *TBO* 2008, 226). Geoordeeld werd ook dat een gewone paraaf onder aan een document slechts geldt als bericht van ontvangst en niet de wil uitdrukt van de persoon die deze geplaatst heeft om zijn akkoord te betuigen met de inhoud van dat document, zodat geen sprake is van een begin van bewijs door geschrift (Brussel 8 juni 2006, *JT* 2007, 133).

719 Ook een geschrift dat uitgaat van de (wettelijke of conventionele) vertegenwoordiger van de schuldenaar kan als begin van bewijs door geschrift gelden (Cass. 11 april 1929, *Pas.* 1929, I, 154; Cass. 14 oktober 1965, *Pas.* 1966, I, 206; Brussel 21 juni 1988, *JT* 1988, 689; Bergen 2 juni 1999, *TBBR* 2000, 319; Rb. Brugge 24 maart 1997, *T.Not.* 1998, 54, noot; Rb. Gent 10 april 2010, *T.App.* 2012, 26; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek*

Burgerlijk Recht, 432, nr. 760.b; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 169, nr. 357; D. MOUGENOT, *La preuve*, 129, nr. 63).

Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan:

- de conclusie, opgesteld door de advocaat van de schuldenaar, waarin de juistheid van bepaalde feiten (bv. het verslag van een technisch raadgever van een partij) wordt bevestigd (Cass. 13 oktober 1967, *Arr.Cass.* 1968, 223; Cass. 6 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1062, noot; Bergen 5 november 2001, *TBH* 2002, 708);
- de boekhouding en de rekeninguittreksels van het bestuur van de postcheques dat de lasthebber is van zijn aangeslotenen (Brussel 1 december 1964, *JT* 1965, 176);
- bankuittreksels (Rb. Luik 26 juni 1995, *JLMB* 1996, 773), behalve wanneer ze tegen de klant worden ingeroepen door de bank die ze heeft opgesteld (Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN en *TBH* 2011, 338, noot A. ANDRE-DUMONT);
- het door de notaris van de verkoper aan de notaris van de geïnteresseerde bieder gefaxte ontwerp van koopovereenkomst (Rb. Veurne 16 december 1999, *TWVR* 1999, 166);
- een verklaring van de vastgoedmakelaar inzake de koopovereenkomst tussen partijen (Antwerpen 16 maart 2009, *P&B* 2010, 74 waarin evenwel werd geoordeeld dat door de koper niet was aangetoond dat de makelaar in dat geval was opgetreden als lasthebber van de schuldenaar-verkoper);
- ...

Ook een document dat uitgaat van de *rechtsvoorganger* van erfgenamen, algemene legatarissen of legatarissen ten algemene titel (Cass. 25 juli 1850, *Pas.* 1851, I, 179; Brussel 8 november 1965, *Pas.* 1966, II, 259), komt in aanmerking als begin van bewijs door geschrift.

720 Zoals reeds gezegd, moet de partij die zich tegenover een derde op het bestaan van een rechtshandeling beroept, artikel 1341 BW naleven. Bij gebrek aan akte, kan die partij in dit geval in principe een begin van bewijs door geschrift aanwenden. Dat begin van schriftelijk bewijs kan dan wel niet uitgaan van de derde, die per hypothese geen schuldenaar is in het raam van die rechtshandeling, maar die er wel de externe gevolgen kan van ondergaan. Aangezien het begin van schriftelijk bewijs ook niet kan uitgaan van degene die zich erop beroept, moet dat begin van schriftelijk bewijs hier uitgaan van een andere partij bij de betrokken rechtshandeling die tegengestelde belangen heeft aan degene die de rechtshandeling tegenover de derde inroept (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2295, nr. 1686).

3. Een geschrift dat het beweerde feit waarschijnlijk maakt

721 Belangrijkste voorwaarde om te kunnen spreken van een begin van schriftelijk bewijs is dat het geschrift het beweerde feit waarschijnlijk moet maken. Daarbij volstaat het niet dat de inhoud van het geschrift het beweerde feit louter mogelijk maakt. Het geschrift moet dat feit effectief waarschijnlijk maken (Cass. 7 januari 1942, *Pas.* 1942, I, 3; Cass. 24 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1078; Cass. 13 maart 1964, *Pas.* 1964, I, 755; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 565; Gent 27 oktober 1998, *TBBR* 2001, 170). Waarschijnlijkheid betekent dat het feit door het geschrift een schijn van waarachtigheid krijgt (Antwerpen 14 februari 2005, *NJW* 2006, 34, noot E. BRE-

WAEYS; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; Rb. Brussel 5 april 1996, *JLMB* 1996, 1708). Het beweerde feit moet door het begin van bewijs door geschrift geloofwaardig of aannemelijk worden gemaakt. De rechter moet aan de hand van het begin van bewijs door geschrift overtuigd geraken (met redelijke kans op zekerheid) dat de erin uitgedrukte verbintenissen met de realiteit kunnen overeenkomen. Het begin van schriftelijk bewijs moet derhalve een aanwijzing impliceren dat het aangevoerde feit niet van iedere grond is ontbloot en dat er dienaangaande meer is dan enkel getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 223, nr. 184; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2295-2296, nr. 1687; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 19, nr. 29; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 432, nr. 761.C; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 171, nr. 358; D. MOUGENOT, *La preuve*, 130, nr. 64; H. DE PAGE, *Traité*, 920, nr. 895.A). Waarschijnlijkheid komt hierop neer dat, alhoewel het bewijs nog onvolmaakt is, het standpunt van degene die het begin van schriftelijk bewijs inroept, de voorkeur lijkt te verdienen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 130, nr. 64).

Geoordeeld werd dat aan die voorwaarde niet is voldaan ten aanzien van het document dat wordt tegengesproken door andere bewijselementen die uitgaan van degene die zich daarop beroept (Gent 13 november 2008, *T.Verz.* 2009, 255, noot G. VAN GOSSUM). Ook van door de oogarts opgestelde voorschriften werd aangenomen dat zij op zich nog niet waarschijnlijk maken dat aan de opticien die ze in zijn bezit heeft, de opdracht werd gegund om de brillen te maken (Vred. Wervik 20 maart 2012, *TGR-TWVR* 2012, 251, noot L. VAN DORPE).

722 Maar aan de andere kant moet het begin van schriftelijk bewijs ook geen volledig, *quasi*-volledig of half bewijs impliceren, doch alleen maar een begin van bewijs. Vandaar dat de term “waarschijnlijkheid” ruim moet worden geïnterpreteerd, aangezien het begin van schriftelijk bewijs niet tot doel heeft het beweerde feit te bewijzen, doch enkel aanvullend bewijs toe te laten (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 85, nr. 124; H. DE PAGE, *Traité*, 911, nr. 890.B en 919-920, nr. 895; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 224, nr. 225).

De rechter die, met het oog op de toelaatbaarheid van de bewijsoverlevering door getuigen, uit de tegenstrijdigheid van door de schuldenaar ondertekende verklaringen een feit als waarschijnlijk afleidt, miskent het begrip “waarschijnlijkheid” niet en vermag zodoende te oordelen dat deze verklaringen een begin van bewijs door geschrift opleveren (Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 274). Hetzelfde kan gelden voor vage of ontwijkende antwoorden tijdens een verhoor. Maar wanneer de verweerder onder alle voorbehoud van recht een dading aanbiedt, mag dit niet worden aangezien als een begin van bewijs door geschrift dat de schuld bestaat (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 433, nr. 761; H. DE PAGE, *Traité*, 922, nr. 895). Of een cheque kan gelden als begin van bewijs door geschrift van de onderliggende rechtsverhouding (bv. een leningovereenkomst) wordt betwist (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 171, nr. 358). Aangenomen werd dat een wisselbrief (die als dusdanig niet beantwoordt aan art. 1326 BW) geldt als begin van schriftelijk bewijs van de onderliggende rechtsverhouding (een contract van lening) (Luik 12 december 2005, *JT* 2005, 188; Brussel 25 april 2008, *DAOR* 2008, 217, noot G. BALLON).

Veeleer dan de inhoud van het geschrift zelf, kunnen extrinsieke omstandigheden die het geschrift begeleiden, door de rechter in acht worden genomen.

Zo kan bijvoorbeeld een begin van bewijs door geschrift het bestaan van een makelaarscontract uitmaken, het beding in een onderhandse verkoopovereenkomst dat, ingeval een verkoopcommissie mocht worden gevraagd, dat commissieloon bij helften onder de verkopers zal verdeeld worden (Rb. Doornik 26 oktober 1988, *JLMB* 1989, 626). Ook de afgifte van effecten aan toonder aan een persoon die geen enkele volmacht bezit op de bankrekeningen van degene die deze effecten overdraagt, werd aangenomen als begin van bewijs door geschrift dat de beweerde schenking waarschijnlijk maakt (Brussel 22 februari 2001, *JT* 2001, 718). In een ander geval werd een fax waarin een rekeningnummer werd medegedeeld waarop de kopers van de aandelen het voorschot op de koopprijs konden storten, aangezien als een begin van schriftelijk bewijs van het bestaan van de opdracht van de bestemming om te bemiddelen bij de verkoop van de aandelen (Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93).

Waarschijnlijkheid impliceert niet noodzakelijk dat de inhoud van het geschrift rechtstreeks en uitsluitend het te bewijzen feit tot voorwerp moet hebben. Het kan ook gaan om een aanverwant feit (Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN).

Zo zal de brief waarin iemand een lening heeft aangevraagd, als begin van bewijs door geschrift van het bestaan van een leningsovereenkomst tegen hem kunnen gelden wanneer de betrokkene naderhand weliswaar erkent een som geld te hebben ontvangen, maar beweert dat het om een schenking gaat (Cass. 30 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1065).

723 In tegenstelling tot de twee eerste voorwaarden van het begin van schriftelijk bewijs (een geschrift dat uitgaat van de schuldenaar tegen wie het wordt ingeroepen) die als rechtswesties onderworpen zijn aan de controle van het Hof van Cassatie (Cass. 2 mei 1939, *Pas.* 939, I, 220; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 565), is de vraag of al dan niet waarschijnlijkheid voorhanden is een feitenkwestie die door de feitenrechter op soevereine wijze wordt beoordeeld (Cass. 7 januari 1942, *Arr.Cass.* 1942, 3; Cass. 20 juni 1946, *Pas.* 1946, I, 251; Cass. 29 september 1955, *Pas.* 1956, I, 65; Cass. 8 april 1957, *Pas.* 1957, I, 965; Cass. 8 september 1961, *Pas.* 1962, I, 41; Cass. 13 maart 1964, *Pas.* 1964, I, 755; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 565; Cass. 30 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1065; Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 294; Cass. 2 november 2007, C.05.0379.F, www.cass.be). Het Hof van Cassatie gaat alleen na of het begrip waarschijnlijkheid door de feitenrechter niet werd miskend (Cass. 7 januari 1942, *Arr.Cass.* 1942, 3; Cass. 8 april 1957, *Pas.* 1957, 965; Cass. 24 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1078; Cass. 13 maart 1964, *Pas.* 1964, I, 755; Cass. 23 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 565; Cass. 30 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1065; Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 274; Cass. 2 november 2007, *RW* 2010-11, 60).

4. Een geschrift dat in rechte wordt voorgelegd

724 Het begin van schriftelijk bewijs moet aan de rechter worden voorgelegd. Een loutere verwijzing naar dat betrokken geschrift

volstaat niet. Bewijs door getuigen of met feitelijke vermoedens van het bestaan van het begin van schriftelijk bewijs en van het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden, is uitgesloten (Cass. 24 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1078; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2296, nr. 1688; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 85, nr. 122; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 172, nr. 358; D. MOUGENOT, *La preuve*, 128, nr. 61; H. DE PAGE, *Traité*, 916-917, nr. 893).

c) De gevolgen op bewijsrechtelijk vlak

725 Het geschrift dat een begin van bewijs uitmaakt is op zich onvoldoende als bewijs. Het is dus geen volwaardig bewijsmiddel zoals een akte (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 432, nr. 761.c; D. MOUGENOT, *La preuve*, 127, nr. 61; H. DE PAGE, *Traité*, 910, nr. 890.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 220, nr. 218). Het is wel een uitgangspunt voor de redenering van de rechter (Cass. 8 september 1961, *Pas.* 1962, I, 41). Het laat toe een uitzondering te maken op artikel 1341 BW (art. 1347, eerste lid BW; Cass. 4 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 453; Cass. 22 april 2010, AR C.08.0602.N, www.cass.be; Antwerpen 18 november 1997, *TBBR* 1998, 377; Luik 3 oktober 2008, *JLMB* 2009, 1024; Brussel 21 december 2010, *T.Not.* 2011, 374; Antwerpen 31 oktober 2011, *P&B* 2012-13, 93, noot B. SAMYN; Rb. Gent 10 april 2010, *T.App.* 2012, 26). Het is meer bepaald een hulpmiddel dat de mogelijkheid biedt om, ook in de gevallen waar in beginsel alleen een bewijs door een akte kan worden geleverd, toch nog te trachten het bestaan van een rechtshandeling met getuigen (art. 1347 BW) of door feitelijke vermoedens (art. 1353 BW) te bewijzen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2292, nr. 1684; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 269; D. MOUGENOT, *La preuve*, nr. 61; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 84, nr. 120; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 22, nr. 240; B. SAMYN, “Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)”, *P&B* 2012-13, 96 nr. 5).

Van zodra een begin van schriftelijk bewijs voorhanden is, is aanvullend bewijs door getuigen of met feitelijke vermoedens steeds toegelaten (H. DE PAGE, *Traité*, 910, nr. 890.B). Het begin van bewijs door geschrift mag daarbij ook worden ingeroepen wanneer normalerwijze een authentieke akte zou moeten worden voorgelegd (Bergen 18 december 1996, *JT* 1997, 370). Artikel 1347 BW impliceert een afwijking van de beide regels van artikel 1341 BW. Ingeval een begin van bewijs door geschrift voorhanden is, mag het bewijs door getuigen en vermoedens worden geleverd, niet slechts van het bestaan van een rechtshandeling waarvan de waarde 375,00 EUR te boven gaat, doch bovendien tegen en boven de inhoud van een akte (wat dat laatst betreft, zie Cass. 14 mei 1926, *Pas.* 1926, I, 373; Cass. 3 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 618; Cass. 4 mei 1995, *Arr.Cass.* 1995, 453; Bergen 18 december 1996,

JT 1997, 370). In dat laatste geval is het begin van bewijs door geschrift ook vereist beneden de 375,00 EUR (art. 1341 BW) en kan het begin van bewijs door geschrift niet gevonden worden in de akte tegen en boven de inhoud waarvan men wil bewijzen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 172-173, nr. 359).

Het onvolmaakt bewijs dat het begin van bewijs door geschrift uitmaakt, moet door de partij die de bewijslast draagt (het is niet de taak van de rechter dit ambtshalve te doen: Antwerpen 20 juni 2005, *NJW* 2006, 511, noot E. BREWAEYS) in principe verder worden aangevuld door aan het geschrift zelf extrinsieke elementen toe te voegen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 84, nr. 120; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 173, nr. 360; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 220, nr. 218), inzonderheid door het getuigenbewijs (Antwerpen 20 november 2006, *P&B* 2007, 287) of door het bewijs met feitelijke vermoedens (Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417; Antwerpen 20 juni 2005, *NJW* 2006, 511, noot E. BREWAEYS; Antwerpen 8 juni 2009, *P&B* 2009, 224; Rb. Gent 6 april 2005, *NJW* 2005, 1174 noot E. BREWAEYS; Rb. Gent 2 juni 2009, *RW* 2010-11, 291) om de rechter tot de (rechterlijke) zekerheid van het betwist feit te brengen (Cass. 6 november 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 321; Cass. 22 april 2010, AR C.08.0602.N, www.cass.be; Antwerpen 1 juni 2004, *NJW* 2005, 801, noot R. STEENNOT; Luik 10 maart 2009, *JLMB* 2010, 1344). Die feitelijke vermoedens mogen niet geput worden uit het geschrift dat het begin van bewijs uitmaakt (Rb. Mechelen 8 december 1981, *RW* 1983-84, 597; Rb. Hasselt 31 mei 2001, *RW* 2003-04, 544; Rb. Gent 6 april 2005, *NJW* 2005, 1174, noot E. BREWAEYS), doch wel uit andere documenten die op zich een begin van schriftelijk bewijs vormen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 127, nr. 61). Ook de aanvullende eed komt in aanmerking. De bewijskracht vloeit uiteindelijk voort uit de samenvoeging van het begin van bewijs door geschrift met die extrinsieke elementen.

Gebeurt die samenvoeging met succes, dan heeft dit bewijsmiddel de zelfde bewijskracht als een akte. In het andere geval wordt het begin van bewijs door geschrift op bewijsrechtelijk vlak nutteloos (B. SAMYN, "Het begin van bewijs door geschrift (een A vereist een B) en bekentenis (onsplitsbaarheid en volmacht)", *P&B* 2012-13, 96, nr. 5).

726 Wanneer een geschrift aan de hierboven bedoelde voorwaarden voldoet, zonder een akte te zijn, hecht de wetgever daaraan op bewijsvlak in principe dus een vrij grote betekenis. De regeling is ingegeven door billijkheidsoverwegingen ten gunste van degene die heeft nagelaten zich een akte te doen verschaffen en daarom dreigt het geschil te verliezen, terwijl nochtans aanwijzingen voorhanden zijn die zijn beweringen geloofwaardig maken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 127, nr. 61). Het begin van bewijs door geschrift beperkt bovendien de onzekerheden en de risico's verbonden aan het getuigenbewijs en aan het bewijs door feitelijke vermoedens die daar-

om in dat geval aanvullend wel worden toegelaten (H. DE PAGE, *Traité*, 910-911, nr. 890.B). Dat alles verklaart waarom het begin van bewijs door geschrift in de praktijk in burgerlijke zaken een belangrijke rol speelt op bewijsrechtelijk vlak. Dat geldt alleen maar des te meer omdat dit bewijsmiddel toelaat allerhande moderne technieken (fotokopieën, microfilms, telefaxberichten, tickets van automatische bankkloten, e-mails...) in te passen in het geldend bewijsrecht (S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, 182, nr. 251). In handelszaken mist het begin van bewijs door geschrift daarentegen ieder belang, aangezien het bewijs door getuigen en met feitelijke vermoedens daar in principe steeds toegelaten is (vgl. Cass. 19 april 2001, *Rev.prat.soc.* 2001, 278; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 23, nr. 240).

727 De vraag moet worden gesteld of een begin van bewijs door geschrift al dan niet aanvullend bewijs met getuigen of door feitelijke vermoedens mogelijk maakt in de gevallen waarin de wetgever ook in handelszaken of onder de 375,00 EUR een geschreven bewijs vereist. Dat is bijvoorbeeld het geval inzake verzekeringsovereenkomsten (art. 10 wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten; art. 25 wet 11 juni 1874 betreffende de verzekeringen), dading (art. 2044 BW), genotspand (art. 2085 BW), huurovereenkomsten (art. 1715 BW) en bepaalde arbeidsovereenkomsten (diverse bepalingen van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978).

In bepaalde gevallen geeft de wetgever zelf uitsluitel in dat verband. Soms laat de wet toe het bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens te leveren indien een begin van schriftelijk bewijs voorhanden is. Zie bijvoorbeeld artikel 10 wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten en artikel 25, tweede lid wet van 11 juni 1874 betreffende de verzekeringen (Rb. Antwerpen 20 december 2006, *T.Pol.* 2007, 69, noot F. GLORIEUX), alsook artikel 12 arbeidsovereenkomstenwet. In andere gevallen sluit de wet integendeel deze mogelijkheid uitdrukkelijk uit. Zo kan van artikel 1715 BW niet worden afgeweken door middel van een begin van schriftelijk bewijs van betwiste huurovereenkomsten die nog geen begin van uitvoering hebben gekend (Cass. 22 maart 1945, *Pas.* 1945, I, 137; Rb. Brussel 15 november 2007, *T.Vred.* 2009, 402). Een analoge regeling geldt inzake artikel 3 pachtwet (Cass. 16 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1347).

In geval van stilzwijgen van de wet wordt doorgaans aangenomen dat artikel 1347 BW niet van toepassing is (B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 20, nr. 29; D. MOUGENOT, *La preuve*, 130, nr. 66; H. DE PAGE, *Traité*, 902, nr. 884.A en 922, nr. 896; anders: R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 433, nr. 762, voetnoot 248). Die oplossing houdt verband met het doel dat de wetgever in die gevallen beoogt met de vereiste van het geschrift.

Inzonderheid op bewijsrechtelijk vlak geldt dat de wetgever in bijzondere materies het getuigenbewijs omwille van de daaraan verbonden gevaren in ieder geval uitgesloten heeft (en aldus de regel van art. 1341 BW heeft versterkt), zodat een begin van bewijs door geschrift niet kan volstaan om dat getuigenbewijs op onrechtstreekse wijze weer toe te laten.

Artikel 1347 BW is niet van toepassing bij plechtige contracten (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 250, nr. 212; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2296, nr. 1689; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 86, nr. 125; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 433, nr. 762; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 174, nr. 361). Hier geldt de vereiste van het geschrift als een geldigheidsvereiste van de rechtshandeling. Het bewijsrecht is vreemd daaraan.

Ook inzake consumentenkrediet geldt artikel 1347 BW niet. De vereiste van een geschrift met een welbepaalde inhoud vormt daar immers een onderdeel van de bescherming die de wetgever aan de consument wil bieden (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2297, 1689).

Inzake dading (art. 2044 BW) is de kwestie betwist. Soms wordt aangenomen dat artikel 1347 BW toepasselijk is (Cass. 25 april 1844, *Pas.* 1844, I, 152; Antwerpen 7 februari 1995, *AJT* 1995-96, 325, noot B. CATTOIR; Rb. Kortrijk 30 december 2009, *TGR* 2010, 158). Soms wordt in tegengestelde zin geoordeeld (Luik 20 maart 1964, *JL* 1964-65, 73).

d) Niet van openbare orde

728 Artikel 1347 BW is niet van openbare orde of van dwingend recht. Het middel gesteund op de schending van deze wetsbepaling kan dus niet voor de eerste maal in cassatie worden ingeroepen (Cass. 14 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 51; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661).

4) De onmogelijkheid om zich een geschreven bewijs te verschaffen (art. 1348 BW)

729 Bij artikel 1348, eerste lid BW wordt voorgeschreven dat de beide regels van artikel 1341 BW eveneens uitzondering lijden in alle gevallen waarin het de schuldeiser niet mogelijk geweest is zich een schriftelijk bewijs te verschaffen van de verbintenis die jegens hem is aangegaan. Van meet af aan kan opgemerkt worden dat deze uitzondering geen praktische betekenis heeft inzake de tweede regel van artikel 1341 BW, aangezien in de gevallen bedoeld bij artikel 1348, eerste lid BW er geen akte is (H. DE PAGE, *Traité*, 938, nr. 908).

a) Definitie

730 Een derde uitzondering op artikel 1341 BW doet zich voor in alle gevallen waarin de schuldeiser niet in de mogelijkheid is geweest om ten aanzien van tegenover hem aangegane verbintenissen met een waarde die het bedrag van 375,00 EUR overschrijdt, *in tempore non suspecto* een schriftelijk bewijs op te stellen. Het kan daarbij gaan, zowel om absolute onmogelijkheid als om relatieve onmogelijkheid.

731 Soms is de mogelijkheid om *in tempore non suspecto* een schriftelijk bewijs op te stellen van een aangegane verbintenis absoluut niet voorhanden, zodat de toepassing van artikel 1341 BW moet wijken, ook al gaat het om het bewijs van rechtshandelingen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 132, nr. 69).

Voorbeelden van rechtshandelingen waarvan het absoluut onmogelijk is om zich vooraf een schriftelijk bewijs te verschaffen, kwamen hierboven onder nummer 697 reeds ter sprake. Zo mag de stilzweigende herroeping van een lastgeving met alle middelen van recht worden bewezen (Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, II, 867). Zo ook is er de bezetting *animo domini* van een stuk grond met het oog op verkrijgende verjaring (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, VI.3-7, nr. 5210). Hetzelfde geldt voor feiten die bezitsdaden uitmaken (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2285, nr. 1674).

Vaak wordt voorgehouden dat het in dat geval niet gaat om een uitzondering op artikel 1341 BW in de zin van artikel 1348 BW, doch dat men zich buiten het toepassingsgebied van artikel 1341 BW bevindt (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 878, nr. 853, 880, nr. 854, 898, nr. 881.C en 923-924, nr. 899, A; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 433, nr. 763; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2298, nr. 1690; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 175, nr. 364).

732 Naast die gevallen van absolute onmogelijkheid, zijn er ook de gevallen waarin het in principe mogelijk is artikel 1341 BW toe te passen, maar waarin het zich voorafgaand verschaffen van een schriftelijk bewijs in feite en *in concreto* onmogelijk wordt door omstandigheden eigen aan de zaak (D. MOUGENOT, *La preuve*, 132, nr. 69). Hier gaat het derhalve om gevallen van relatieve onmogelijkheid.

733 Het tweede lid van artikel 1348 BW somt een aantal voorbeelden op van (relatieve) onmogelijkheden om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen.

Die opsomming is louter illustratief. Artikel 1348 BW legt een algemene uitzondering vast op de regels van artikel 1341 BW (Cass. 23 november 1920, *Pas.* 1921, I, 144; Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 867; H. DE PAGE, *Traité*, 925, nr. 900.B en 927, nr. 901; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 228, nr. 231).

Daarenboven staan sommige van de opgegeven voorbeelden daar niet op hun plaats, hetzij omdat zij als rechtsfeiten niet onder toepassing van artikel 1341 BW vallen (verbintenissen ontstaan uit oneigenlijke contracten en uit misdrijven of oneigenlijke misdrijven, art. 1348, tweede lid, 1° BW), hetzij omdat zij geen betrekking hebben op de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (verlies ten gevolge van een onvoorzien en door overmacht veroorzaakt toeval van een titel, art. 1348, tweede lid, 4° BW).

Enkel de voorbeelden aangeduid in artikel 1348, tweede lid, 2° (bewaargevingen uit noodzaak en in een hotel) en 3° (onvoorzien schadegevallen) BW vormen een illustratie van het werkelijke voorwerp van de betrokken wetsbepaling (H. DE PAGE, *Traité*, 924, nr. 899, A).

b) Voorwaarde: de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen

1. Effectieve onmogelijkheid

734 De toepassing van artikel 1348, eerste lid BW vereist dat er werkelijk sprake is van onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. Het loutere feit dat het niet gebruikelijk is om een geschrift op te stellen, volstaat in principe niet (Cass. 24 april 1845, *Pas.* 1846, I, 60; Cass. 8 december 1853, *Pas.* 1854, I, 106). De hier besproken uitzonderingen op artikel 1341 BW moeten beperkend worden geïnterpreteerd. Er mag geen twijfel over bestaan dat de schuldeiser werkelijk niet beschikte over de vrijheid om een schriftelijk bewijs op te stellen (Cass. 3 juni 1935, *Pas.* 1935, I, 270; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 87, nr. 128; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 24, nr. 260; H. DE PAGE, *Traité*, 880, nr. 854; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 229, nr. 235). Zoniet bestaat het gevaar dat de dubbele regel van artikel 1341 BW volledig uitgehold wordt. De onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, volgt in elk geval niet uit het enkele feit van de (vrijwillige) bewaargeving (art. 1341 BW).

735 De bewijslast rust op degene die de onmogelijkheid inroept (D. MOUGENOT, *La preuve*, 131, nr. 68). De onmogelijkheid voor de schuldeiser om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, is een rechtsfeit dat door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, kan worden bewezen (Antwerpen 20 oktober 1981, *Limb.Rechtsl.* 1982, 10; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 87, nr. 126; D. MOUGENOT, *La preuve*, 131, nrs. 67 en 68; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 176, nr. 364).

736 De feitenrechter beoordeelt soeverein of al dan niet onmogelijkheid aanwezig is (Cass. 6 januari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 488; Cass. 17 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 524; Luik

22 september 1999, *JT* 2000, 777; Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599; Bergen 22 februari 2005, *JLMB* 2006, 1626, noot J. LOLY). Het Hof van Cassatie controleert enkel of de feitenrechter het begrip onmogelijkheid niet heeft miskend door deze af te leiden uit feiten waaruit geen onmogelijkheid kan volgen (Cass. 17 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 524; Cass. 6 december 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 410). In geval van relatieve onmogelijkheid zal de feitenrechter zijn beslissing bijgevolg strikt moeten motiveren door de feiten te preciseren waaruit de onmogelijkheid volgt voor de schuldeiser om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen en door te verantwoorden waarom de onmogelijkheid uit die feiten voortvloeit (Cass. 3 juni 1935, *Pas.* 1935, I, 270; Cass. 21 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 403). Hij moet daarbij zijn beoordeling gronden op de feiten zoals zij zich *in specie* en *in concreto* hebben voorgedaan (Cass. 17 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 524).

737 Aangenomen wordt verder dat de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, zowel de materiële (fysische) als de morele (psychische) onmogelijkheid impliceert (Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Luik 10 maart 1994, *JLMB* 1994, 892, noot P. WERY; Luik 28 mei 2009, *RRD* 2009, 183; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 251, nr. 212; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2298, nr. 1690; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 20, nr. 30; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 117, nr. 129; H. DE PAGE, *Traité*, 880, nr. 854). Vaak wordt als derde toepassingsgeval verwezen naar de gebruiken (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 87, nr. 128; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 434, nr. 433; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 24, nr. 270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 132, nr. 69 en 134, nr. 72; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 176, nr. 365; H. DE PAGE, *Traité*, 927, nr. 901; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 229, nr. 234). Gebruiken worden hierna als afzonderlijke uitzondering op artikel 1341 BW behandeld.

2. De materiële onmogelijkheid

738 Van materiële onmogelijkheid om zich een geschreven bewijs te verschaffen is sprake wanneer de schuldeiser door de concrete externe omstandigheden waarin een verbintenis jegens hem werd aangegaan, noch de tijd noch de middelen had om van de schuldenaar een geschrift te eisen (Gent 9 juni 1956, *RW* 1956-57, 1893; Kh. Brussel 2 december 1963, *JCB* 1964, 181; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 87, nr. 129; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*,

434, nr. 764; D. MOUGENOT, *La preuve*, 132, nr. 70; H. DE PAGE, *Traité*, 928, nr. 902; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 230, nr. 236).

739 Artikel 1348, tweede lid, 2° en 3° BW aanvaardt materiële onmogelijkheid bij:

- bewaargeving uit noodzaak, die door artikel 1949 BW wordt gedefinieerd als de bewaargeving waartoe men wordt gedwongen door enig ongeval, zoals brand, instorting, plundering, schipbreuk of een andere onvoorziene gebeurtenis, en waarvan, krachtens artikel 1950 BW, het bewijs door getuigen kan toegelaten worden, zelfs wanneer het een waarde betreft van meer dan 375,00 EUR (Cass. 25 oktober 1943, *Pas.* 1944, I, 22);
- bewaargeving door reizigers in een hotel, dat in artikel 1952 e.v. BW wordt behandeld als een vorm van bewaargeving uit noodzaak (maar dat eigenlijk eerder een geval van morele onmogelijkheid betreft: H. DE PAGE, *Traité*, 927, nr. 901);
- verbintenissen aangegaan bij onvoorziene schadegevallen.

740 Zoals hierboven reeds gezegd, omvat die wettelijke opsomming enkel voorbeelden en is ze bijgevolg niet exhaustief (D. MOUGENOT, *La preuve*, 132, nr. 70; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 177, nr. 365; H. DE PAGE, *Traité*, 928, nr. 902). Meer algemeen kan sprake zijn van materiële onmogelijkheid ten aanzien van alle soorten van verbintenissen (en niet alleen van de bewaargevingen waarvan art. 1348 BW gewaagt als *id quod plerumque fit*) aangegaan bij en als gevolg van alle vormen van rampen, ongevallen en uitzonderlijke schadegevallen zoals brand, instorting, oproer, storm, overstroming, aardbeving, vijandelikheden, dringende opname in het ziekenhuis (Brussel 2 februari 1983, *RW* 1985-86, 821)... Maar, ook en zelfs in dergelijke gevallen moet de rechter nog steeds onderzoeken of de schuldeiser zich ingevolge die feiten *in concreto en in specie* werkelijk in de materiële onmogelijkheid heeft bevonden zich een schriftelijk bewijs te verschaffen en dat nauwkeurig motiveren (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2299, nr. 1691; H. DE PAGE, *Traité*, 929, nr. 902). Vandaar dat slechts uitzonderlijk toepassing zal kunnen worden gemaakt van deze uitzondering. Bij wijze van voorbeeld zou hier kunnen gedacht worden aan gevallen waarin de schuldeiser niet kan schrijven (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 177, nr. 365).

741 Bovendien voegt artikel 1348, tweede lid, 2° BW eraan toe: “een en ander naar de hoedanigheid van de personen en de omstandigheden van het feit”. Daarmee wordt de rechter aangespoord tot voorzichtigheid inzake getuigenissen wat betreft de aard en de waarde van de door de betrokken personen uit noodzaak in bewaring gegeven zaken (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 434, nr. 764). Aan de basis daarvan ligt de vrees van de wetgever dat de abnormale gebeurtenissen hier aan de orde aanleiding zouden geven tot misbruiken waarbij oneerlijke

personen aan de hand van valse getuigenissen een bewaargeving veinzen, de aard van in bewaring gegeven zaken vervalsen of hun waarde overdrijven. Zoals steeds moet de rechter de bewijswaarde van de getuigenverklaringen beoordelen. Maar hier moet dat in het bijzonder gebeuren in acht genomen de hoedanigheid van de betrokken partijen en de feitelijke omstandigheden eigen aan de zaak (H. DE PAGE, *Traité*, 930, nr. 903).

3. De morele onmogelijkheid

742 Alhoewel artikel 1348, eerste lid BW die hypothese niet expliciet vermeldt, wordt aangenomen dat artikel 1341 BW ook uitzondering lijdt in geval van morele onmogelijkheid (Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Cass. 6 januari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 488; Cass. 6 december 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 410). Van morele onmogelijkheid om zich een geschreven bewijs te verschaffen is sprake wanneer de concrete omstandigheden waarin de verbintenis werd aangegaan of de bijzondere relatie tussen de partijen, het voor de schuldeiser psychologisch onmogelijk hebben gemaakt een geschrift te eisen, ook en zelfs wanneer dat materieel gezien niet onmogelijk was (Cass. 8 december 1953, *Pas.* 1954, I, 106; Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599; P. WERY, “L’impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins” (noot onder Luik 10 maart 1994), *JLMB* 1994, 894; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 88, nr. 130; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 434, nr. 765; D. MOUGENOT, *La preuve*, 133, nr. 71; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 178, nr. 366; H. DE PAGE, *Traité*, 931, nr. 904; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 230, nr. 237).

743 De moeilijkheid hier is vooral de precieze afbakening van de grenzen van het begrip morele onmogelijkheid. Er bestaan geen of nauwelijks algemene regels die gelden voor alle soortgelijke gevallen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 178, nr. 366). Het blijft een kwestie van casuïstiek (H. DE PAGE, *Traité*, 932, nr. 904.B).

Zo is er rechtspraak zowel in positieve als in negatieve zin omtrent de vraag of al dan niet sprake is van morele onmogelijkheid ingeval naaste familieleden, aanverwanten, samenwonenden, geliefden of vrienden jegens elkaar verbintenissen aangaan, bijvoorbeeld in het raam van betwistingen over (vermeende) schenkingen (B. WILMS, “Over een familiale omgeving, een jarenlange vriendschap en een intieme liefdesrelatie. Drie arresten van het Hof van Beroep te Antwerpen over de morele onmogelijkheid om een geschrift op te stellen”, *AJT* 2000-01, 837-839; Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833 (familiale verhoudingen); Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 834 (jarenlange vriendschap); Antwerpen 14 maart 2000, *AJT* 2000-01, 835 (intieme liefdesrelatie; P. WERY, “L’impossibilité morale de la preuve écrite, spécialement dans les relations entre concubins”, *JLMB* 1994, 894).

Gevallen waarin geen morele onmogelijkheid werd aanvaard: Brussel 14 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 35 (echtgenoten); Brussel 6 maart 1963, *Pas.* 1963, II, 293 (echtgenoten); Brussel 24 januari 1991, *JT* 1991, 540, (schoonbroer en schoonzus); Luik 29 juni 1992, *JLMB* 1993, 391 (toekomstige echtgenoten); Gent 2 december 1994, *AJT* 1994-95, 408 (aanverwanten); Brussel 17 juni 1996, *AJT* 1997-98, 456 (samenwonenden); Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833, noot B. WILMS (zoon en partner van de vader); Antwerpen 7 maart 2000, *AJT* 2000-01, 834, noot B. WILMS (jarenlange vriendschap); Luik 8 oktober 2001, *RRD* 2001, 273 (samenwonenden); Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599; Luik 6 september 2004, *Rev.not.b.* 2007, 16 (samenwonenden); Gent 26 januari 2005, *NJW* 2005, 1212, noot E. BREWAEYS; Bergen 22 februari 2005, *JLMB* 2006, 1626, noot J. LOLY (voogd en grootmoeder van de pupil); Antwerpen 29 november 2005, *RW* 2007-08, 783 (langdurige nauwe affectieve banden); Luik 6 december 2005, *JLMB* 2006, 874 (gewezen schoonouders en schoondochter met nieuwe echtgenoot); Antwerpen 1 februari 2010, *P&B* 2011, 42 (nauwe familiale of affectieve banden); Rb. Luik 16 maart 1954, *Pas.* 1956, II, 83 (verwantschap); Rb. Mechelen 23 juni 1992, *Pas.* 1992, III, 93 (ouders, zoon en schoondochter); Rb. Luik 9 mei 1994, *JLMB* 1994, 1264 (familieleden die in onmin met elkaar leefden); Rb. Brussel 5 april 1996, *JLMB* 1996, 1708 (moeder van de bruidegom en vader van de bruid als afgevaardigd beheerder van de vennootschap, eigenares van het hotel waar het huwelijksfeest werd georganiseerd); Rb. Leuven 22 oktober 2003, *RABG* 2004, 742, noot B. VAN BAEVEGHEM (samenwonenden); Vred. St.-Gillis 26 januari 2004, *T.Vred.* 2004, 480, noot N. DANDROY.

Gevallen waarin wel morele onmogelijkheid werd aanvaard: Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114 (intieme relaties); Cass. 6 januari 1977, *Arr.Cass.* 1977, 488 (familiale omstandigheden); Brussel 22 juni 1963, *Pas.* 1964, II, 118 (echtgenoten en schoonmoeder); Brussel 16 december 1968, *Pas.* 1969, II, 61 en *Rec.gén.enr.not.* 1970, 260, noot X. (echtgenoten); Luik 10 maart 1994, *JLMB* 1994, 892, noot P. WERY (intieme omgang tussen schuldeiser en schuldenaar); Luik 31 oktober 1995, *RRD* 1995, 450, noot P. WERY (naaste verwantschapsbanden); Luik 30 juni 1999, *Rev.not.b.* 2001, 414 (ouder en kind); Luik 22 september 1999, *JT* 2000, 777 (van tafel en bed gescheiden echtgenoten); Antwerpen 14 maart 2000, *AJT* 2000-01, 835, noot B. WILMS (intieme liefdesrelatie); Antwerpen 14 januari 2003, *RW* 2005-06, 712 (intieme relatie); Brussel 4 oktober 2005, *JLMB* 2006, 865 (vader en zoon); Brussel 21 april 2006, *JT* 2007, 156 (broer en zus); Bergen 13 november 2009, *JLMB* 2010, 1322 (broers); Vred. Deurne 16 mei 1997, *RW* 1999-2000, 1202 (ouders en dochter).

Voor feitelijk samenwonenden kan de bewijskwestie hier aan de orde nog steeds problemen opleveren (Rb. Leuven 17 januari 2006, *RABG* 2007, 741, noot C. VERGAUWEN; Rb. Leuven 21 februari 2006, *RABG* 2007, 744, noot C. VERGAUWEN), terwijl er voor wettelijk samenwonenden een oplossing is, aangezien artikel 1478 BW voor de overeenkomst die hun wettelijke samenwoning regelt, een authentieke akte als vorm voorschrijft. De artikelen 1399 en 1468 BW laten toe de persoonlijke eigendom van goederen tussen echtgenoten te bewijzen door alle middelen van recht en zelfs door de algemene bekendheid, zodat een beroep op morele onmogelijkheid in dat geval overbodig is.

Van morele onmogelijkheid kan sprake zijn in geval van ondergeschiktheid, althans voor de ondergeschikte (Brussel 28 februari 1968, *Pas.* 1968, II, 155). Zo werd aangenomen dat een huishoudster die meer dan vijftientig jaar bij de erflater ingewoond had, zich kon beroepen op de morele onmogelijkheid om schriftelijk bewijs te vragen (Gent 17 juni 1982, *TGR* 985, 10). Morele onmogelijkheid voor de werkgever om zich een geschreven bewijs van de betaling van het loon te verschaffen werd evenwel aanvaard, in geval van het bestaan van een intieme relatie tussen de werknemer en de afgevaardigd-bestuurder van de werkgever (Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114).

Morele onmogelijkheid werd verder aangenomen in hoofde van de verzorgingsinstelling bij opname in een ziekenhuis (Brussel 2 februari

1983, *RW* 1985-86, 821) en tussen arts en een patiënt naar aanleiding van een chirurgische ingreep (Luik 30 april 1998, *T.Gez.* 1998-99, 139, noot T. VAN-SWEEVELT; *anders*: H. DE PAGE, *Traité*, 933, nr. 904.C die hierin in de regel eerder een toepassing ziet van een vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik).

In dezelfde zin werd geoordeeld dat er morele onmogelijkheid was tussen de *n o t a r i s* gelast met de verkoop van een onroerend goed en zijn opdrachtgever, zeker op het platteland (Luik 28 mei 2009, *RRD* 2009, 183).

744 Over het algemeen is de rechtspraak, in navolging van de rechtsleer (H. DE PAGE, *Traité*, 931, nr. 904.A) wel geneigd in dit verband eerder te r u g h o u d e n d tewerk te gaan (Rb. Mechelen 23 juni 1992, *Pas.* 1992, III, 93), dit om te vermijden dat het toepassingsgebied van artikel 1341 BW al te zeer zou worden beperkt. Geoordeeld werd dat het begrip morele onmogelijkheid met grote omzichtigheid moet worden gehanteerd en op een beperkende wijze worden opgevat (Gent 2 december 1994, *AJT* 1994-95, 408, noot P. DE SMEDT; Luik 8 oktober 2001, *RRD* 2001, 273; Gent 26 januari 2005, *NJW* 2005, 1212, noot E. BREWAEYS). Anderzijds werd aangenomen dat men zich op dat vlak niet te rigoureuus of te logisch moet opstellen, doch eerder praktisch en realistisch, en dat het begrip morele onmogelijkheid menselijk moet worden ingevuld, zonder evenwel buitensporig laks te worden (Bergen 22 februari 2005, *JLMB* 2006, 1626, noot J. LOLY).

Zo werd bijvoorbeeld geen morele onmogelijkheid aanvaard wanneer geen geschrift werd opgesteld om redenen van beleefdheid, discretie, fatsoen, overdreven vertrouwen in de schuldenaar, een goede verstandhouding tussen de partijen of nog omdat de partijen het opportuun achtten geen schriftelijk bewijs op te stellen (vgl. Cass. 3 juni 1935, *Pas.* 1935, I, 270; Gent 2 december 1994, *AJT* 1994-95, 408, noot P. DE SMEDT). Al evenmin werd morele onmogelijkheid aanvaard voor het verschuldigd zijn van aanzienlijke bedragen mede gelet op de lange duur van de terugbetalingsverbintenissen (Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2000-01, 833, noot B. WILMS; Rb. Brussel 11 april 2003, *Rev.not.b.* 2003, 571). Hetzelfde geldt wanneer een ontwerp van akte werd opgesteld dat evenwel nooit werd ondertekend (Luik 8 maart 2004, *JT* 2004, 599), of nog, wanneer wel een schriftelijk bewijs werd opgesteld dat evenwel verloren is gegaan (Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT). Van morele onmogelijkheid is al evenmin sprake telkens wanneer de betrokkenen de gewoonte hadden om schriftelijke bewijzen op te stellen van hun wederzijdse verbintenissen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 180, nr. 368). Ook in de verhouding tussen de begrafenisondernemer en de kinderen van een overledene werd morele onmogelijkheid niet aanwezig geacht (Luik 11 december 1995, *JLMB* 1996, 507).

c) De gevolgen op bewijsrechtelijk vlak

745 De onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, s t e l t degene die zich op het betwiste feit beroept niet vrij van bewijslast. Dat feit moet door hem nog steeds worden bewezen. Daarbij mag hij evenwel aanwending maken van alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Bergen 13 november 2009, *JLMB* 2010, 1322; Antwerpen 20 oktober 1981, *Limb.Rechtsl.* 1982, 10).

746 De uitzondering van de onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, heeft een algemene draagwijdte en heeft in principe hetzelfde toepassingsgebied als artikel 1341 BW (Cass. 23 november 1920, *Pas.* 1921, I, 144; Cass. 24 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 114; Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 867; H. DE PAGE, *Traité*, 925, nr. 900.B en 927, nr. 901). Zij geldt in beginsel enkel voor rechtshandelingen en enkel ten aanzien van de daarbij betrokken partijen. Zowel de schuldeiser als de schuldenaar kan zich er in principe op beroepen (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 599, nr. 19; *anders*: Luik 15 oktober 2002, *RRD* 2003, 33). Dat artikel 1348, eerste lid BW enkel gewaagt van de schuldeiser, kan daaraan niets veranderen.

747 In de gevallen waarin de wet ook onder de 375,00 EUR een schriftelijk bewijs vereist, geldt artikel 1348 BW in principe wel (H. DE PAGE, *Traité*, 903, nr. 884.B). Artikel 1348, tweede lid, 2° en 3° BW geldt echter niet in het geval bedoeld bij artikel 1715 BW inzake huur. Laatstbedoelde wetsbepaling verbiedt het getuigenbewijs immers uitdrukkelijk in ieder geval.

Bij plechtige overeenkomsten en wanneer een geschrift wordt vereist ter bescherming van een partij, geldt artikel 1348, tweede lid, 2° en 3° BW niet (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2301, nr. 1693; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 251, nr. 212; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 229, nr. 233).

Wat de overeenkomst van dading betreft, blijft betwisting bestaan, maar is er een tendens om de uitzondering van toepassing te achten (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2301, nr. 1693; *anders*: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 229, nr. 233).

d) Niet van openbare orde

748 Artikel 1348 BW is niet van openbare orde (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 185, nr. 376). Het middel gegrond op de miskenning van die wetsbepaling kan bijgevolg niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden opgeworpen.

5) Het vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik om geen geschrift op te stellen

749 Alhoewel het in principe niet volstaat dat het niet gebruikelijk is om een geschreven bewijs op te stellen om een afwijking op artikel 1341 BW te rechtvaardigen (zie hierboven onder nr. 734), wordt aangenomen dat die regel uitzondering kent ingeval er sprake is van een vaststaand, zeker en algemeen aanvaard gebruik (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2302, nr. 1694; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière*

civile et commerciale, 88, nr. 131; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 181, nr. 371; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 24, nr. 270; H. DE PAGE, *Traité*, 936, nr. 905.D; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 233, nr. 240).

Doorgaans wordt die uitzondering bestempeld als een derde toepassingsgeval van artikel 1348, eerste lid BW. In dat geval gaat het om een gewoonte *contra legem*. Daartegen bestaat geen echte juridische hinderpaal (meer), aangezien (thans algemeen aangenomen wordt dat) artikel 1341 BW niet van openbare orde is. Door zich te gedragen conform het gebruik wijken de partijen impliciet af van artikel 1341 BW (P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2302, nr. 1694; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 88, nr. 131; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 181, nr. 371; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 24, nr. 270; H. DE PAGE, *Traité*, 934, nr. 905 en 927-928, nr. 901; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 53; anders: Cass. 24 april 1845, *Pas.* 1846, I, 60).

750 Of al dan niet sprake is van een vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik, wordt door de feitenrechter soeverein beoordeeld.

751 In de praktijk zijn de toepassingsgevallen talrijk. Een dergelijk vaststaand, zeker en algemeen aanvaard gebruik is bijvoorbeeld voorhanden:

- in de relatie tussen advocaat en cliënt (Luik 2 februari 2000, *TBBR* 2001, 405; Rb. Brussel 22 september 2009, *T.Vred.* 2012, 394, noot F. DE PATOUL);
- in de verhouding geneesheer-patiënt (Brussel 6 januari 1951, *RW* 1950-51, 944; Rb. Luik 21 november 1989, *JLMB* 1990, 241);
- in de relatie tussen een notaris en de opdrachtgever-verkoper van een onroerend goed (Rb. Brugge 27 juni 1983, *T.Not.* 1985, 103; anders: D. MOUGENOT, *La preuve*, 134, nr. 72);
- bij het plaatsen van beursorders (Antwerpen 11 april 1994, *TBH* 1995, 1063, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE; Kh. Brussel 27 april 1992, *TBH* 1993, 1059, noot J. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Brussel 31 augustus 1995, *TBH* 1996, 1096, noot P. BUYLE en X. THUNIS; Kh. Bergen 22 februari 2001, *TBH* 2003, 63, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; Rb. Doornik 23 februari 1960, *Pas.* 1961, III, 27: soms wordt het bewijs van het bestaan van een beursorder gebaseerd op artikel 1347 BW (zie bv. Rb. Antwerpen 29 april 1992, *TBH* 1993, noot J. BUYLE en X. THUNIS);
- bij contracten gesloten op beurzen of markten (Gent 28 juli 1904, *Pas.* 1905, II, 344; Kh. Doornik 23 februari 1960, *Pas.* 1961, III, 27; Luik 2 april 1998, *TBBR* 1999, 208);
- bij een overeenkomst tot overdracht van de exploitatierechten van een auteursrechtelijk beschermd werk (Brussel 28 maart 1997, *IRDI* 1997, 209);
- ...

Andere toepassingsgevallen zijn te vinden in de diamantsector, tussen de hotelier en zijn klanten, bij bestellingen van maaltijden in restaurants, bij kleinere aannemingswerken (loodgieterij, schilderwerken, slotenmakerij, onderhoud van onroerende goederen...), bij reservatie van een trein-

ticket, een tramticket, een vliegtuigticket, een operazetel..., bij gebruikelijke aankopen in winkels of warenhuizen van benodigdheden, voedingswaren, kledij of andere boodschappen, in de relatie tussen garagist en klant voor het onderhoud of de herstelling van een voertuig, bij handelingen gesteld door een cliënt van de bank via een bankautomaat of betaalterminal...

De rechtsleer heeft erop gewezen dat de hier besproken uitzondering een belangrijk nieuw toepassingsgebied heeft gekregen ingevolge de totstandkoming van *nieuwe technieken*. Zo werd ervoor gepleit om de afwezigheid van een geschreven bewijs als een vaststaand, zeker en algemeen aanvaard gebruik te aanvaarden bij elektronische bankverrichtingen (B. AMORY en Y. POULLET, "Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique", *Dr.et inform.* 1985, 17, nr. 34; J.P. BUYLE, "La carte de paiement électronique" in *La Banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1986, 470 e.v.; L. CORNELIS en L. SIMONT, "Bewijsrecht en technologische evolutie: enkele overwegingen", *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 158; M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", *La preuve*, Colloque UCL, 1987, 18; X. THUNIS en M. SCHAUS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 46, nr. 73), alsook bij het contracteren per telegram of telex (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, 697 en 698). Alhoewel in die gevallen toch soms een ticket of ander geschrift wordt afgeleverd (dat als begin van bewijs door geschrift kan gelden), was het vaak voordeliger zich op de hier aan de orde zijnde uitzondering te beroepen: het ticket of ander geschrift moet niet worden aangevuld door getuigen of feitelijke vermoedens, terwijl beide partijen het kunnen inroepen (en dus niet alleen de wederpartij van de auteur ervan, voor zover al identificeerbaar). Deze doctrine is inmiddels wellicht achterhaald ingevolge de wettelijke erkenning van het elektronisch geschrift en van de elektronische handtekening (D. MOUGENOT, *La preuve*, 135-136, nr. 73).

In de relatie tussen architect en cliënt wordt geen vaststaand, zeker en algemeen erkend gebruik aanvaard om geen schriftelijk bewijs op te stellen. Het tegendeel is het geval, aangezien de deontologie van de architect hem ertoe verplicht de architectenovereenkomst schriftelijk vast te leggen (Rb. Luik 4 oktober 1991, *JLMB* 1992, 1278, noot B. LOUVEAUX; Rb. Neufchâteau 16 december 1992, *RRD* 1993, 195; Vred. Halle 21 januari 1998, *DAOR* 1999, 106; *anders*: Brussel 16 november 1989, *JLMB* 1990, 451; Luik 11 maart 1992, *Pas.* 1992, II, 40). Zoals hierboven onder de nummers 711 e.v. reeds gezegd, kunnen een door de bouwheer ondertekend bouwplan of andere stukken in voorkomend geval wel gelden als begin van bewijs door geschrift van het bestaan van een architectenovereenkomst.

6) Het verlies door overmacht van het schriftelijk bewijs

a) Definitie

752 De regels van artikel 1341 BW lijden ook uitzondering ingeval de schuldeiser de titel die hem tot schriftelijk bewijs diende, verloren heeft ten gevolge van een onvoorzien en door overmacht veroorzaakt toeval (Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 88, nr. 132; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 435-436, nr. 767; D. MOUGENOT, *La preuve*, 136, nr. 74; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 186, nr. 377). Anders dan bij de absolute en relatieve (materiële of morele) onmogelijkheid om zich voorafgaand een schriftelijk bewijs te verschaffen (art. 1348, eerste lid en tweede lid, 2° en 3° BW), betreft artikel 1348, tweede lid, 4° BW de hypothese waarin de regel van artikel 1341 BW aanvankelijk werd nageleefd en er bijgevolg een schriftelijk bewijs heeft bestaan, maar dat schriftelijk bewijs naderhand ver-

loren gegaan is ingevolge overmacht en dientengevolge niet kan worden voorgelegd (H. DE PAGE, *Traité*, 925, nr. 899, B en 938, nr. 909).

b) Voorwaarden

753 De uitzondering van artikel 1348, tweede lid 4° BW is onderworpen aan drie voorwaarden: het vooraf bestaan van een titel, het verlies door de schuldeiser van die titel en het verlies ingevolge overmacht.

1. Het vooraf bestaan van een titel

754 Artikel 1348, tweede lid, 4° BW vereist vooreerst het vooraf bestaan van een titel van de verbintenis die jegens de schuldeiser is aangegaan. Het moet daarbij gaan om een volwaardig schriftelijk bewijs. De hier besproken uitzondering geldt niet wanneer slechts sprake is van een begin van bewijs door geschrift zoals bijvoorbeeld treinbiljetten, theatertickets, loterijbiljetten... (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-15, nr. 5228; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 435, nr. 767, voetnoot 259; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 188, nr. 383; H. DE PAGE, *Traité*, 943, nr. 917.D en 945, nr. 921; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 234, nr. 241).

755 Artikel 1348, tweede lid, 4° BW geldt echter niet alleen bij het verlies van een geschrift dat een rechtshandeling bewijst, doch ook bij het verlies van geschriften die het bestaan van rechtsfeiten bewijzen, zoals kwijtschriften die een buitengerechtigde bekentenis (uitvoering) impliceren van het bestaan van een huurovereenkomst (Cass. 16 december 1948, *Pas.* 1948, 722).

756 Ook de tegenbrief bedoeld bij artikel 1321 BW komt in aanmerking (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 188, nr. 382).

2. Het verlies van de titel

757 Die vooraf bestaande akte moet nadien verloren zijn gegaan.

3. Het verlies ingevolge overmacht

758 Artikel 1348 BW betreft niet elk verlies van de titel. De wet vereist een verlies "ten gevolge van een onvoorzien en door overmacht veroorzaakt toeval". Daaronder moet worden verstaan dat de titel van de schuldeiser moet verloren gegaan zijn ingevolge overmacht, zijnde een situatie die voor de schuldeiser absoluut onvoorzienbaar en onvermijdbaar was en in verband waarmee hem geen fout treft (Cass. 1 maart 1956, *Arr.Cass.* 1956, 530; Cass. 3 januari 1966, *Pas.* 1966, I, 579; Cass. 8 mei 1980,

Arr.Cass. 1979-80, 1122; Brussel 14 februari 1968, *Pas.* 1968, II, 148; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT). De uitzondering van artikel 1348, 4° BW geldt dus niet wanneer het verlies van de titel te wijten is aan de wil van de schuldeiser (Cass. 4 juli 1935, *Pas.* 1935, I, 299 inzake vrijwillige vernietiging van de titel; Luik 24 december 1936, *JT* 1937, 501 inzake de vrijwillige teruggave van de titel aan de schuldenaar) of aan diens toedoen (art. 1382-1383 BW) (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 25, nr. 280; D. MOUGENOT, *La preuve*, 136, nr. 75; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 189, nr. 384; H. DE PAGE, *Traité*, 940, nr. 911; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 233, nr. 241). Zo niet zou de regel van artikel 1341 BW al te gemakkelijk kunnen worden omzeild (collusie met medeplichtige getuigen). Niets ter zake doet voor het overige evenwel de vorm waarin het verlies zich heeft gerealiseerd: vernietiging, ontvreemding, het zoek geraakt zijn...

759 De schuldeiser draagt de bewijslast van het verlies ingevolge overmacht. Hij mag dat feit aantonen door alle middelen van recht (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 87, nr. 126; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 186, nr. 377 en 189, nr. 384).

760 De feitenrechter oordeelt soeverein of verlies van de titel ingevolge overmacht al dan niet voorhanden is. Het Hof van Cassatie houdt toezicht op de correcte toepassing van het begrip overmacht (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 189, nr. 385).

761 Van verlies door de schuldeiser van zijn titel ingevolge overmacht zal bijvoorbeeld sprake zijn in geval van tenietgaan van het schriftelijk bewijs ingevolge brand of andere rampen (bv. Rb. Luik 6 januari 1987, *JLMB* 1987, 881). Artikel 1348, tweede lid, 4° BW werd ook toegepast in geval van verlies door een notaris van een hem toevertrouwde onderhandse akte houdende een wederzijdse verkoopbelofte (Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122, noot).

c) Gevolgen op bewijsrechtelijk vlak

762 Wanneer door de schuldeiser is bewezen dat is voldaan aan de drie voorwaarden van artikel 1348, tweede lid, 4° BW, mag hij vervolgens het bestaan van de ingeroepen verbintenissen bewijzen door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 692; Brussel, 14 februari 1968, *Pas.* 1969, II, 148; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 184, nr. 253; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 251, nr. 212; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2302, nr. 1696 en 2303 nr. 1697; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 89, nr. 132; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 25, nr. 280; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 186, nr. 377; H. DE PAGE, *Traité*, 943, nr. 918).

763 Het door de schuldeiser te leveren bewijs moet betrekking hebben op het bestaan van de verloren titel en op zijn inhoud. Het is daarbij evenwel niet nodig dat de schuldeiser de volledige inhoud van de titel bewijst. Het volstaat dat hij het bewijs kan leveren van het bestaan van de ingeroepen verbintenis (D. MOUGENOT, *La preuve*, 137, nr. 76; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 20, nr. 30).

Maar wanneer het bestaan van de ingeroepen verbintenissen onderworpen was aan vormvereisten (bewijs- of geldigheidsvoorwaarden), moet de schuldeiser ook bewijzen dat aan die voorwaarden was voldaan. Zo niet wordt de schuldeiser in een gunstiger positie geplaatst dan wanneer de titel niet verloren mocht zijn gegaan (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 190, nr. 388; H. DE PAGE, *Traité*, 943, nr. 918).

Het zal voor de schuldeiser niet eenvoudig zijn te voldoen aan de aldus op hem rustende bewijslast. Aangenomen wordt evenwel dat volstaat dat de getuigen kennis hebben van de ingeroepen verbintenis (zonder dat vereist wordt dat zij de akte zelf hebben gelezen) en dat het afschrift van de verloren titel, alhoewel het als dusdanig geen bewijskracht heeft, als feitelijk vermoeden kan in acht genomen worden in combinatie met andere omstandigheden eigen aan de zaak (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 190-191, nr. 389; H. DE PAGE, *Traité*, 939, nr. 910 en 943-944, nr. 918). Zo werd aangenomen dat een partij bij een wederzijdse verkoopbelofte het bestaan daarvan mag aantonen door voorlegging van een afschrift, eensluidend verklaard door de notarisbewaarder van de originele onderhandse akte, wanneer de notaris die akte in kwijtgeraakt in omstandigheden onafhankelijk van de wil van de schuldeiser (Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122, noot; zie ook Brussel 14 februari 1968, *Pas.* 1968, II, 148).

764 Artikel 1348, tweede lid, 4^o BW is ook van toepassing op de tweede regel van artikel 1341 BW. Wanneer de akte door overmacht verloren is en de tegenbrief voorhanden is, mag de schuldeiser zo nodig het bestaan en de inhoud van de akte door getuigen bewijzen. Omgekeerd is het getuigenbewijs ook toegelaten, wanneer de akte voorhanden is en de tegenbrief door overmacht verloren is (H. DE PAGE, *Traité*, 944, nr. 920).

765 Ook artikel 1348, tweede lid, 4^o BW heeft hetzelfde toepassingsgebied als artikel 1341 BW, meer bepaald enkel rechtshandelingen en uitsluitend ten aanzien van de daarbij betrokken partijen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 187, nr. 378). Onterecht gewaagt artikel 1348 BW dus enkel van de schuldeiser. Ook de schuldenaar die zijn bevrijding wil aantonen, kan zich op die wetsbepaling beroepen (H. DE PAGE, *Traité*, 941, nr. 912).

De uitzondering van artikel 1348, tweede lid, 4^o BW is ook van toepassing ten aanzien van rechtshandelingen waarvoor de wetgever steeds een schriftelijk bewijs vereist, ook wanneer zij een waarde hebben die 375,00 EUR niet overschrijdt, en zelfs ten aanzien van plechtige contracten (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2302-2303; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commer-*

ciale, 89, nr. 132; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 25, nr. 280; D. MOUGENOT, *La preuve*, 137, nr. 77; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 187, nr. 378 en 188, nr. 381; H. DE PAGE, *Traité*, 903, nr. 884.B; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 234, nr. 242). De regel van artikel 1341 BW werd aanvankelijk immers nageleefd en het geschrift heeft bijgevolg bestaan. Inzonderheid inzake huur werd artikel 1715 BW dus nageleefd (Cass. 16 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 637; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 944, nr. 919). Zo geldt de uitzondering hier aan de orde in geval van verlies of vernietiging ingevolge overmacht van een testament (Brussel 14 februari 1968, *Pas.* 1968, II, 148 waarbij evenwel werd geoordeeld dat het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden van art. 1348, tweede lid, 4° BW niet bewezen was), althans voor zover door de legatarissen tevens wordt aangetoond dat de testator niet wist dat zijn testament teloor was gegaan (Antwerpen 18 januari 1999, *AJT* 2000-01, 1, noot J. VAN BROECK). Wat plechtige contracten betreft, zal de schuldeiser wel tevens moeten bewijzen dat het verloren geschrift voldeed aan de vormvereisten die voor de plechtige overeenkomst waren gesteld (H. DE PAGE, *Traité*, 941, nr. 912).

De uitzondering waarvan sprake geldt evenwel niet ten aanzien van bepaalde titels onderworpen aan specifieke regels, zoals bankbiljetten, wisselbrieven, cheques, titels aan toonder... (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-16, nr. 5231; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2303, nr. 1696; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 89, nr. 132; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 436, nr. 767; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 187, nr. 379; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 234, nr. 243).

Zo kan de vroegere houder van een wisselbrief die ongewild verloren gegaan is, een nieuw exemplaar bekomen en op grond daarvan de betaling ervan vervolgen (arti 86-91 van de gecoördineerde wetten van 31 december 1955 op de wisselbrieven en orderbriefjes). Een gelijkaardige regeling geldt in beginsel voor cheques (art. 16 van de wet van 2 mei 1956 op de postcheck, de art. 58-60 van de wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet). De houder van titels aan toonder kan, in geval van ongewilde buitenbezitstelling daarvan, verzet aantekenen (de wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van de titels aan toonder). Krachtens dezelfde wet (art. 31) geldt ook in geval van vernietiging van titels aan toonder een bijzonder regime dat eigenlijk niet meer dan een toepassing is van artikel 1348, tweede lid, 4° BW. Het verlies of de vernietiging van bankbiljetten doet het recht zelf tenietgaan (aangezien bankbiljetten uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de wet van 24 juli 1921).

Tot toepassing van artikel 1348, tweede lid, 4° BW bestaat in principe geen aanleiding wanneer de verloren titel een authentieke akte was. De artikelen 1335 en 1336 BW bevatten bijzondere regels krachtens dewelke de schuldeiser in dat geval een afschrift kan bekomen dat dezelfde bewijskracht heeft als het origineel (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk*

Recht, 435, nr. 767, voetnoot 259; D. MOUGENOT, *La preuve*, 137, nr. 78; H. DE PAGE, *Traité*, 939, nr. 910; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 234, nr. 243). Voor een uitzonderingsgeval, zie Cass. 5 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 692 inzake de minuut van het proces-verbaal van een terechtzitting dat is vernield of verdwenen en waarvan noch uitgiftes noch authentieke afschriften bestaan.

7) Handelszaken

766 Geen van beide regels bedoeld bij artikel 1341 BW geldt in beginsel in handelszaken (zie o.a. Cass. 16 maart 1876, *Pas.* 1876, I, 185; Cass. 7 mei 1908, *Pas.* 1908, I, 174; Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 144; Cass. 6 februari 1961, *RW* 1961-62, 933; Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 634; Cass. 19 april 2001, *Rev.prat.soc.* 2001, 278; Voorz. Kh. Brussel 27 november 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 615, noot G. VANDENDRIESSCHE). Dat wordt bevestigd in artikel 1341, *in fine* BW zelf dat voorschrijft dat artikel 1341 BW geldt “onverminderd hetgeen wordt voorgeschreven in de wetten betreffende de koop-handel”. Daarenboven geldt, krachtens artikel 25, eerste lid W.Kh., voor alle handelsverbintenissen in principe de zogenaamde vrijheid van bewijs (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 81-82, nr. 115; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 152, nr. 313 en 161, nr. 339; H. DE PAGE, *Traité*, 879-880, nr. 854, 888, nr. 861, 895, nr. 873, 897, nr. 881.A en 907, nr. 887.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 216, nr. 215). Dat betekent derhalve dat alle handelsverbintenissen, ongeacht hun waarde, in principe kunnen bewezen worden door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (zie bv. Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1336). Daarenboven kan inzake handelsverbintenissen ook tegen en boven de inhoud van akten worden bewezen (zie bv. Arbh. Luik 2 mei 1996, *JTT* 1997, 108; Brussel 21 november 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 283).

Maar, die afwijkingen van het bewijsrecht in burgerlijke zaken worden overgelaten aan de soevereine appreciatie van de feitenrechter. In de praktijk moet worden vastgesteld dat de rechtscolleges die oordelen in handelszaken zich doorgaans veeleer terughoudend opstellen wat betreft het getuigenverhoor, inzonderheid wanneer de betwisting betrekking heeft op belangrijke of complexe contracten, alsook wanneer moet worden bewezen tegen of boven de inhoud van een akte (zie bv. Brussel 19 februari 1959, *Pas.* 1959, II, 234). In die zin werd geoordeeld dat het getuigenbewijs ook in handelszaken niet kan worden toegestaan wanneer blijkt dat degene die machtiging tot getuigenbewijs vraagt daartoe overgaat ingevolge zijn eigen nalatigheid om op het gepaste ogenblik te zorgen voor een schriftelijk bewijs wanneer dit mogelijk was (Gent 14 november 2005, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, 60; Kh. Brugge 31 januari 1991, *TBH* 1991, 665). Het verschil tussen het burgerlijk bewijsstelsel en het bewijsstelsel in handelszaken situeert zich dientengevolge voornamelijk op het vlak van het bewijs door feitelijke vermoedens (D. MOUGENOT, *La preuve*, 274-275, nr. 215; H. DE PAGE, *Traité*, 908, nr. 888).

767 Ook en zelfs in handelszaken geldt de zogenaamde vrijheid van bewijs uitzonderlijk niet. Dat is onder meer het geval bij plechtige handelscontracten en bij handelscontracten

waarvoor steeds een geschreven bewijs vereist is. Zie daarover verder meer onder de nummers 860 e.v.

f. Niet van openbare orde, noch van dwingend recht

768 Alhoewel de *ratio legis* van artikel 1341 BW (de zorg om de bewijsmiddelen zeker en doeltreffend te maken en de vastlegging van de manier waarop de rechter zijn overtuiging moet vormen) en de inhoud van de artikelen 1342 tot 1346 BW (die de ontduiking van art. 1341 BW willen voorkomen) anders zouden kunnen laten veronderstellen (en oorspronkelijk ook anders werd geoordeeld), wordt thans algemeen aanvaard dat artikel 1341 BW niet van openbare orde, noch van dwingend recht is (Cass. 11 juni 1951, *Arr.Cass.* 1951, 148; Cass. 28 september 1953, *Arr.Cass.* 1954, 35; Cass. 27 juni 1963, *RW* 1963-64, 1601; Cass. 15 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1118, noot; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 730; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654; Cass. 11 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 762; Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOUQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 22 februari 2010, S.08.0153.F, www.cass.be, concl. J. LECLERCQ; Rb. Mechelen 2 februari 1960, *RW* 1959-60, 1407; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 80, nr. 112; R. DEKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 425, nr. 745; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 21, nr. 210; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 50; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 148, nr. 303; H. DE PAGE, *Traité*, 887, nr. 859; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 236, nr. 246).

769 Bij overeenkomst kunnen de partijen afwijken van artikel 1341 BW. Zo kunnen zij bijvoorbeeld bedingen dat getuigenbewijs toegelaten is bij rechtshandelingen waarvan de waarde 375,00 EUR overtreft of ook tegen en boven de inhoud van een akte, of omgekeerd, dat getuigenbewijs niet toegelaten is, ook en zelfs beneden 375,00 EUR. Al evenzeer kunnen zij naderhand in de loop van het geding verzaaken zich te beroepen op toepassing van artikel 1341 BW (P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 21, nr. 210; D. MOUGENOT, *La preuve*, 118, nr. 50; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 148, nr. 303; H. DE PAGE, *Traité*, 887, nr. 859). Die afstand kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren. Stilzwijgende afstand kan voortvloeien uit het gedrag van een partij tijdens het geding (Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131). Van stilzwijgende afstand kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een partij zonder voorbehoud deelneemt aan een (met miskenning van art. 1341 BW bevolen) getuigenverhoor (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 80, nr. 112; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 149, nr. 306). Hetzelfde geldt wanneer een schuldeiser, zonder een beroep te doen op artikel 1341 BW,

zich laat meeslepen in een betwisting omtrent door de schuldenaar ingeroepen feitelijke vermoedens als bewijs van door hem verrichte betalingen (Luik 10 februari 2011, *JLMB* 2012, 239; waarbij wel de vraag kan worden gesteld of het bewijs van de beweerde betalingen door alle middelen van recht, waaronder feitelijke vermoedens, in het concrete geval hier aan de orde niet reeds mogelijk was, alleen al bij toepassing van artikel 25, eerste lid W.Kh. en gelet op het feit dat dit bewijs hier moest worden geleverd tegen een aannemer-handelaar).

770 De rechter mag het verbod om door getuigen en met feitelijke vermoedens te bewijzen niet ambtshalve inroepen (Cass. 27 februari 1936, *Pas.* 1936, I, 169; Cass. 21 september 1950, *Arr.Cass.* 1951, 8). Vandaar dat, ook tegenover een niet-handelaar en zelfs boven het bedrag van 375,00 EUR, uit het gebrek aan protest van een factuur inzake aannemingswerken een feitelijk vermoeden van aanvaarding en van overeenstemming van de factuur met de overeenkomst kan worden afgeleid, wanneer de betrokken schuldenaar de toepassing van artikel 1341 BW niet inroept (Bergen 16 september 2003, *TBBR* 2006, 174 en *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK).

771 Een middel geput uit de schending van artikel 1341 BW kan niet voor het eerst in cassatie worden ingeroepen (Cass. 21 september 1950, *Arr.Cass.* 1951, 8; Cass. 28 september 1953, *Arr.Cass.* 1954, 35; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 731; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 21 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1654; Cass. 11 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 762; Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 22 februari 2010, S.08.0153.F, www.cass.be). Maar, wanneer een partij aan de feitenrechter een bewijsaanbod heeft gedaan nopens bij conclusie aangevoerde feiten en die partij zich niet heeft beroepen op de in artikel 1347 BW vervatte regel, is niet nieuw het middel dat de miskennis aanvoert van die regel die de rechter moest toepassen om over dat bewijsaanbod uitspraak te doen (Cass. 14 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 51).

3. De tweede grens: soevereine appreciatie door de rechter

a. De regel

772 De machtiging om bepaalde feiten met getuigen te bewijzen, voor zover al wettelijk toegelaten, moet vooraf aan de rechter worden gevraagd, met dien verstande dat de rechter ook ambtshalve een getuigenverhoor kan bevelen (art. 916 Ger.W.; Gent 11 december 1998, *P&B* 1999, 271). Zelfs wanneer omtrent hetzelfde feit reeds in eerste aanleg een getuigenverhoor werd gehouden, mag de rechter in hoger beroep nog een nieuw getuigenverhoor bevelen (Cass. 25 september 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 106).

773 De rechter oordeelt in feite en derhalve op on-aantastbare wijze of een getuigenverhoor al dan niet dienstig kan zijn (Cass. 19 februari 1975, *Arr.Cass.* 1975, 685; Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 600; Cass. 16 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 754; Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 680; Cass. 4 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 313; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122; Cass. 5 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1760; Cass. 20 januari 2003, *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE). De rechter mag daarbij evenwel het principiële recht om een dergelijk bewijs te leveren niet miskennen (Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747; Cass. 5 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1060; Cass. 17 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 189 en *RW* 1994-95, 1396, noot G. BRESSELEERS; Cass. 16 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 754; Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. APS; Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 680; Cass. 24 november 1997, *AR* S.96.0158.F, www.cass.be; Cass. 4 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 313; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1122; Cass. 20 januari 2003, *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 30 juni 2005, *Res jur.imm.* 2006, 341; Cass. 10 november 2008, *Pas.* 2008, 2516; Cass. 11 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1246). Hij mag derhalve zonder verdere motivering een feit niet onbewezen verklaren wanneer een partij aanbiedt dat feit met getuigen te bewijzen (F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 140, nr. 255; D. MOUGENOT, *La preuve*, 276, nr. 217).

Van miskening van het recht op getuigenbewijs is sprake wanneer de rechter een aanbod van getuigenbewijs afwijst op de enkele overwegingen dat het enige door de eiser neergelegde stuk onvoldoende is om aan te tonen wat hij voorhoudt en dat hij daarvan zelfs niet een begin van een bewijs aanbrengt (Cass. 30 juni 2005, *Res Jur.Imm.* 2006, 341). Hetzelfde geldt wanneer de rechter het getuigenbewijs afwijst om reden dat het te bewijzen feit niet pertinent is, terwijl, voor het geval dat feit bewezen mocht zijn, de vordering van degene die het getuigenbewijs aanbiedt, op grond van de toepasselijke rechtsregel, gegrond zou zijn (Cass. 18 maart 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 747; Cass. 16 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 754; Cass. 13 maart 1997, *EJ* 1998, 106, noot F. APS), of nog, wanneer de rechter uit de onder bewijsaanbod gestelde feiten afleidt dat die geen concrete gegevens uitmaken die vatbaar zijn voor tegenbewijs, terwijl hij dit daaruit niet heeft kunnen afleiden (Cass. 20 januari 2003, *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE).

De rechter miskent het recht op getuigenbewijs evenwel niet wanneer hij een partij, wegens schuldig stilzitten, vervallen verklaart van het recht om een bij een vroegere beslissing toegestaan getuigenverhoor te houden (Cass. 24 januari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 592; Cass. 12 februari 1999, *RW* 1999-2000, 1035; Cass. 20 april 2007, *RW* 2010-11, 954, noot V. SPINCEPAILLE en *JT* 2007, 561, noot X. TATON; Rb. Hasselt 21 september 1999, *Limb.Rechtstl.* 2000, 70).

b. Beoordelingscriteria

774 De beoordeling door de rechter van het al dan niet dienstig karakter van het getuigenverhoor kan verband houden met het nut van een getuigenverhoor ter beslechting van het geschil, met de aard van de te bewijzen feiten of met de persoon van de voorgestelde getuigen.

1) Het nut van een getuigenverhoor ter beslechting van het geschil

775 Het houden van een getuigenverhoor moet nuttig zijn voor de oplossing van het geschil. Zo kan de rechter geldig beslissen geen getuigenverhoor te bevelen, wanneer hij oordeelt:

- dat hij voldoende is ingelicht over de aangevoerde feiten ingevolge de reeds door de partijen aangevoerde bewijsmiddelen (Cass. 20 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 680);
- dat het tegendeel van de te bewijzen feiten reeds door vermoedens werd aangetoond (Cass. 26 juni 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1258; Cass. 18 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1075; Cass. 15 januari 1996, *Soc.Kron.* 1996, 444; Cass. 18 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 117, *Pas.* 2001, I, 120, noot; Bergen 11 oktober 1990, *Pas.* 1991, II, 41).

2) De aard van de te bewijzen feiten

776 Het aangeboden getuigenverhoor moet betrekking hebben op feiten. Zowel louter materiële feiten, als rechtsfeiten en (voor zover toegelaten) ook rechtshandelingen komen in aanmerking. Kunnen echter niet door getuigen worden bewezen: het juridisch karakter van feiten, de juridische gevolgen die eraan verbonden zijn, meningen van getuigen of technische adviezen (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2414, nr. 1789; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 139, nr. 254; H. DE PAGE, *Traité*, 883, nr. 854, 5°; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 343, nr. 446).

777 De beweerde feiten waarvoor getuigenbewijs wordt aangeboden moeten verder voldoende naar ruimte en tijd bepaald zijn (art. 915 Ger.W.). Opdat een feit afdoende bepaald zou zijn, moet het zo exact mogelijk in tijd en ruimte worden geplaatsd en op enigerlei wijze zichtbaar, hoorbaar of merkbaar zijn geweest voor de personen die worden opgeroepen om te getuigen, zodat dit feit vatbaar is voor tegenspraak (Cass. 23 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 285; Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 600; Cass. 20 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 169 en *RABG* 2004, 1192, noot P. VANLERSBERGHE; Cass. 5 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1760; Gent 29 april 1996, *AJT* 1996-97, 295, noot E. DE GROOTE; Luik 21 april 1998, *JT* 1998, 797; Gent 24 januari 2000, *TWVR* 2001, 72, noot F. MOEYKENS; Arbh. Bergen 15 juni 2001, *RRD* 2001, 322; Antwerpen 6 mei 2002, *RW* 2003-04, 1151; Antwerpen 22 december 2011, *RW* 2012-13, 187, noot B. PONET; Arbrb. Brussel 15 februari 1988, *TSR* 1989, 388, noot; Rb. Antwerpen 27 juni 2002, *RABG* 2003, 135, noot S. BROUWERS; Arbrb. Oudenaarde 9 mei 2006, *TGR-TWVR* 2006, 319). Dat vloeit ook voort uit artikel 921, eerste lid Ger.W. dat voorschrijft dat tegenbewijs van rechtswege vrijstaat, zelfs wanneer het getuigenbewijs ambtshalve wordt gelast (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 140, nr. 255; D. MOUGENOT, *La preuve*, 276-277, nr. 218; H. DE PAGE, *Traité*, 882, nr. 854; B. SAMYN, *Privaat-*

rechtelijk bewijs, 345, nr. 449). Een aanbod van bewijs door getuigen in burgerlijke zaken wordt dus wettelijk geweigerd door de rechter die vaststelt dat de aangevoerde feiten onnauwkeurig zijn (Cass. 28 september 1967, *Arr.Cass.* 1968, 138).

778 Die feiten moeten ook ter zake dienend zijn (art. 915 Ger.W.), dit wil zeggen dat zij van aard moeten zijn om aan de gerezen betwisting een einde te stellen of minstens bij te dragen tot de oplossing van het geschil (Cass. 7 januari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 600; Gent 8 maart 1995, *TBH* 1996, 226; Luik 21 april 1998, *JT* 1998, 797; Rb. Antwerpen 27 juni 2002, *RABG* 2003, 135, noot S. BROUWERS; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 140, nr. 255; D. MOUGENOT, *La preuve*, 276, nr. 217; H. DE PAGE, *Traité*, 882, nr. 854; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 344, nr. 447). Indien de rechter oordeelt dat het beweerde feit waarvoor het getuigenbewijs wordt aangeboden, zelfs wanneer het mocht worden bewezen, zijn beslissing over het geschil niet zal beïnvloeden, dan beslist hij geldig het getuigenverhoor niet te bevelen (Cass. 3 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 12).

3) De persoon van de voorgestelde getuigen

779 Sommige natuurlijke personen zijn onbekwaam om te getuigen:

- minderjarigen onder de leeftijd van vijftien jaar (art. 931, eerste lid Ger.W.);
- bloedverwanten in de nederdalende lijn (bv. kinderen), al dan niet meerderjarig, in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn een tegenstrijdig belang hebben (art. 931, tweede lid Ger.W.);
- personen veroordeeld tot levenslange opsluiting, levenslange hechtenis of opsluiting van minstens tien tot vijftien jaar (art. 31, 4° Strafwetboek).

780 Al evenzeer zal de rechter geldig beslissen geen getuigenverhoor toe te staan, wanneer hij de overtuiging is toegedaan:

- dat er *in concreto* en *in specie* geen redelijke kans is dat de getuigen zich de feiten nog klaar en precies zullen herinneren, bijvoorbeeld omdat zij gegeven hun aard te lang geleden hebben plaatsgevonden (Cass. 24 september 1970, *Arr.Cass.* 1971, 75; Bergen 14 december 1989, *Verkeersrecht* 1990, 245; Rb. Brussel 2 april 1996, *AM* 1997, 314; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 141, nr. 256; D. MOUGENOT, *La preuve*, 277, nr. 219; H. DE PAGE, *Traité*, 882, nr. 854); maar, het enkele feit van een aanzienlijk tijdsverloop sedert het te bewijzen feit sluit een getuigenverhoor niet uit (Antwerpen 12 maart 1996, *TRV* 2002, 526, noot D. HERBOSCH en *JDSC* 2003, 142, noot B. VOGLET);
- dat de onpartijdigheid van de getuigen en het objectief karakter van hun verklaringen te betwijfelen is (Antwerpen 11 maart 1987, *T.Vred.* 1991, 179; Bergen 21 november 1990, *Verkeersrecht* 1991, 115; Gent 17 september 1993, *Intern.Vervoerr.*

1994, 137; Bergen 15 maart 1994, *Verkeersrecht* 1994, 292). Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de getuigenverklaring van een notaris niet kan worden aanvaard in het raam van een geschil inzake een testament wanneer die notaris exclusief in opdracht van een van de partijen is opgetreden (Scheidr. Uitspr. 24 april 1997, *Rev.not.b.* 1998, 60, noot J. SACE).

4. Beperkte controle door het Hof van Cassatie

781 Wanneer hij van oordeel is dat de voorwaarden daartoe vervuld zijn, verleent de rechter een tussenvonnis waarin hij het getuigenverhoor toestaat (of ambtshalve beveelt) en de te bewijzen feiten aanduidt. Het Hof van Cassatie controleert (in voorkomend geval) enkel of in het voorliggende geding is voldaan aan de voorwaarden om bewijs door getuigen toe te laten. De opportuniteit van het getuigenverhoor, alsook de vaststelling van de te bewijzen feiten, behoort echter tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2416, nr. 1790).

C. DE BEWIJSWAARDE

1. Geen bewijskracht

782 In de gevallen waarin getuigenbewijs toegelaten is, heeft de getuigenverklaring geen bewijskracht (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2413, nr. 1788 en 2416, nr. 1791; D. MOUGENOT, *La preuve*, 280, nr. 225; H. DE PAGE, *Traité*, 881, nr. 854; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 346-347, nrs. 452-453). Ongeacht de identiteit van de getuigen, hun hoedanigheid, hun aantal en de onderlinge overeenstemming van hun verklaringen, mag de rechter steeds de bewijswaarde ervan soeverein beoordelen rekening houdend met de omstandigheden van de zaak (Cass. 6 augustus 1941, *Pas.* 1941, I, 316; Cass. 12 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 10; Cass. 25 februari 1980, *RW* 1980-81, 384; Cass. 1 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 717; Cass. 9 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 31; Bergen 24 juni 1994, *Verkeersrecht* 1994, 294; Brussel 29 juni 1983, *Rev.trim.dr.fam.* 1985, 318) en mits:

- de bewoordingen ervan, zoals neergelegd in het proces-verbaal van getuigenverhoor, niet te miskennen: hetgeen betekent dat hij aan de verklaring geen uitlegging mag geven die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan (Cass. 6 augustus 1941, *Pas.* 1941, I, 316; Cass. 12 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 10; Cass. 8 december 1967, *Arr.Cass.* 1968, 507; Cass. 8 november 1973, *Arr.Cass.* 1974, 282; Cass. 4 januari 1979, *Pas.* 1979, I, 499; Cass. 31 januari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 617; Cass. 11 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 506; Cass. 14 mei 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1260);
- zijn beslissing te motiveren conform artikel 149 Gec.Gw.

Zo mag de rechter bepaalde van de door een getuige afgelegde verklaringen als geloofwaardig in aanmerking nemen en andere als niet-geloofwaardig verwerpen. De regel van de on-

splitsbaarheid geldt hier niet (Cass. 1 februari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 717). De rechter kan bijvoorbeeld wettig beslissen dat de verklaring van een getuige die zonder eed werd verhoord tijdens het strafrechtelijk vooronderzoek meer geloofwaardigheid vertoont dan de verklaring die achteraf door diezelfde getuige, zelfs onder eed, werd afgelegd (Bergen 24 juni 1994, *Verkeersrecht* 1994, 294).

Zo ook mag de rechter genoeg nemen met één getuigenverklaring, ook al wordt zij tegengesproken door verscheidene andere getuigenverklaringen. Het adagium *testis unus testis nullus* geldt dus niet. Omgekeerd mag de rechter ook meerdere getuigenverklaringen verwerpen, ook en zelfs wanneer zij volledig eensluidend zijn (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-50, nr. 5338; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 141, nr. 257; D. MOUGENOT, *La preuve*, 281, nr. 225; H. DE PAGE, *Traité*, 881, nr. 854). Geoordeeld werd bijvoorbeeld dat geen rekening werd gehouden met de verklaring van inzittenden van de in de aanrijding betrokken voertuigen wegens hun mogelijk gebrek aan objectiviteit (Antwerpen 11 maart 1987, *T.Vred.* 1991, 179, noot D. DE BEULE).

In beginsel heeft de onrechtstreekse getuigenis minder bewijswaarde dan een rechtstreekse getuigenis (Rb. Brussel 28 april 1997, *JLMB* 1998, 381; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 424, nr. 742; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 227-228, nr. 189). Om de geloofwaardigheid van zijn getuigenis kracht bij te zetten, zal de onrechtstreekse getuige zijn bronnen moeten prijsgeven (A. DE BOECK en H. GEENS, "De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 64; D. MOUGENOT, *La preuve*, 279, nr. 222).

In zijn arrest van 13 november 2003 (*Arr.Cass.* 2003, 2086) herinnert het Hof van Cassatie eraan dat artikel 956, tweede lid Ger.W. bepaalt dat de nietigheid van het getuigenverhoor niet de nietigheid van de getuigenverklaringen tot gevolg heeft indien deze niet zijn aangetast door een eigen gebrek en dat de gebreken die de nietigheid van de getuigenverklaringen tot gevolg hebben beperkend zijn opgesomd in artikel 961 Ger.W. Daaruit volgt dat, ook al zijn het getuigenverhoor en het tegenverhoor onregelmatig doordat zij in strijd met artikel 918 Ger.W. niet werden gehouden door de rechters die het getuigenverhoor hebben bevolen of door een rechter die daartoe in het vonnis werd aangewezen, de getuigenverklaringen zelf daardoor niet nietig zijn en als bewijs in aanmerking kan worden genomen.

2. Tegenbewijs steeds mogelijk

783 De informatie bekomen via getuigenverhoor is van rechtswege vatbaar voor tegenbewijs, zelfs wanneer het getuigenverhoor door de rechter ambtshalve werd bevolen (art. 921, eerste lid Ger.W.).

§ 2. Het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens

A. DEFINITIE

784 Zoals hierboven onder de nummers 425 e.v. reeds gezegd, zijn vermoedens gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit om te beslissen tot een onbekend feit (art. 1349 BW). Een feitelijk of rechterlijk vermoeden is meer bepaald een vermoeden dat niet bij de wet is ingesteld, maar wordt overgelaten aan het oordeel en aan het beleid van de rechter (art. 1353 BW). Vooraleer daarop verder in te gaan, kan nog eens in herinnering

worden gebracht dat de artikelen 1349 en 1353 BW niet van toepassing zijn in strafzaken (o.a. Cass. 15 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1622; Cass. 25 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1648; Cass. 25 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 918; Cass. 12 december 2006, *Pas.* 2006, 2653; Cass. 26 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1458).

B. ESSENTIËLE BESTANDDELEN

785 Opdat sprake zou zijn van een feitelijk of rechterlijk vermoeden, moet aan vier essentiële bestanddelen zijn voldaan. Het moet gaan om:

- een redenering door afleiding van de rechter;
- die daarbij uitgaat van een vaststaand feit in het geding;
- die daaruit een plausibele gevolgtrekking maakt;
- die hem zekerheid geeft omtrent het onbekende feit.

1. Redenering door afleiding van de rechter

786 Een feitelijk of rechterlijk vermoeden bestaat uit een redenering door afleiding (inductie) van de rechter. Op basis van het geheel van de gekende feiten waarmee hij rekening mag houden, beslist de rechter tot het bestaan van een ander onbekend feit dat niet op rechtstreekse wijze werd bewezen en dat zelf dient als grondslag voor een vordering of voor een verweer (Cass. 10 februari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 755, Cass. 23 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1188; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Cass. 14 mei 2012, AR C.09.0271.F, www.cass.be; Antwerpen 8 oktober 1996, *FJF* 1997, 175; Antwerpen 20 maart 2001, *Fisc.Koer.* 2001, 216; Antwerpen 8 maart 2010, *NJW* 2010, 760, noot R. STEENNOT; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 31; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2417, nr. 1792; D. MOUGENOT, *La preuve*, 282, nrs. 231-232; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 143, nr. 259; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 403, nr. 950; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 69, nr. 1240; H. DE PAGE, *Traité*, 949, nr. 924; T. CALLEBAUT, noot onder Rb. Leuven 14 september 2012, *Fisc.Koer.* 2012, 542). Dat belet niet dat de procespartijen op die beslissing doorgaans anticiperen door de rechter uit eigen beweging allerhande mogelijke redeneringen met betrekking tot de gekende feiten voor te stellen om hem ertoe te bewegen een door hen aangevoerd, maar betwist feit als bewezen te aanvaarden (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 229, nr. 190).

787 Precies omdat een feitelijk of rechterlijk vermoeden een redenering van de rechter impliceert, wordt betwist dat een dergelijk vermoeden een bewijsmiddel is. Sommigen menen van niet, omdat bewijsmiddelen door de partijen worden aangewend om de rechter te overtuigen, terwijl het feitelijk of rechterlijk vermoeden het werk is van de rechter (M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia,

1962, 337). Een meerderheid verdedigt het tegendeel (D. MOUGENOT, *La preuve*, 282, nr. 232; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2416, nr. 1792; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 31; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 403, nr. 949).

788 De redenering van de rechter moet in ieder geval aan drie voorwaarden voldoen: de rechter moet uitgaan van een vaststaand feit in het geding, de gevolgtrekking die hij daaruit haalt moet plausibel zijn en ze moet met zekerheid leiden tot het onbekende feit. Vroeger werd ook vereist dat de redenering van de rechter logisch en coherent was (Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, I, 59; Cass. 28 januari 1964, *Pas.* 1964, I, 565; Cass. 14 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1106; Cass. 9 oktober 1970, *Arr.Cass.* 1971, 131). Maar, die voorwaarde wordt thans niet meer gesteld, aangezien daarvan geen sprake is in de artikelen 1349 en 1353 BW (Cass. 18 mei 1981, *RW* 1981-82, 2471).

2. Uitgaan van een vaststaand feit in het geding

789 De rechter moet uitgaan van een feit in het geding. Dat feit is op zich niet bepalend voor de afloop van het geschil, maar de rechter leidt er wel gevolgen uit af met betrekking tot de realiteit van het onbekend feit dat moet bewezen worden. Het door de rechter als uitgangspunt in aanmerking genomen feit kan om het even welk feit zijn van aard om de overtuiging van de rechter te vormen (H. DE PAGE, *Traité*, 949-950, nr. 924). Precies omdat de wetgever geen grenzen heeft gesteld aan de aard van de feiten waarop de rechter zijn redenering kan baseren, vormen feitelijke of rechterlijke vermoedens als bewijsmiddel een open categorie met een onbeperkt toepassingsgebied. Zij bevat alle soorten bewijs-elementen die niet kunnen worden ondergebracht in de andere door de wet gedefinieerde categorieën. Zij blijft bovendien steeds vatbaar voor nieuwe toepassingen, ook in gebieden die gekenmerkt worden door nieuwe technieken, dit in het bijzonder in de gevallen waarin niet is voldaan aan de voorwaarden om die technieken te behandelen als andere toegelaten bewijsmiddelen, inzonderheid als akten of als begin van schriftelijk bewijs (M. FONTAINE, “La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles” in *La preuve*, Colloquium UCL, 1987, 20 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2417, nr. 1792; D. MOUGENOT, *La preuve*, 284, nr. 236; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 439, nr. 771; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 404, nr. 953; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 69, nr. 1240; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 390-394, nrs. 534-539).

Het open karakter van het feitelijk of rechterlijk vermoeden als toegelaten bewijsmiddel verklaart waarom daarvan onmogelijk een exhaustief overzicht kan worden gegeven. Hoogstens kunnen de feiten die als uitgangspunt van de

redenering van de rechter in aanmerking komen, worden geïllustreerd door een greep uit de rechtspraak en de rechtsleer. Zijn bijvoorbeeld te aanzien als feiten waaruit de rechter een feitelijk vermoeden kan afleiden:

- een wegens het ontbreken van de eedformule nietig deskundigenverslag of een deskundigenverslag opgesteld met miskenning van het beginsel van de tegensprekelijkheid (Cass. 26 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 424; Cass. 27 november 1964, *Pas.* 1965, I, 309; Cass. 5 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 545), een eenzijdig deskundigenverslag (Cass. 14 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 88; Gent 21 mei 2010, *P&B* 2011, 114, noot D. MOUGENOT; Kh. Hasselt 16 maart 2004, *RW* 2006-07, 107, noot; Kh. Antwerpen 14 januari 2005, *RHA* 2006, 241), een deskundigenverslag uit een andere procedure (Cass. 22 december 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 473), of nog, de vaststellingen gedaan door en het advies van een door de partijen in onderling akkoord aangewezen deskundige die zijn opdracht is te buiten gegaan (Cass. 25 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 874);
- feitelijke vaststellingen overeenkomstig artikel 516, tweede lid Ger.W. gedaan door een gerechtsdeurwaarder in opdracht van particulieren of van een gerechtelijke overheid (Cass. 20 februari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 707; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT; Voorz. Kh. Kortrijk 4 december 2000, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2000, 268; Vred. Doornik 22 mei 2007, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, 500; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 232, nr. 194; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 146, nr. 268; D. MOUGENOT, *La preuve*, 291, nr. 244-2);
- de verslagen van een privédetective (Arbh. Luik 7 januari 1982, *JTT* 1982, 177; Vred. Doornik 22 mei 2007, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, 500; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2421, nr. 1794; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 146, nr. 268);
- de vaststellingen in een proces-verbaal van de verbalisanten die slechts de waarde hebben van een gewone inlichting (Cass. 12 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, 488; Antwerpen 1 maart 1988, *Limb.Rechtsl.* 1988, 84; Vred. Waver 19 januari 2006, *RRD* 2007, 97);
- de processen-verbaal van de controleagenten van de MIVB (Pol. Brussel 29 februari 2012, *JLMB* 2012, 1252; zie ook art. 1, § 1, tweede lid van de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid);
- de resultaten van laboratoriumtests die op niet-tegensprekelijke wijze uitgevoerd werden (Voorz. Kh. Hasselt 21 september 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2001, 676);
- de beslissingen van de administratieve gezondheidsdienst, thans Medex (Cass. 30 mei 2011, *For.ass.* 2011, 220, noot J. WILDEMEERSCH en *NJW* 2011, 498, noot I. BOONE; Cass. 18 november 2011, AR C.09.0521.F, www.cass.be, concl. T. WERQUIN);
- het advies van de gemachtigde ambtenaar (Cass. 27 januari 2006, *Pas.* 2006, 234);
- de vermeldingen van het kadaster (Cass. 17 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 80) of een kadasterplan (Rb. Turnhout 8 november 2004, *RW* 2006-07, 67);
- verklaringen die een partij in onverdachte omstandigheden heeft afgelegd (Cass. 22 december 1955, *Pas.* 1956, I, 402), bijvoorbeeld tijdens een strafonderzoek (Cass. 27 april 1939, *Pas.* 1939, I, 214; Antwerpen 27 september 2010, *Juristenkrant* 2011, 6; Rb. Leuven 14 september 2012, *Fisc.Koer.* 2012, 541, noot T. CALLEBAUT); de houding of feitelijke gedraging van een partij, bijvoorbeeld een blijvende relatie tussen de partijen (Bergen 3 februari 1987, *TBH* 1987, 642), het zonder geldige reden weigeren zich te onderwerpen aan een bloed- of genetisch onderzoek (Cass. 17 december 1998, *R.Cass.* 1999, 197, noot S. BRUS, *RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN en *J.dr.jeun.* 1999, 44, noot J. JACQMAIN; Brussel 29 september 2008, *JLMB* 2009, 1069; Rb. Luik 13 januari 1989, *JLMB* 1989, 458, noot C. PANIER), de weigering om medewerking te verlenen aan de bewijsvoering (Rb. Gent 14 september 2010, *P&B* 2011, 76), de herhaalde en niet-betwiste bevestigingen van een partij (Cass. 9 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, 551), het stilzitten of stilzwijgen van een procespartij ten aanzien van herhaalde bevestigingen van de andere partij (Cass. 17 december 1953, *Pas.* 1954, I, 315; Cass. 12 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 192; Cass. 18 september 1964, *Pas.* 1965, I, 61; Cass. 24 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 1024; Cass. 1 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 612), of, het gebrek aan gevolg door een werkloze verleend aan een aanbod tot tewerkstelling hem per gewone brief toegestuurd met als gevolg een niet-betwiste beslissing tot uitsluiting en aan twee oproepingen om te worden gehoord, in combinatie met zijn optreden

tegen een tweede beslissing tot uitsluiting hem bij gewone brief toegestuurd en de afwezigheid van klachtneerlegging bij de postdiensten, dit tot bewijs van de effectieve ontvangst van de gewone brief houdende het betrokken aanbod tot tewerkstelling (Arbh. Bergen 15 juni 2011, *JLMB* 2012, 608); ook de erkenning door een partij van een feit in zaken van openbare orde komt in aanmerking (D. THUIS, concl. voor Cass. 24 april 2006, AR S.04.0121.N, www.cass.be); maar, het uitblijven van reactie van de cliënt op de brieven van zijn advocaat met vraag naar instructies om bijkomende diensten te verrichten, werd geacht geen bewijs te vormen van het bestaan in dat verband van een mandaat *ad litem* (Rb. Brussel 22 september 2009, *T.Vred.* 2012, 394, noot F. DE PATOUL);

- getuigschriften en geschreven verklaringen van derden (Cass. 20 juni 1969, *Arr.Cass.* 1969, 1045; Bergen 5 december 2011, *JT* 2012, 117; Rb. Aarlen 16 januari 1998, *TBBR* 1998, 253; Rb. Namen 28 maart 2001, *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 842; *Vred.* Torhout 30 november 1999, *Huur* 2001, 143; D. MOUGENOT, *La preuve*, 290, nr. 244-1; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 405, nr. 958); hetzelfde geldt voor de verklaringen van een getuige in een vroegere procedure (Cass. 19 december 1953, *Arr.Cass.* 1953, 422; Brussel 16 maart 1957, *Pas.* 1958, II, 210); ook de houding of een feitelijk gedraging van derden komt in aanmerking (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 232, nr. 194);
- overeenstemming met de gewone gang van zaken (Cass. 3 mei 2010, AR S.09.0024.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349; Cass. 10 juni 2010, *RW* 2010-11, 1095); ook afwijkingen van de gewone gang van zaken kunnen in aanmerking komen als feitelijk vermoeden, bijvoorbeeld tot bewijs van een medische fout (Brussel 21 november 2011, *Con.M.* 2012, 96, noot E. LANGENAKEN; Rb. Brussel 11 juni 2012, *Con.M.* 2012, 153);
- handelen volgens de gangbare standaardprocedure, vastgelegd bij een wettelijk voorschrift met sectorale werking (aangaande het correct karakter van het optreden) (Gent 23 mei 1997, *Bank Fin.* 1997, 662, noot M. TISON);
- een overeenkomst tussen een procespartij tegen wie het vermoeden wordt ingeroepen en een derde die geen partij is in het geding (Cass. 30 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 610);
- een permanente toestand van geestesstoornis, hetzij een dergelijke toestand die gewoonlijk aanwezig was zowel in de periode vóór als in de periode na de datum van de schenking (Rb. Brussel 1 juni 2001, *JLMB* 2001, 1358, noot J. SACE);
- geneeskundige attesten (Brussel 27 september 2003, *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 474);
- het titularisrecht van een bankrekening in verband met het eigendomsrecht van de tegoeden die daarop staan (Bergen 4 oktober 2004, *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 885);
- een door de algemene vergadering goedgekeurde jaarrekening omtrent de juistheid van haar inhoud, tegen de vennootschap (Bergen 4 oktober 2004, *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 885);
- de verslagen van de vergaderingen van een vereniging (Antwerpen 27 september 2010, *Juristenkrant* 2011, 6);
- de aanvaarding van de factuur buiten het toepassingsgebied van artikel 25, tweede lid W.Kh. (Beslagr. Luik 29 juni 2007, *Rev.not. b.* 2007, 493; Kh. Brussel 29 juni 2009, *RW* 2009-10, 1651; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 227, nr. 188);
- een laattijdig opgestuurde factuur (Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322);
- koopmansboeken en huishoudelijke papieren, in de gevallen waarin zij geen specifieke bewijskracht hebben (Luik 2 april 1998, *TBBR* 1999, 208; Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUDDÉ; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUDDÉ; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794); facturen ten aanzien van niet-handelaars (Rb. Kortrijk 9 april 2007, *RW* 2008-09, 1357);
- facturen, bestelbons, vervoerdocumenten of garantiebewijzen uitgaande van handelaars die een regelmatige boekhouding bijhouden, als eigendomsbewijzen in het kader van een revindicatievordering (Beslagr. Luik 17 februari 1982, *Bull.Bel.* 1985, 47; Brussel 23 december 2002, *JT* 2003, 602; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 146, nr. 268);
- de inschrijving in het handelsregister (Luik 26 juni 1997, *JLMB* 1998, 1236);
- de inflichtingen die de sociale inspecteurs bij hun onderzoek inwinnen in het kader van de arbeidsinspectiewet (Cass. 28 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 497);
- het gebrek aan openbaar gemaakte werkroosters van deeltijdse werknemers (Cass. 4 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1206);
- ...

Zoals gezegd, heeft de technologische evolutie het toepassingsgebied van de feitelijke of rechterlijke vermoedens aanzienlijk verruimd.

Kunnen aldus als feit een uitgangspunt vormen voor de redenering van de rechter:

- alle vormen van afschriften, zoals fotokopieën (Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417; Arbh. Brussel 14 juni 2010, *JTT* 2011, 163) of afschriften verkregen door scanning, microfilms (Rb. Namen 8 februari 2006, *FJF* 2007, 153) of telefax, de alfanumerieke schijven (W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 697-698; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-91, nr. 5478; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 225, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 163, nr. 185); schermafdrukken van internetpagina’s (Kh. Luik 24 november 2006, *RDTI* 2007, 107, noot M. ISGOUR);
- een telex, een telegram, een sms, wanneer de identiteit van de afzender niet kan worden vastgesteld of niet wordt bewezen dat deze documenten van hem uitgaan (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 225, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794; J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-4, § 2; W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 698);
- via elektronische weg opgestelde documenten, die niet als een (begin van bewijs door) geschrift kunnen worden aangezien of die niet zijn voorzien van een elektronische handtekening, zoals de e-mail (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 226, nr. 187);
- een geluidsoptname (bv. van een telefoongesprek) (Cass. 24 november 1961, *RW* 1961-62, 1741; Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272; Antwerpen 27 september 1999, *P&B* 2000, 247; Gent 17 maart 1999, *TRV* 2001, 330, noot J. TYTECA; Kh. Brussel 16 december 1980, *TBH* 1981, 151; Beslagr. Luik 2 november 1983, *JL* 1983, 555; Kh. Ieper 20 november 1995, *TBH* 1996, 1007; Kh. Nijvel 26 september 1996, *TBH* 1997, 789, noot) of een beeldopname (foto of film of video) (bv. KG Rb. Namen 31 oktober 1995, *P&B* 1996, 139; Pol. Charleroi 4 september 1997, *JLMB* 1998, 414), analoog of digitaal gerealiseerd en dus ongeacht de wijze van registratie en de aangewende drager (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-4, § 3; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 194; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2422, nr. 1794; D. MOUGENOT, *La preuve*, 292-294, nrs. 246 en 248; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 146, nr. 271);
- het feit dat er een telefoongesprek is geweest of een oproep via semafoon, mobilfoon of gsm tussen bepaalde nummers (W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, 698);
- de registratie in het elektronisch logboek bij betalingsverrichtingen via bankautomaten (via bankautomaten worden door klanten talrijke transacties verricht waaronder geldopnames en overschrijvingen; die verrichtingen worden geregistreerd in de journalrol van de bankautomaat, zijnde het elektronisch logboek waarin de verrichtingen van de bankautomaat worden bijgehouden, zonder evenwel melding te maken van de geheime PIN-code van de kaart waarmee de verrichting is geschied), via betaalterminals (een verrichting via een betaalterminal is vergelijkbaar met een verrichting via een bankautomaat, met dien verstande dat er een derde partij bij betrokken is, met name de handelaar die door middel van de verrichting wordt betaald), via thuisbankieren (thuisbankieren kan, hetzij door telebankieren, hetzij door internetbankieren) of via oplaadbare betaalkaarten (een oplaadbare betaalkaart staat de houder ervan toe een bepaald bedrag op een kaart te plaatsen (“opladen”) en daarmee bij deelnemende handelaars te betalen) in de relatie tussen de klant en de bank (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burgerlijk bewijsstelsel” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-7, § 6);
- uittreksels of tickets uit een bankautomaat of uit een betaalterminal (J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De inpassing van nieuwe bewijstechnieken in het burger-

lijk bewijsstelsel" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.4-8, § 6, 1);

— ...

Komen daarentegen niet in aanmerking als feit in het geding, zuiver persoonlijke opvattingen van de rechter of feiten die de rechter uit eigen wetenschap bekend zijn en die tijdens het geding niet aan een tegensprekelijk onderzoek onderworpen zijn en geen algemeen bekende feiten zijn (Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, 123; Cass. 21 mei 1963, *Pas.* 1963, I, 1011; Cass. 26 juni 1998, *TBBR* 1999, 408; Cass. 5 maart 1999, *Fisc.Koer.* 199, 352; Cass. 11 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 62; Cass. 19 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1439; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120).

790 Het feit dat de rechter als uitgangspunt van zijn redenering neemt, moet bovendien vaststaan, dit wil zeggen bewezen zijn (Cass. 18 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 335; Cass. 20 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1909 en *RABG* 2004, 298, noot M. DEMETS; Bergen 29 januari 1993, *Verkeersrecht* 1993, 206; Antwerpen 30 oktober 1995, *FJF* 1996, 98; Antwerpen 23 december 1996, *Fisc.Koer.* 1997, 654, noot A. KIEKENS; Antwerpen 8 oktober 1996, *FJF* 1997, 175; Antwerpen 9 februari 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 267, noot; Antwerpen 28 oktober 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 683, noot; Brussel 13 november 2001, *FJF* 2002, 767; Antwerpen 25 mei 2004, *TBBR* 2006, 494; Brussel 16 december 2004, *FJF* 2006, 57; Luik 20 september 2004, *RGCF* 2005, 268; Antwerpen 20 september 2005, *TFR* 2006, 949; Brussel 22 juni 2006, *TFR* 2006, 949; Rb. Luik 18 december 2001, *RGAR* 2004, nr. 13.859; Rb. Namen 24 mei 2002, *FJF* 2002, 859; Rb. Brussel 4 oktober 2002, *TFR* 2006, 946; Rb. Brussel 11 oktober 2002, *TFR* 2006, 946; Rb. Antwerpen 9 april 2003, *TFR* 2006, 947; Rb. Brussel 21 juni 2005, *TFR* 2006, 949; Rb. Leuven 14 september 2012, *Fisc.Koer.* 2012, 541, noot T. CALLEBAUT; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 602, nr. 35; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 370, nr. 508 en 388, nr. 531).

Kunnen derhalve geen feitelijk of rechterlijk vermoeden staven:

– een onzeker of slechts waarschijnlijk of voorondersteld feit (Cass. 2 maart 1956, *Arr.Cass.* 1956, 534; Cass. 23 november 1965, *Pas.* 1966, I, 396; Cass. 3 september 1968, *Arr.Cass.* 1969, 1; Cass. 19 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1158, noot; Cass. 22 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 543; Cass. 18 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 335; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120; Bergen 29 januari 1993, *Verkeersrecht* 1993, 206; Antwerpen 30 oktober 1995, *FJF* 1996, 98; Antwerpen 8 oktober 1996, *FJF* 1997, 175; Brussel 31 januari 1997, *Fisc.Koer.* 97/345; Luik 4 maart 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 253; Antwerpen 9 februari 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 267, noot; Antwerpen 28 oktober 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 683, noot; Brussel 13 november 2001, *FJF* 2002, 767; Luik 20 september 2004, *RGCF* 2005, 268; Brussel 16 december 2004, *FJF* 2006, 57; Antwerpen 20 september 2005, *TFR* 2006, 949; Brussel 22 juni 2006, *TFR* 2006, 949; Brussel 25 juni 2008, *FJF* 2009, 63; Brussel 6 februari 2009, *FJF* 2009, 985; Rb. Luik 18 december 2001, *RGAR* 2004, nr. 13.859; Rb. Brussel 4 oktober 2002, *TFR* 2006, 946; Rb. Brussel 11 oktober 2002, *TFR* 2006, 946; Rb. Antwerpen 9 april 2003, *TFR* 2006, 947; Rb. Brussel 21 juni 2005,

- TFR* 2006, 949; Pol. Brussel 24 november 2003, *Verkeersrecht* 2003, 361; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 144, nr. 264);
- een feit dat willekeurig als juist en bekend wordt beschouwd, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat bepaalde zelfstandigen hard werken (Luik 10 januari 2001, *FJF* 2001, 121), of, dat een bepaalde zelfstandigen 220 dagen per jaar werken (Brussel 21 januari 1997, *Fisc.Koer.* 1997, 345, noot), of nog, dat de gezinsuitgaven van een belastingplichtige overeenstemmen met de ramingen van een statistisch overzicht waaruit voor elke burger een bestaansminimum blijkt (Rb. Namen 23 januari 2004, *JDF* 2005, 253);
 - de door een partij in haar eigen zaak afgelegde verklaringen, als zij niet door andere gegevens of enig vermoeden worden gestaafd (Cass. 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; Cass. 14 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 109; Cass. 9 november 2007, *RW* 2009-10, 928, noot; Bergen 29 januari 1993, *Verkeersrecht* 1993, 206; Pol. Brussel 24 november 2003, *Verkeersrecht* 2003, 361); hetzelfde geldt voor de loutere aanvoering van een feit door de technisch adviseur van een partij (Bergen 5 november 2001, *TBH* 2002, 708);
 - het resultaat van een steekproef (Antwerpen 20 mei 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 503);
 - ...

Ook een opeenstapeling van vermoedens (vermoeden gebaseerd op een ander vermoeden) is verboden (Luik 13 maart 1985, *Bull.Bel.* 1986, 1183, nr. 651; Gent 21 september 1995, *Fisc.Koer.* 1995, 596; Gent 18 november 1996, *FJF* 1997, 111; Bergen 19 december 1997, *FJF* 1998, 282; Antwerpen 7 december 1999, *AJT* 1999-2000, 840, noot S. HUYSMAN; Antwerpen 20 november 2001, *FJF* 2002, 141, noot; Brussel 14 juni 2002, *FJF* 2002, 855; Luik 20 september 2004, *RGCF* 2005, 268; Brussel 12 november 2008, *TGR-TWVR* 2009, 242, noot F.M.; Rb. Brugge 8 januari 2002, *FJF* 2002, 686; Rb. Luik 14 april 2005, *FJF* 2007, 47; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 603, nr. 35). Komt bijvoorbeeld neer op een verboden opeenstapeling van vermoedens, de extrapolatie door de fiscus naar een ruimere periode (bv. ook voor het verleden) van vaststellingen in verband met de belastbare grondslag over een beperkte periode (T. CALLEBAUT, noot onder Rb. Leuven 14 september 2012, *Fisc.Koer.* 2012, 543).

3. Een plausibele gevolgtrekking

791 Om in aanmerking te worden genomen moeten feitelijke vermoedens bepaald (afgestemd zijn op hetgeen moet worden bewezen) en gewichtig (steunend op een redenering die steekhoudend is) zijn. De rechter mag uit het vaststaand feit in het geding geen gevolg trekken dat daarmee geen enkel verband houdt of dat op grond daarvan onmogelijk kan worden verantwoord (Cass. 5 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 346 en *Pas.* 1982, I, 342, concl. F. DUMON; Cass. 10 februari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 755; Cass. 26 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 231; Cass. 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; Cass. 16 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 309; Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 221; Cass. 17 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 431; Cass. 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 727; Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2056; Cass. 12 december 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 53; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120; Cass. 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672, concl. D. THUIS; Cass. 3 mei 2010, AR S.09.0024.N, www.cass.be; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 602, nr. 35).

792 Er moet dus vooreerst een verband bestaan tussen het bekende feit en het te bewijzen onbekende feit, zodat het onbekende feit uit het bekende feit kan worden afgeleid

(Rb. Namen 24 mei 2002, *FJF* 2002, 859). Aan die voorwaarde is niet voldaan wanneer de rechter uit het vaststaand feit een gevolg trekt dat daarmee geen enkel verband houdt (Cass. 10 april 1973, *Arr.Cass.* 1973, 798; Cass. 5 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 346; Cass. 26 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 231; Cass. 22 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1303; Cass. 6 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1286; Cass. 11 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 437; Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 221; Cass. 17 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 431; Cass. 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 727; Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2056; Cass. 3 mei 2010, *www.cass.be*, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349).

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de fiscale administratie, bij gebrek aan kasboek, er (bij afwezigheid van voldoende verband) niet kan van uitgaan dat de stortingen, gedaan door twee vennoten aan hun vennootschap, die bij die laatste werden verwerkt door de rekening "kas" te debiteren en de rekening-courant "vennoten" te crediteren, betrekking hebben op fondsen die voortspruiten uit een commerciële activiteit van de vennootschap, meer bepaald uit niet in de boekhouding opgenomen inkomsten (Rb. Namen 24 mei 2002, *JDF* 2002, 365).

793 Verder moet de gevolgtrekking die de rechter uit het vaststaand feit maakt, voor rechtvaardiging vatbaar zijn. Niet vereist is dat het onbekend feit noodzakelijkerwijs uit het bekende feit voortvloeit, maar het moet er kunnen uit voortvloeien (Cass. 23 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 657; Cass. 22 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 466; Cass. 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672, concl. D. THUIS; Cass. 18 december 2008, *www.cass.be* en *Pas.* 2008, 3031). Dat laatste is niet het geval wanneer de redenering die werd gevolgd om op grond van het bekende feit te besluiten tot het onbekende feit voor geen enkele verantwoording vatbaar is (Cass. 5 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 346; Cass. 25 februari 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 813; Cass. 10 februari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 755; Cass. 26 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 231; Cass. 26 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 660; Cass. 22 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1303; Cass. 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; Cass. 2 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 152; Cass. 21 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 455; Cass. 6 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1286; Cass. 12 november 1992, *FJF* 1993, 186; Cass. 16 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 309, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFD en *R.Cass.* 1995, 306, noot J. GERLO; Cass. 17 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 431; Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 105; Cass. 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 727; Cass. 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2056; Cass. 12 december 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 53; Cass. 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672; Cass. 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672, concl. D. THUIS; Cass. 3 december 2007, *RW* 2010-11, 197; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Cass. 9 mei 2008, AR C.07.0438.F, *www.cass.be* en *Pas.* 2008, 1148; Cass. 3 mei 2010, *www.cass.be*, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349; Cass. 7 oktober 2010, *JLMB* 2011, 1983; Arbh. Antwerpen, afdeling Hasselt 19 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 129, noot S. RENETTE; Rb. Leuven 14 september 2012, *Fisc. Koer.* 2012, 541, noot T. CALLEBAUT).

794 Uiteraard moet de rechter zijn redenering motiveren en antwoorden op de middelen die de partijen in dat verband ontwikkelen, dit conform artikel 149 Gw. (Cass. 24 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 690; Cass. 4 februari 1965, *JT* 1965, 311).

4. Zekerheid omtrent het onbekende feit

795 Een vaststaande cassatierechtspraak oordeelt ten slotte dat de rechter feitelijke vermoedens slechts kan aannemen wanneer zij hem zekerheid geven omtrent het bestaan van het vast te stellen feit dat hij uit een bekend feit afleidt. Eenvoudige waarschijnlijkheid volstaat dus niet (Cass. 2 maart 1956, *Arr.Cass.* 1956, 534; Cass. 19 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1158, noot; Cass. 22 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 543; Cass. 16 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1407; Cass. 23 oktober 2008, *JLMB* 2009, 1334; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 144, nr. 264; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 439, nr. 771; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 370-371, nr. 510 en 388, nr. 531).

796 Doorgaans wordt door de feitenrechters en door de rechtsleer aangenomen dat het daarbij wel gaat, niet om de absolute zekerheid, doch wel om de juridische zekerheid, zijnde de aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid (Pol. Brussel 24 november 2003, *Verkeersrecht* 2003, 361; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 65; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 175-176, nr. 239; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 232, nr. 194; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 602, nr. 35). Maar, er is ook afwijkende rechtsleer die meent dat absolute zekerheid hier vereist is (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 1”, *P&B* 2010, 10, nr. 22; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 21, nr. 32).

In zijn arrest van 3 mei 2010 (AR S.09.0024.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER) lijkt het Hof van Cassatie zelf te opteren voor de juridische zekerheid. In dit geval had de appelrechter geoordeeld dat uit de inschrijving als verzekeringstussenpersoon in de regel mag afgeleid worden dat de betrokken persoon ook daadwerkelijk die activiteit uitoefent. Die redenering van de feitenrechter bood hem aldus geen absolute zekerheid over de concrete activiteiten van de persoon in kwestie. Toch verbrak het Hof van Cassatie het bestreden arrest niet. Geoordeeld werd integendeel dat het arrest zijn beslissing wettig steunde op een feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken.

797 Aangezien de belastingadministratie de belastbare inkomsten van een belastingplichtige dikwijls aan de hand van feitelijke vermoedens tracht te bepalen (bv. bij toepassing van art. 59, § 1 WBTW), vertoont de rechtspraak in fiscale zaken talloze voorbeelden van gevallen waarin werd geoordeeld dat aan de zekerheidsvoorwaarde niet was voldaan (Antwerpen 26 oktober 1992, *FJF*, nr. 93/118; Luik 9 maart 1994, *Fisc.Koer.* 1994, 94/410; Luik 9 maart 1994, *FJF*, nr. 95/39; Luik 25 mei 1994, *FJF*, nr. 94/216; Luik 16 november 1994, *Fiskoloog* 1995, 9; Antwerpen 19 december 1994, *FJF*, nr. 95/112; Gent 21 september 1995, *Fisc.Koer.* 1995, 95/596; Luik 22 mei 1996, *FJF*, nr. 96/206; Luik 4 maart 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 98/253; Antwerpen 17 maart 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 98/264; Antwerpen 9 februari 1999, *Fisc.Koer.* 1999, 267; Antwerpen 20 maart 2001, *Fisc.Koer.* 2001, 216; Gent 27 maart 2001, *AJT* 2000-01, 954, noot B. DE VUYST; Luik 25 januari 2002, *FJF* 2002, 407, noot). Maar ook in andere domeinen besluit de rechtspraak vaak tot afwezigheid van zekerheid.

Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de afwezigheid van de vermelding van de naam van een bestuurder in bepaalde vennootschapsdocumenten niet volstaat om aan te tonen dat hij op dat ogenblik reeds ontslag had genomen (Luik 30 juni 2004, *JLMB* 2006, 915 en *JDSC* 2007, 35, noot P. KILESTE, C. STAUDT). Zo ook werd beslist dat uit de als vermoeden in aanmerking genomen feitelijke omstandigheden – dat uit het stilzitten van de werkgever kon worden afgeleid dat hij vond dat de werknemer hem geen concurrentie kon aanbrengen; – dat op het ogenblik van het ontslag door de werknemer tussen partijen werd besproken welke functie de werknemer bij zijn toekomstige werkgever zou hebben; – dat de werknemer kon gaan werken bij een niet-concurrerend bedrijf zodat hij geen nadeel heeft geleden wat betreft de toepassing van het concurrentiebeding, niet kon worden afgeleid dat de werkgever impliciet had afgezien van de toepassing van het concurrentiebeding en bijgevolg geen expliciete bevestiging ervan nodig was (Cass. 20 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1909 en *RABG* 2004, 298, noot M. DEMETS). In een ander geval werd geoordeeld dat uit het loutere feit dat een elektrische kabel werd beschadigd en dat de gedaagde aannemer in de omgeving werken aan het uitvoeren was, niet kon worden afgeleid dat hij die beschadiging heeft veroorzaakt. Als er ter plaatse van en rond de plaats van de beschadiging op korte termijn veel activiteit is geweest van diverse aannemers, staat wie in werkelijkheid de in het geding betrokken leiding heeft beschadigd niet vast (Kh. Leuven 1 september 2009, *T.Aann.* 2010, 162, noot). Een laatste illustratie biedt het arrest van 8 maart 2010 van het hof van beroep te Antwerpen (*NJW* 2010, 760, noot R. STEENNOT). Geoordeeld werd daarbij dat de (betwiste) bewering dat de vastgoedmakelaar op geen andere wijze kennis kon hebben van de intentie van de consument om zijn onroerend goed te verkopen en het feit dat de consument zijn instemming verleende bij het verlijden van de notariële akte niet toelaten te besluiten tot het bestaan van een uitdrukkelijk en voorafgaand verzoek van de consument om bij hem thuis langs te komen met de bedoeling om te onderhandelen over het sluiten van een makelaarscontract.

5. Controle door het Hof van Cassatie

798 Het feitelijk of rechterlijk vermoeden is een wettelijk begrip. Het Hof van Cassatie controleert bijgevolg of de rechter het wettelijk begrip feitelijk vermoeden niet heeft miskend door uit de door hem vastgestelde feiten gevolgtrekkingen af te leiden die op grond van die feiten niet kunnen worden verantwoord. Er is dus alleen sprake van een marginale toetsing (o.a. Cass. 18 mei 1981, *RW* 1981-82, 2471; Cass. 5 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 346; Cass. 25 februari 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 813; Cass. 10 februari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 755; Cass. 26 oktober 1983,

Arr.Cass. 1983-84, 231; *Cass.* 26 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 660; *Cass.* 22 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1303; *Cass.* 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; *Cass.* 2 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 152; *Cass.* 21 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 455; *Cass.* 6 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1286; *Cass.* 12 november 1992, *FJF* 1993, 186; *Cass.* 16 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 309, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFD en *R.Cass.* 1995, 306, noot J. GERLO; *Cass.* 11 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 437; *Cass.* 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 221; *Cass.* 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; *Cass.* 17 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 431; *Cass.* 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 105; *Cass.* 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 727; *Cass.* 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; *Cass.* 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2056; *Cass.* 22 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 466; *Cass.* 20 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1909 en *RABG* 2004, 298, noot M. DEMETS; *Cass.* 23 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, 120; *Cass.* 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672, concl. D. THUIS; *Cass.* 3 december 2007, *RW* 2010-11, 197; *Cass.* 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; *Cass.* 9 mei 2008, AR C.07.0438.F, www.cass.be en *Pas.* 2008, 1148; *Cass.* 23 oktober 2008, *JLMB* 2009, 1334; *Cass.* 22 april 2010, *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY en *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY; *Cass.* 3 mei 2010, www.cass.be, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349; *Cass.* 10 juni 2010, *RW* 2010-11, 1095; *Cass.* 7 oktober 2010, *JLMB* 2011, 1983; *Arbh.* Antwerpen, afdeling Hasselt 19 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 129, noot S. RENETTE; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 602, nr. 35; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 395, nr. 540; anders in de zin van geen controle: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 959, nr. 932).

C. DE TOELAATBAARHEID

799 Krachtens artikel 1353 BW is het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens enkel toegelaten in de gevallen waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat, behalve wanneer tegen een handeling uit hoofde van arglist of bedrog wordt opgekomen (*Cass.* 19 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1016; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 438, nr. 771; D. MOUGENOT, *La preuve*, 284, nr. 237; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 404, nr. 954; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 69, nr. 1250; H. DE PAGE, *Traité*, 954-955, nr. 926 en 956, nr. 928; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 368, nr. 504 en 389, nr. 532).

1. Enkel wanneer getuigenbewijs toegelaten is

800 De gevallen waarin de wetgever het getuigenbewijs toelaat, werden hierboven onder de nummers 668 e.v. reeds gedetailleerd onderzocht. Hier kan dan ook ermee worden volstaan te verwijzen naar de desbetreffende randnummers, inzonderheid deze betreffende het principe

van de vereiste van een akte en de uitzonderingen daarop wat betreft het bewijs van rechtshandelingen tussen de partijen.

Bewijs door rechterlijke of feitelijke vermoedens is bijgevolg slechts toegelaten in zaken waarvan de waarde 375,00 EUR niet overschrijdt (art. 1341 BW), behalve in geval van een begin van bewijs door geschrift (art. 1347 BW), van onmogelijkheid om zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (art. 1348 BW) en in handelszaken (F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 144-145, nr. 266; D. MOUGENOT, *La preuve*, 284, nr. 237; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 404-405, nr. 955; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 69-70, nr. 1250; H. DE PAGE, *Traité*, 956, nr. 928). Toepassingen van die regel in de rechtspraak zijn:

- in burgerlijke zaken: Cass. 16 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 637; Cass. 26 april 1968, *Arr.Cass.* 1968, 1080; Cass. 6 december 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 486; Bergen 13 mei 1991, *JLMB* 1992, 1010, noot A. KOHL; Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92; Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN; Brussel 30 april 2009, *JLMB* 2010, 923; Brussel 21 december 2010, *Juristenkrant* 2011, 2; Vred. Deurne 16 mei 1997, *RW* 1999-2000, 1202, noot;
- in handelszaken: Cass. 5 december 1946, *Arr.Cass.* 1946, 428; Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 6 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 507; Brussel 21 november 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 283.

Ook tegen of boven de inhoud van een akte is bewijs door feitelijke vermoedens niet toegelaten (Cass. 28 februari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 798). Zo werd bijvoorbeeld geoordeeld dat de artikelen 1319, 1320, 1322, 1341 en 1353 BW worden geschonden door het vonnis dat geen uitlegging geeft van een ontvangsbewijs, maar op grond van extrinsieke feitelijke gegevens, waaraan het niet het karakter van een bekentenis toekent, de werkelijke oorzaak ervan onderzoekt in tegenstelling tot de erin uitgedrukte oorzaak, en aldus het bewijs van de oorzaak van dit ontvangsbewijs toelaat op grond van feitelijke vermoedens tegen en boven de inhoud van die akte (Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 555).

2. Steeds in geval van bedrog

801 Ingeval in verband met de totstandkoming, de wijziging of het tenietgaan van een rechtshandeling **b e d r o g** werd gepleegd (in welk geval het gaat om het bewijs van rechtsfeiten), geldt artikel 1341 BW niet en is bijgevolg het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens (zoals door alle andere middelen van recht) steeds toegelaten (Bergen 17 juni 1994, *JT* 1995, 171; Arbh. Luik 18 februari 2011, *JTT* 2012, 45). Artikel 1353 *in fine* BW is niet meer dan een (nutteloze) bevestiging van het bewijsstelsel dat geldt inzake rechtsfeiten (H. DE PAGE, *Traité*, 956, nr. 928). De wetgever heeft op die manier niettemin

willen benadrukken dat zoveel als mogelijk fraude moet worden bestreden en de rechtsregels van openbare orde en van dwingend recht moeten worden geëerbiedigd.

Bewijs door feitelijke vermoedens is aldus bijvoorbeeld mogelijk (ook tussen partijen of door partijen tegenover derden) ten aanzien van een frauduleuze simulatie bestemd om de toepassing van een rechtsregel van openbare orde of van dwingend recht te omzeilen (bv. Arbh. Antwerpen 3 februari 1997, *JTT* 1997, 337; Bergen 27 oktober 2005, *FJF* 2007, 186, noot; Arbh. Luik 18 februari 2011, *JTT* 2012, 45; Rb. Marche-en-Famenne 13 maart 1997, *Rec.gén.enr.not.* 1997, 493, noot A. CULOT), of nog, van het feit dat een rechtshandeling een ongeoorloofde oorzaak heeft (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2288, nr. 1678; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 237, nr. 247; E. NORDIN, "Het bewijs van het bestaan van een (on-)geoorloofde oorzaak van een overeenkomst op grond van feiten die zich na het sluiten van die overeenkomst hebben voorgedaan", *RW* 2009-10, 1641-1642).

3. Een rechtskwestie

802 De toelaatbaarheid van het bewijs door feitelijke vermoedens is een rechtskwestie onderworpen aan het toezicht van het Hof van Cassatie (Cass. 15 april 1926, *Pas.* 1926, I, 332; Arbh. Bergen 7 juni 2000, *RGAR* 2001, nr. 13.425, noot J. HIRSCH). Artikel 1353 BW is evenwel niet van openbare orde noch van dwingend recht. Niet ontvankelijk is derhalve het middel waarin voor het eerst voor het Hof wordt aangevoerd dat de wederpartij het bestaan en de inhoud van de door haar ingeroepen mondelinge overeenkomst van burgerlijke aard niet met feitelijke vermoedens mocht bewijzen (Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661).

D. DE BEWIJSWAARDE

1. Geen bewijskracht

803 Zoals het getuigenbewijs wordt ook het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens door de wetgever van 1804 met wantrouwen benaderd. Het gaat immers slechts om een indirect bewijsmiddel. Vandaar dat in de hiërarchie van de bewijsmiddelen het bewijs door feitelijke of rechterlijke vermoedens op gelijke voet staat met het getuigenbewijs (Cass. 18 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1075). Feitelijke vermoedens hebben geen bewijskracht, doch slechts een vrije bewijswaarde (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 146, nr. 270; D. MOUGENOT, *La preuve*, 285, nr. 239; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 414, nr. 971; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 70, nr. 1260; H. DE PAGE, *Traité*, 952, nr. 926 en 957, nr. 929.A; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 394, nr. 540).

804 Die bewijswaarde impliceert dat feitelijke vermoedens door de rechter in het concrete geschil soeverein mogen worden beoordeeld. De feitenrechter bepaalt dus *in concreto* vrij of

en in welke mate hij bij de bewijsbeoordeling rekening houdt met feitelijke vermoedens. Op onaantastbare wijze bepaalt hij de feiten waarop hij steunt en de gevolgtrekkingen die hij daaruit als feitelijk vermoeden afleidt. Aan het Hof van Cassatie komt het dus niet toe zich dienaangaande in de plaats te stellen van de feitenrechter (Cass. 12 januari 1950, *Pas.* 1950, I, 311; Cass. 3 mei 1960, *Pas.* 1960, I, 1025; Cass. 26 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1028; Cass. 24 november 1961, *RW* 1961-62, 1741; Cass. 4 april 1974, *Arr.Cass.* 1974, 861; Cass. 12 september 1977, *Arr.Cass.* 1978, 33; Cass. 27 maart 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 943, noot; Cass. 8 mei 1980 (twee arresten), *Arr.Cass.* 1979-80, 1122 en 1127; Cass. 11 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 412; Cass. 30 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 610; Cass. 27 maart 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 850; Cass. 18 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1077; Cass. 5 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 346; Cass. 10 februari 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 755; Cass. 26 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 231; Cass. 10 november 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 296; Cass. 26 januari 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 660; Cass. 22 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1303; Cass. 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; Cass. 21 december 1990, *RW* 1990-91, 1141; Cass. 16 februari 1988, *JTT* 1998, 203; Cass. 2 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 152; Cass. 6 november 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1286; Cass. 16 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 309, *RW* 1995-96, 743, noot J. ROODHOOFD en *R.Cass.* 1995, 306, noot J. GERLO; Cass. 11 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 437; Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 221; Cass. 14 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 919; Cass. 17 april 1998, *Arr.Cass.* 1998, 431; Cass. 19 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 727; Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 105; Cass. 5 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 319; Cass. 20 december 2000, *Arr.Cass.* 2000, 2056; Cass. 22 maart 2001, *Arr.Cass.* 2001, 466; Cass. 12 december 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 53; Cass. 22 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1672, concl. D. THUIS; Cass. 3 december 2007, *RW* 2010-11, 197; Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Cass. 24 januari 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM en *RW* 2010-11, 366, noot; Cass. 9 mei 2008, AR C.07.0438.F, www.cass.be en *Pas.* 2008, 1148; Cass. 18 december 2008, www.cass.be en *Pas.* 2008, 3031; Cass. 22 april 2010, *RW* 2011-12, 268, noot B. VERLOOY en *Rev.not.b.* 2011, 318, noot P. DELNOY; Cass. 3 mei 2010, www.cass.be, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349; Cass. 10 juni 2010, *RW* 2010-11, 1095; Cass. 30 mei 2011, *RW* 2011-12, 1169; Arbh. Bergen 7 juni 2000, *RGAR* 2001, nr. 13.425, noot J. HIRSCH; Arbh. Luik 26 oktober 2005, *JLMB* 2006, 686; Arbh. Antwerpen, afdeling Hasselt 19 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 129, noot S. RENETTE; F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 145, nr. 266 en 146, nr. 267; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 602, nr. 35; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 405, nr. 957; H. DE PAGE, *Traité*, 956, nr. 928, 957, nr. 929.A en C en 959, nr. 932; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 394, nr. 540). Maar, dat belet niet dat de rechter in geen geval de bewijskracht van deze bewijselementen mag miskennen door daaraan een uitlegging te geven die met hun inhoud niet verenigbaar is (Cass. 29 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 706).

805 Artikel 1353 BW schrijft voor dat de rechter geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen (vgl. Cass. 22 december 1986, *RW* 1986-87, 1772). Aangenomen wordt dat deze regel slechts een advies is voor de rechter, een aanzet tot grote voorzichtigheid, en geen door het Hof van Cassatie toetsbare regel (D. MOUGENOT, *La preuve*, 284, nr. 238; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 438, nr. 771; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 414, nr. 972; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 70, nr. 1260; H. DE PAGE, *Traité*, 957, nr. 929.B en 958, nr. 930; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 388, nr. 531). De regel verbiedt de rechter niet zijn beslissing te steunen op één enkel vermoeden (Cass. 20 februari 1919, *Pas.* 1919, I, 72; Cass. 29 september 1932, *Pas.* 1932, I, 255; Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, I, 61; Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, I, 630; Antwerpen 8 juni 2009, *P&B* 2009, 224). Ook mag de rechter onder de hem voorgelegde gegevens op grond van een gemotiveerde keuze die vermoedens in aanmerking nemen die hem het meest geschikt lijken om tot zijn overtuiging te komen (Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1127, noot). Het aantal in acht genomen feiten en hun onderlinge overeenstemming zouden wel een aanvullende waarborg bieden (H. DE PAGE, *Traité*, 957, nr. 929.B). Maar, ingeval meerdere feiten in aanmerking worden genomen, moeten die feiten wel met elkaar stroken om er wettig enige gevolgtrekking te kunnen uit afleiden. Indien meerdere feiten elkaar onderling tegenspreken, moet de rechter besluiten tot het niet-bewezen zijn van het onbekende feit (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 232, nr. 194; D. MOUGENOT, *La preuve*, 285, nr. 238; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 407, nr. 960). De rechter kan zich wel steunen op een geheel van elementen en gegevens, zelfs wanneer deze elementen en gegevens elk apart beschouwd niet voldoende precies en accuraat zijn (o.a. Cass. 11 maart 1966, *Pas.* 1966, I, 895; Cass. 7 november 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 278; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 145, nr. 266; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 407, nr. 959).

2. Enkel concrete werking

806 In tegenstelling tot de wettelijke vermoedens, hangen de feitelijke of rechterlijke vermoedens noodzakelijkerwijze af van de concrete omstandigheden inherent aan een bepaald geval en hebben zij dan ook in principe enkel bewijswaarde voor het concrete geval waarop zij betrekking hebben (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-52-53, nr. 5347; H. DE PAGE, *Traité*, 950, nr. 925 en 955, nr. 928).

3. *Vrijstelling van bewijslast*

807 Indien de rechter een feitelijk vermoeden als bewijsmiddel aanvaardt, wordt degene in wiens voordeel dat feitelijk vermoeden geldt, vrijgesteld van bewijs (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 176, nr. 239).

Zo heeft het Hof van Cassatie beslist dat het arrest dat op rechtsleer steunt om te oordelen dat doorhalingen, zolang het tegendeel niet bewezen is, worden vermoed aangebracht te zijn bij de opmaak van het testament en het werk zijn van de erflater zelf, geen wettelijk vermoeden invoert en zijn beslissing niet grondt op een dergelijk vermoeden. De argumentatie van de eiseres in cassatie die had aangevoerd dat de rechter zich steunde op een vermoeden dat geen wettelijk vermoeden is en waaraan dus niet de gevolgen van artikel 1352, eerste lid BW (vrijstelling van bewijslast ten gunste van degene in wiens voordeel het vermoeden bestaat) konden worden gehecht, werd niet bijgetreden (Cass. 5 september 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1597).

Zo ook heeft het Hof van Cassatie beslist dat degene die beweert dat een bezit gebrekkig is, dit moet bewijzen (Cass. 16 februari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 214; Cass. 9 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 646). Op basis van artikel 1315 BW zou normalerwijze de eiser de deugdelijkheid van zijn bezit moeten aantonen. Er wordt evenwel aangenomen dat uit het systeem van de bezitsbescherming een feitelijk vermoeden van deugdelijkheid volgt dat de eiser vrijstelt van bewijs (P. HEURTERRE, "De bewijslast van de (on)deugdelijkheid van het bezit" (noot onder Cass. 16 februari 1998), *Not.Fisc.M.* 1999, 69).

In dezelfde zin werd geoordeeld dat wanneer het slachtoffer het bewijs levert van een abnormaal gevaar op een weg in de gemeente in beginsel moet worden aanvaard, behoudens tegenbewijs, dat de gemeentelijke overheid die gevaarssituatie behoorde te kennen en maatregelen vereist waren om het gevaar weg te werken. Om in dat geval niet aansprakelijk te worden gesteld, staat het aan de gemeentelijke overheid het bewijs te leveren dat zij de gevaarssituatie niet behoorde te kennen en niet kende ofwel gelet op het tijdsverloop in de onmogelijkheid is geweest de nodige maatregelen te treffen om het abnormaal gevaar te onderkennen (Cass. 17 april 2008, *NJW* 2009, 323, noot I. BOONE en *VAV* 2008, 501, noot J. MUYLDERMANS).

Ten slotte is ook het cassatiearrest van 3 mei 2010 (AR S.09.0024.N, www.cass.be, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 1349) een treffende illustratie van deze regel. Het Hof van Cassatie besliste dat naar recht verantwoord is, het arrest dat oordeelt dat volgens de gewone gang van zaken mag aangenomen worden dat een persoon die ingeschreven is als verzekeringstussenpersoon, daadwerkelijk activiteiten van verzekeringsbemiddeling uitoefent en zijn beslissing zodoende steunt op een feitelijk vermoeden van overeenstemming met de gewone gang van zaken, waarbij degene die zich op een afwijking van de gewone gang van zaken beroept, het bewijs daarvan moet leveren.

4. *Tegenbewijs steeds mogelijk*

808 Ten aanzien van een feitelijk of rechterlijk vermoeden is tegenbewijs steeds mogelijk (B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2", *P&B* 2010, 62, nr. 37; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 233, nr. 194; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 439, nr. 771).

5. *Ruime toepassing*

809 Anders dan getuigenverklaringen worden feitelijke vermoedens op vandaag, waar toegelaten, door

de rechtspraak in ruime mate aanvaard, dit vooral in handelszaken (D. MOUGENOT, *La preuve*, 283, nr. 236).

Feiten zouden meer zekerheid bieden dan getuigen. De ontwikkeling van de wetenschap (bv. via hematologisch onderzoek of DNA-onderzoek) zou bovendien een steeds hogere betrouwbaarheid van de bewijselementen tot gevolg hebben (bv. Luik 28 juni 1988, *Pas.* 1989, II, 9; Luik 6 februari 1989, *JLMB* 1989, 456; Luik 27 november 2001, *JLMB* 2002, 156, noot; Rb. Brussel 26 januari 1988, *TBBR* 1989, 398). Die voorkeur wordt door de rechtsleer niet steeds gedeeld, minstens niet in dezelfde mate (H. DE PAGE, *Traité*, 952-954, nr. 926).

De bewijsvoering door feitelijke of rechterlijke vermoedens heeft mettertijd aan belang gewonnen, niet slechts omwille van haar open karakter (en de daarmee samenhangende mogelijkheid om de bewijselementen die voortvloeien uit het gebruik van nieuwe technieken daarin onder te brengen), doch bovendien omdat de wetgever in bijzondere wetgevingen (vooral in het fiscaal en in het sociaal recht) naar het bewijs door dergelijke vermoedens is gaan verwijzen. Voorbeeld bij uitstek daarvan is het fiscaal recht, waarin de fiscale administratie het belastbaar inkomen of elk feit in verband hiermee mag bewijzen door aanwending van alle bewijsmiddelen van gemeen recht, de eed uitgezonderd (art. 340 WIB 1992, art. 59, § 1 WBTW, art. 105 W.Succ. en art. 185 W.Reg.).

§ 3. Andere geschriften dan de (authentieke en onderhandse) akten, de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften en het begin van bewijs door geschrift

A. EEN OVERZICHT

810 Naast de (authentieke en onderhandse) akten, de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften en het begin van schriftelijk bewijs (zie hierboven), bestaan nog allerhande andere geschriften. Sommige daarvan worden nergens in de wet vermeld, zoals bijvoorbeeld documenten die uitgaan van de partij die zich op het bestaan van een betwist feit beroept, stukken die ontoereikend zijn om in aanmerking te komen als begin van bewijs door geschrift... Andere geschriften worden in het Burgerlijk Wetboek en/of in het Wetboek van Koophandel vermeld: de koopmansboeken (art. 1329-1330 BW, art. 20-25 W.Kh.), de huiselijke registers en papieren (art. 1331 BW), de aantekeningen van een schuldeiser op een titel (art. 1332 BW), kerven en tegenkerven (art. 1333 BW), afschriften van titels (art. 1334-1336 BW) en akten van erkenning en bevestiging (art. 1337-1340 BW).

811 Kenmerkend voor al deze andere geschriften is dat zij in burgerlijke zaken (bij gebrek aan originele handtekening van degene tegen wie ze worden ingeroepen, dat laatste evenwel met uitzondering van de akten van erkenning) niet de bewijskracht van akten hebben. In principe kunnen zij

slechts een vrije bewijswaarde (als feitelijk vermoeden) hebben binnen de grenzen waarin de wet dat toelaat. De rechter beoordeelt soeverein hun relevantie en hun bewijswaarde. Toch kent de wet aan sommige van die geschriften in bepaalde gevallen een zekere bewijskracht toe. De bewijsrechtelijke betekenis van de belangrijkste onder die geschriften wordt hierna nader onderzocht.

Kerven en tegenkerven worden daarbij niet behandeld, want niet meer relevant *anno* 2012. Al evenmin wordt ingegaan op de akten van bevestiging, zijnde akten die de afstand vaststellen door een partij van het recht om zich te beroepen op de nietigheid van een eerder opgestelde akte of aangegane rechtshandeling. Die akten hebben immers geen betrekking op de materie van het bewijsrecht. De artikelen 1338-1340 BW horen thuis in de leer van de nietigheden in het algemeen en van de nietigheden van schenkingen in het bijzonder. In handelszaken wordt de relevantie en de bewijswaarde van geschriften in principe door de rechter soeverein beoordeeld, dit gelet op de zogenaamde vrijheid van bewijs die daar geldt. Enkel in bepaalde gevallen wordt hun bewijskracht door de wet bepaald. Op de koopmansboeken wordt nader ingegaan bij de bespreking van het bewijsrecht in handelszaken. Daar wordt ook de *factuur* behandeld.

812 Ten aanzien van de geschriften hier aan de orde blijft voorzichtigheid steeds geboden, aangezien vervalsingen eenvoudig mogelijk zijn. Ook dergelijke geschriften kunnen evenwel het voorwerp zijn van een procedure tot schriftonderzoek of een valsheidprocedure (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 224, nr. 185).

B. HUISHOUDELIJKE REGISTERS EN PAPIEREN (ART. 1331 BW)

1. Definitie

813 Onder huishoudelijke registers en papieren moet worden verstaan allerhande private geschriften van niet-handelaars waarin zij eigen handelingen of gebeurtenissen die hen aanbelangen optekenen en die zij (al dan niet regelmatig) bijhouden om zich die feiten later nog te herinneren, zoals al dan niet losbladige agenda's, notitieboekjes waarin onkosten of betalingen worden opgetekend, dagboeken, rekeninguittreksels... (Cass. 18 november 1958, *Arr.Cass.* 1959, 244; Vred. Grâce-Hollogne 16 mei 2000, *JLMB* 2000, 1641; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-87, nr. 5467; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 226, nr. 187; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2405, nr. 1782; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 130, nrs. 235-236; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 418, nr. 732; D. MOUGENOT, *La preuve*, 261, nr. 196; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 301, nr. 662; H. DE PAGE, *Traité*, 851, nr. 828; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 311, nr. 388).

2. Bewijsrechtelijke betekenis

814 Huishoudelijke registers en papieren leveren geen bewijs op ten voordele van degene die ze geschreven heeft (art. 1331, eerste lid BW). De auteur van huishoudelijke registers en papieren kan ze derhalve nooit als om het even welk bewijs tegen om het even wie laten gelden, zelfs niet als begin van bewijs in de zin van artikel 1367 BW (Gent 2 december 1994, *AJT* 1994-95, 408, noot P. DE SMEDT; Gent 12 januari 2011, *DCCR* 2012, 128, noot C. GUYOT; D. MOUGENOT, *La preuve*, 261, nr. 197; H. DE PAGE, *Traité*, 852, nr. 828; anders in de zin dat huishoudelijke registers en papieren in aanmerking kunnen komen als een feitelijk vermoeden: Cass. 18 november 1958, *Arr.Cass.* 1959, 244; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 302, nr. 664; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 418, nr. 732; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2405, nr. 1782). Die eerste regel is een zuivere bevestiging van het principe dat niemand zichzelf een bewijs kan verschaffen (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 301, nr. 664). De regel is logisch, aangezien anders dan in handelszaken het houden van huishoudelijke registers en papieren niet wettelijk geregeld is, terwijl er al evenmin sprake is van een gewoonte (H. DE PAGE, *Traité*, 852, nr. 828; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 31, nr. 2, voetnoot 5).

Onterecht werd bijgevolg beslist dat het bewijs dat een patiënt wel degelijk regelmatig door een tandarts werd verzorgd, wordt geleverd door de vermelding van de verschillende bezoeken van de patiënt in de agenda van de tandarts (Vred. Charleroi 12 oktober 1987, *JL* 1988, 285).

815 Tegenover degene die ze heeft geschreven leveren huishoudelijke registers en papieren slechts een volledig bewijs op in twee gevallen (art. 1331, tweede lid BW), meer bepaald wanneer zij uitdrukkelijk vermelden:

- dat een betaling werd ontvangen (Brussel 14 september 2000, *AJT* 2001-02, 628; Rb. Namen 17 november 2003, *T.Agr.R.* 2004, 49): behoudens tegenbewijs zou dat zelfs gelden indien de vermelding is geschrapt (H. DE PAGE, *Traité*, 852, nr. 828);
- dat de aantekening gemaakt is om te voorzien in het ontbreken van een titel ten behoeve van degene in wiens voordeel zij een verbintenis vaststellen.

Buiten die twee gevallen leveren huishoudelijke registers en papieren zelfs geen bewijs op tegen de auteur ervan (H. DE PAGE, *Traité*, 852, nr. 828). Niettemin wordt aangenomen dat huishoudelijke registers en papieren tegen hem die ze heeft geschreven onder omstandigheden kunnen gelden als een feitelijk vermoeden (Bergen 19 juni 1996, *JLMB* 1997, 1427) of als een begin van bewijs door geschrift, dat laatste voor zover is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1347 BW (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 130, nr.

236; D. MOUGENOT, *La preuve*, 262, nr. 197; H. DE PAGE, *Traité*, 852, nr. 828; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 311, nr. 390).

Na het overlijden van de auteur ervan, kan de inhoud van huishoudelijke registers en papieren door zijn erfgenamen worden ingeroepen om een verbintenis van mede-erfgenamen tegenover de nalatenschap (bv. een lening door de overledene aan die mede-erfgenamen toegestaan) te bewijzen. In dat geval treden de erfgenamen niet op als rechtsopvolgers van de overledene, maar oefenen zij een eigen recht uit (vordering tot inbreng van schulden) en treden ze bijgevolg in werkelijkheid op als derden tegen de rechtsopvolgers van de overledene (Cass. 20 maart 1970, *Arr.Cass.* 1970, 689; Brussel 17 maart 1967, *Pas.* 1967, II, 246). Behalve in dat laatste geval, blijft het praktisch belang van artikel 1331, tweede lid BW eerder beperkt, omdat personen vreemd aan de familie slechts uitzonderlijk kennis zullen hebben van de huishoudelijke papieren en registers waarvan hier sprake (D. MOUGENOT, *La preuve*, 262, nr. 198).

C. AANTEKENINGEN OP TITELS (ART. 1332 BW)

1. Definitie

816 Aantekeningen op titels zijn losse vermeldingen van diverse aard die de schuldeiser op eigen initiatief op zijn titel (aan de voet, op de kant of op de rug) schrijft en die doorgaans niet worden ondertekend noch gedagtekend. Het gaat dus niet om wijzigingen of toevoegingen aan een eerdere akte waarmee beide partijen door hun paraaf of door hun handtekening hun akkoord betuigen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-88, nr. 5470).

2. Bewijsrechtelijke betekenis

817 Ook aantekeningen op titels leveren geen bewijs op ten voordele van de auteur daarvan. Het principe blijft gelden dat niemand zichzelf een bewijs kan verschaffen (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 419, nr. 733; H. DE PAGE, *Traité*, 853, nr. 829).

818 Aantekeningen leveren tegen de schuldeiser bewijs op wanneer zij ertoe strekken de (al dan niet gehele) bevrijding van de schuldenaar vast te stellen (dus melding maken van een gedeeltelijke of een algehele betaling) én zijn vermeld: – ofwel op de titel die altijd in het bezit is gebleven van de schuldeiser (art. 1332, eerste lid BW): de vereiste dat de titel steeds in het bezit van de schuldeiser moet zijn gebleven, wordt gesteld om bedrog vanwege de schuldenaar te voorkomen, alsook omdat het gebeurt dat de schuldeiser zijn titel afstaat aan een derde (bv. een lasthebber) die de betaling zal ontvangen en met het oog daarop op de titel normalerwijze reeds vooraf vermeldt dat de betaling is geschied, terwijl dat naderhand niet gebeurt (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 419, nr.

- 733; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 302, nr. 667; H. DE PAGE, *Traité*, 853-854, nr. 829); deze hypothese stemt in werkelijkheid overeen met deze bedoeld bij artikel 1331, 1° BW (huishoudelijke registers en papieren die uitdrukkelijk melding maken van een ontvangen betaling);
- op het dubbel van een titel (bedoeld wordt niet een afschrift dat is onderworpen aan art. 1334 BW, doch wel het tweede origineel opgesteld conform art. 1325 BW) of op een kwijting van een vroegere (gedeeltelijke) betaling die zich bevindt in handen van de schuldenaar (art. 1332, tweede lid BW): de vereiste van het bezit door de schuldenaar is essentieel, omdat precies het feit dat de schuldeiser het document in handen van de schuldenaar heeft gesteld toelaat aan zijn aantekeningen daarop bewijswaarde te hechten; in het andere geval vermoedt de wetgever dat er geen betaling is gebeurd (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 302, nr. 668) aan de schuldeiser behoort het te bewijzen dat niet aan de voorwaarde van het bezit door de schuldenaar is voldaan (H. DE PAGE, *Traité*, 854, nr. 829).

Over de juridische kwalificatie van de bewijsmiddelen hier aan de orde, die teruggaan op oude gebruiken, bestaat onduidelijkheid. De wetgever benadert deze bewijsmiddelen als bewijsmiddelen *sui generis* (D. MOUGENOT, *La preuve*, 263, nr. 200; H. DE PAGE, *Traité*, 853, nr. 829). In de eerste hypothese (titel in het bezit gebleven van de schuldeiser) zou sprake zijn van een buitengerechtigde bekentenis (H. DE PAGE, *Traité*, 853, nr. 829; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2406, nr. 1783), in de tweede hypothese (dubbel van een titel of kwijting in het bezit van de schuldenaar) van een akte (zie daarover N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 303, nr. 669), meer bepaald een kwijting (H. DE PAGE, *Traité*, 853, nr. 829; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2406, nr. 1783).

Betwist is of tegenbewijs door de schuldeiser toegelaten is. Sommigen achten tegenbewijs niet toegelaten, behalve in geval van feitelijke dwaling. Terecht wordt verwezen naar de *ratio legis*: de wetgever wil de schuldenaar die zijn bevrijding wil bewijzen, tegemoetkomen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 263, nr. 201). Anderen menen niettemin dat de schuldeiser wel tegenbewijs kan leveren (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-88, nr. 5471).

Ook over de vraag naar de toegelaten bewijsmiddelen bestaat geen eensgezindheid. Soms wordt aangenomen dat het tegenbewijs door de schuldeiser kan worden geleverd door alle middelen van recht (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 131, nr. 237). Soms wordt verdedigd dat tegenbewijs door alle middelen van recht alleen mogelijk is in de eerste hypothese (titel in het bezit van de schuldeiser), niet in de tweede hypothese (dubbel van een titel of kwijting in

het bezit van de schuldenaar): in dat laatste geval zouden de aantekeningen van de schuldeiser de bewijskracht van een akte hebben zodat tegenbewijs in beginsel enkel toegelaten is door een andere akte (zie daarover N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 303, nr. 669).

Aantekeningen op titels die geen bevrijding van de schuldenaar impliceren, vallen niet onder de toepassing van artikel 1332 BW. Hoogstens kan er aanleiding bestaan tot toepassing van artikel 1331 BW (H. DE PAGE, *Traité*, 853, nr. 829). Wanneer de aantekeningen wel een bevrijding van de schuldenaar impliceren, maar niet is voldaan aan de bijkomende voorwaarden (bezit door de schuldeiser of door de schuldenaar), geldt artikel 1332 BW niet, doch kunnen die aantekeningen ten gunste van de schuldenaar gelden als begin van bewijs door geschrift (H. DE PAGE, *Traité*, 854, nr. 829). Aantekeningen op titels die geschrapt zijn, hebben geen enkele bewijskracht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 263, nr. 201; H. DE PAGE, *Traité*, 854, nr. 829).

Een bijzonder toepassingsgeval van artikel 1332, tweede lid BW betreft de factuur. Doorgaans wordt aangenomen dat de ondertekening van de factuur door de schuldeiser geldt als kwijting en dat de handelaar die stelt dat zijn ondertekening een andere betekenis heeft, daarvan de bewijslast draagt (Antwerpen 19 november 2001, *RW* 2003-04, 1111; Antwerpen 7 mei 2007, *RABG* 2008, 944; Rb. Dendermonde 9 oktober 2003, *TBBR* 2006, 232; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, nr. 100; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 169, nr. 50). Soms wordt evenwel verdedigd dat de enkele ondertekening van de factuur niet volstaat om als kwijting te gelden. De ondertekening zou daartoe moeten voorafgegaan worden door de woorden "voor kwijting" (D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210).

D. AFSCHRIFTEN VAN TITELS (ART. 1334-1336 BW)

1. Definitie

819 Onder titels moet worden verstaan, de ondertekende geschriften, dus de (authentieke en onderhandse) akten, met uitsluiting van de andere geschriften (huishoudelijke registers en papieren, aantekeningen op titels...) (H. DE PAGE, *Traité*, 856, nr. 832). Een afschrift of een kopie van een titel is een letterlijke en volledig eensluitende weergave van het origineel (dat nog bestaat op het ogenblik waarop het afschrift wordt aangevraagd of dat minstens heeft bestaan, maar inmiddels verloren is gegaan, is vernietigd of om welke reden ook is verdwenen) zonder originele handtekening (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 679; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2399, nr. 1777; D. MOUGENOT, *La preuve*, 248, nr. 187; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 97, nr. 147; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 419, nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 201, nr. 417; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, "La preuve (Modes de preuve)" in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 65, nr. 1150; H. DE PAGE, *Traité*, 856, nr. 832; B. Samyn, *Privaatrechtelijk bewijs*, 305, nrs. 376-377).

2. Essentiële bestanddelen

820 Een afschrift heeft twee essentiële kenmerken: het bestaan van een origineel waarvan het de weergave is en de afwezigheid van een originele handtekening.

a. Een origineel waarvan het afschrift de weergave is

821 Opdat sprake kan zijn van een afschrift, moet een origineel (hebben) bestaan waarvan het afschrift de weergave is (Antwerpen 22 december 2011, *RW* 2012-13, 187, noot B. PONENT).

Vandaar dat een sms bijvoorbeeld geen afschrift is. Hier is immers geen sprake van de reproductie van een vooraf bestaand origineel (D. MOUGENOT, "La preuve" in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 161, nr. 182). Een origineel ontbreekt al evenzeer bij een telexbericht (omdat de tekst rechtstreeks door de verzender tot stand gebracht wordt) en bij een telegram (tenzij de door de verzender neergelegde formule door hem ondertekend werd, hetgeen zelden voorkomt) (R. DEKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 422, nrs. 738 en 739).

822 Niet van belang is evenwel de wijze waarop die weergave van het origineel is gerealiseerd (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 697; F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 100-101, nrs. 154-157; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 201, nr. 417 en 205-206, nrs. 426-428). De wetgever, die uiteraard alleen het handgeschreven afschrift voor ogen had, heeft de wijze van totstandkoming van afschriften niet beperkt. Vandaar dat aangenomen wordt dat afschriften kunnen worden gemaakt door allerhande (ook moderne) technieken, zoals bijvoorbeeld door middel van doorslag (carbon) (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1982, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE), fotokopie (optische kopie van een document) (Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; D. DE WINTER, "De bewijskracht van fotocopiën in het burgerlijk recht", *Jura Falc.* 1967-68, 9 e.v.; D. MOUGENOT, "Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies" (noot onder Bergen 27 februari 2007) *TBBR* 2007, 470), telefaxbericht (overmaking op afstand van een document via het telefoonnet, waarbij de ontvangen stukken wel meer vermelden dan het origineel: datum en uur van verzending en ontvangst, identiteit en nummer van de verzender) (D. MOUGENOT, *La preuve*, 255-258, nr. 194), scanning (reproductie per computer), microfilm (foto van een document, maar van kleiner formaat en op film) (D. MOUGENOT, *La preuve*, 252-254, nr. 193)...

b. Het ontbreken van een originele handtekening

823 Kenmerkend voor afschriften is verder het ontbreken van een originele handtekening. Terwijl het afschrift alle eigenschappen heeft van het geschrift, is het niet voorzien van een originele handtekening. Bijgevolg is het afschrift geen akte, doch enkel een niet-ondertekend geschrift

(K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 26). De originele handtekening op het document zelf is het criterium dat het afschrift van het origineel onderscheidt (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1982, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE; Luik 20 juni 1978, *JL* 1978-79, 17; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 97, nr. 146; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 201, nr. 417; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 65, nr. 1150; H. DE PAGE, *Traité*, 856, nr. 832; D. MOUGENOT, “Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies” (noot onder Bergen 27 februari 2007), *TBBR* 2007, 471, nr. 3; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 305, nr. 377).

Precies omwille van de afwezigheid van een originele handtekening op het exemplaar dat de bestemming ontvangt, geldt het telefaxbericht niet als een brief, doch slechts als een afschrift (*anders*: M.E. STORME, “De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht. Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen”, *RW* 2000-01, 1505 e.v., nr. 29). Ook het exemplaar in het bezit van de verzender zal hem niet tot bewijs kunnen dienen bij gebrek aan originele handtekening van de bestemming(en). Hetzelfde geldt voor afschriften van brieven en telegrammen (wanneer de door de verzender neergelegde formule door hem ondertekend werd).

824 De kopie van een handtekening (bv. aangebracht door middel van carbonpapier) kan niet worden gelijkgesteld met een originele handtekening (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1982, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE). Ook wanneer het afschrift een kopie van de handtekening bevat, blijft het dus een afschrift (D. MOUGENOT, *La preuve*, 248, nr. 187). Wanneer daarentegen op het afschrift een originele handtekening is aangebracht, wordt het afschrift een origineel exemplaar of akte (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 225, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2400, nr. 1777; D. MOUGENOT, *La preuve*, 248, nr. 187; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 160, nr. 26; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 66, nr. 1170).

3. *Bewijsrechtelijke betekenis*

a. Het principe: geen eigen bewijskracht als onderhandse akte

825 Bij artikel 1334 BW wordt voorgeschreven dat, wanneer de oorspronkelijke titel nog bestaat, de afschriften alleen bewijs opleveren van wat voorkomt in de titel, waarvan de vertoning altijd kan worden gevorderd. Als principe geldt derhalve dat afschriften van titels geen eigen bewijskracht (als onderhandse akte) hebben (Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON): ofwel bestaat de originele akte nog en dan kan degene tegen wie het afschrift wordt ingeroepen steeds de voorlegging van het origineel vorderen (Brussel 14 februari 1968,

T.Not. 1969, 231, noot), ofwel is de originele akte verloren gegaan en dan geeft geen enkele wettekst bewijskracht aan het afschrift (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 98, nr. 149; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 202, nr. 419; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 66, nr. 1150, voetnoot 311; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 189; H. DE PAGE, *Traité*, 857, nr. 832; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 307, nr. 383). *La copie vaut l’original* is geen algemeen rechtsbeginsel (Cass. 3 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1470). De bewijskracht van een onderhandse akte berust immers op een originele handtekening die hier ontbreekt (Antwerpen 23 maart 2004, *NJW* 2004, 1099, noot E. BREWAEYS; Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON). Zo gelden, in geval van een onderhandse akte onderworpen aan artikel 1325 BW, enkel de originelen als onderhandse akte en niet de kopieën (Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE).

Betwist is of de hierboven bedoelde wetsbepaling geldt, zowel voor onderhandse als voor authentieke akten (Antwerpen 23 maart 2004, *NJW* 2004, 1099, noot E. BREWAEYS; Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, VI.3-89, nr. 5474; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 419, nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 201-202, nr. 418; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 66, nr. 1150; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 188; M. FONTAINE, “La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles” in *La preuve*, UCL, 1987, 17; X. MALENGREAU, “Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents”, *Ann.dr.Louvain* 1981, 111; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 306, nr. 378), dan wel alleen voor authentieke akten (H. DE PAGE, *Traité*, 857, nr. 833; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2402, nr. 1778; M. RENARD-DECLAIRFAYT, “La force probante des actes notariés” in *Rép. not.*, t. XI, 1983, nr. 144; G.L. BALLON, *Het bewijs en de modern technieken*, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Antwerpen, 1989, 45). Maar, veel praktisch belang heeft die betwisting niet, aangezien algemeen wordt aangenomen dat artikel 1334 BW de uitdrukking is van het gemeen recht ter zake: het afschrift heeft nooit eigen bewijskracht en de partij tegen wie men zich daarop beroept, kan steeds de voorlegging van het origineel vorderen, dit ongeacht de vraag of artikel 1334 BW al dan niet van toepassing is (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 98, nr. 148; L. CORNELIS en L. SIMONT, “Bewijsrecht en technologische evolutie – Enkele overwegingen” in *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 153, nr. 3; D. MOUGENOT, “Le statut pro-

batoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies” (noot onder Bergen 27 februari 2007), *TBBR* 2007, 471, nr. 2; G.L. BALLON, “De bewijswaarde van een fotokopie”, *TGR-TWVR* 2011, 87).

De principiële afwezigheid van bewijskracht van afschriften wordt verklaard door de mogelijkheden tot vervalsing die de hierboven bedoelde procedés bieden, waardoor in feite een nieuw document gecreëerd wordt dat geen getrouwe weergave is van het origineel. Bovendien kunnen afschriften bepaalde kenmerken van het origineel onvoldoende of niet weergeven.

826 Zolang evenwel de conformiteit van een kopie met het origineel niet wordt betwist (hetgeen in de praktijk doorgaans het geval is) en het origineel niet door de partij tegen wie het afschrift wordt ingeroepen wordt opgevraagd (de rechter kan dit niet ambtshalve, aangezien het bewijsrecht niet van openbare orde is), dringt de kopie zich als bewijs op aan de rechter, zonder evenwel met een origineel te worden gelijkgesteld (Cass. 21 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 664; Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367 en *RCJB* 1985, 57, noot M. VAN QUICKENBORNE; Luik 16 januari 2001, *JLMB* 2001, 787, noot J. SACE; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 188; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 203, nr. 423; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 3, nr. 383; vgl. Arbh. Brussel 14 juni 2010, *JTT* 2011, 163). Er is dan sprake van een stilzwijgende bekentenis door degene tegenover wie men zich op het afschrift beroept van de conformiteit van het afschrift met het origineel (H. DE PAGE, *Traité*, 858, nr. 833). Vandaar het praktisch nut van een afschrift, ook wat de aanwending in rechte betreft (D. MOUGENOT, “Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies” (noot onder Bergen 27 februari 2007), *TBBR* 2007, 471, nr. 2).

Degene die een afschrift voorlegt, moet daardoor worden geacht de conformiteit van het afschrift met het origineel te aanvaarden (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 204, nr. 424, voetnoot 32).

De non-conformiteit van het afschrift met het origineel kan niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden opgeworpen (Cass. 21 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 664, noot).

De toestand is alleen anders wanneer de voorlegging van het origineel vereist is door de omstandigheden, bijvoorbeeld omdat de betwisting betrekking heeft op de geldigheid van een plechtige rechtshandeling die een geschrift vereist (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2398-2399, nr. 1776).

827 In geval van betwisting van de conformiteit van een kopie met het origineel en opvraging door de

partij tegen wie de kopie wordt aangewend van het origineel, doen zich volgende mogelijkheden voor.

Ofwel wordt het origineel voorgelegd, in welk geval dat origineel als bewijs zal dienen (Antwerpen 23 maart 2004, *NJW* 2004, 1099, noot E. BREWAEYS).

Ofwel kan het origineel niet worden voorgelegd, in welk geval degene die met de kopie wil bewijzen:

- in principe zal falen in de op hem rustende bewijslast: aan de kopie kan in dat geval geen bewijskracht worden toegekend (Cass. 21 februari 1964, *Pas.* 1964, I, 664; Luik 20 juni 1978, *JL* 1978-79, 17; Bergen 20 maart 1984, *RRD* 1984, 173; Gent 8 maart 1995, *TBH* 1996, 226; Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417; Antwerpen 23 maart 2004, *NJW* 2004, 1099, noot E. BREWAEYS; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; Gent 10 november 2010, *TGR-TWVR* 2011, 86, noot G. BALLON; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52);
- tenzij hij kan bewijzen dat de originele titel ten gevolge van een onvoorzien en door overmacht veroorzaakt toeval is verloren gegaan, in welk geval het afschrift als een feitelijk vermoeden in aanmerking kan worden genomen, ook buiten de grenzen van artikel 1341 BW (art. 1348, tweede lid, 4° BW; Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122; Brussel 14 februari 1968, *T.Not.* 1969, 231, noot; Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 189; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 99, nr. 151; G.L. BALLON, “De bewijswaarde van een fotokopie”, *TGR-TWVR* 2011, 87).

Veelal wordt aanvaard dat een kopie kan gelden als een begin van bewijs door geschrift (Luik 3 maart 1998, *RRD* 1998, 283; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 172, nr. 233; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 62; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 679, 696 en 697; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 189; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 225, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2400, nr. 1777; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 735). Daartegen wordt ingebracht dat in de hier besproken hypothese de conformiteit van de kopie met het origineel wordt betwist, zodat (vaak) niet is voldaan aan de voorwaarden gesteld bij artikel 1347 BW en inzonderheid aan de vereiste dat moet vaststaan dat het afschrift is uitgegaan van degene tegen wie het wordt ingeroepen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, VI.3-90, nr. 5476; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 203, nr. 422).

Wel kan de kopie steeds als feitelijk vermoeden in aanmerking worden genomen (Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122, *Rev.not.b.* 1982, 117, noot R.D.V. en *T.Not.* 1981, 333, noot; Bergen 20 maart 1984, *RRD* 1984, 173; Gent 8 maart 1995, *TBH* 1996, 226; Luik 16 mei 1997, *JLMB* 1998, 417; Bergen 27 februari 2007, *TBBR* 2007, 468, noot D. MOUGENOT; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 679; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 225, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2400, nr. 1777; D. MOUGENOT, *La*

preuve, 249, nr. 189), dit evenwel enkel in de gevallen waarin bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is.

b. Uitzonderingen in bijzondere wetgeving

828 In een aantal bijzondere wetten heeft de wetgever aan door bepaalde organismen en met diverse procedés tot stand gebrachte afschriften dezelfde bewijskracht toegekend als aan de originelen van die stukken (niet alleen akten, doch ook andere documenten door hen bijgehouden).

Dat is bijvoorbeeld het geval met (zie daaromtrent J. BUYLE, “Nouvelles règles en matière de preuve par copie de documents (lois des 17 juin 1991, 22 juillet 1991 en 28 juillet 1992)”, *JT* 1993, 197-201; X. THUNIS en B. AMORY, “Aspects juridiques de l’utilisation de télécopieur dans les rapports entre une institution financière et son client”, *DAOR* 1988, 47-56; D. MOUGENOT, *La preuve*, 254-255, nr. 193-2):

- artikel 19 van de wet van 2 mei 1956 op de postcheque;
- artikel 71 van de wet 17 juni 1991, gecoördineerd bij KB van 24 december 1996, tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen (met betrekking tot de bewijskracht van op diverse wijzen gerealiseerde copies van stukken van openbare kredietinstellingen onderworpen aan de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, van particuliere instellingen onderworpen aan het toezicht van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en van de verzekeringsondernemingen onderworpen aan het toezicht van de Controledienst voor de Verzekeringen);
- het KB 27 april 1999 betreffende de bewijskracht van de door de zorgverleners, de verzekeringsinstellingen, het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering en andere natuurlijke of rechtspersonen bij toepassing van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 en haar uitvoeringsbesluiten opgeslagen, verwerkte, weergegeven of meegedeelde gegevens.

Voorwaarde is steeds dat die afschriften door de betrokken organismen of onder hun toezicht zijn opgesteld en door hen conform werden verklaard.

4. Enkele bijzondere toepassingsgevallen

a. Voor eensluidend verklaarde kopieën

829 Behoudens wettelijke uitzonderingen (bv. art. 45, § 1 BW inzake de akten van de burgerlijke stand; art. 7 W.Reg. met betrekking tot de akten die kunnen dienen om aan de Schatkist verschuldigde sommen te ontdekken), hebben de door een openbaar ambtenaar voor eensluidend verklaarde kopieën geen enkele bijzondere bewijskracht en blijven zij onverminderd onderworpen aan de regel van artikel 1334 BW (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2008, VI.3-90, nr. 5477; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 66, nr. 1160; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 189).

Herhaaldelijk werd door de rechtsleer tevergeefs aangedrongen op een tussenkomst van de wetgever om aan dergelijke kopieën dezelfde bewijskracht te verlenen als deze die toekomt aan originelen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 99, nr. 152).

In de praktijk zal de conformiteit van deze afschriften met het origineel doorgaans niet worden betwist (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 207, nr. 430). Ook zullen dergelijke afschriften, waar toegelaten, door de rechter gemakkelijker als een feitelijk vermoeden (of als begin van bewijs door geschrift) worden aangenomen (vgl. Cass. 8 mei 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1122; D. MOUGENOT, *La preuve*, 250, nr. 189-1).

Opgemerkt wordt tevens dat de Belgische staat sinds de programmawet van 22 december 2003 (in werking getreden op 31 maart 2004) geen voor eensluidend verklaarde kopie meer vraagt, doch in principe genoeg neemt met de voorlegging van een gewoon afschrift (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 99, nr. 152).

b. Gecodeerde telex- of telefaxberichten

830 Soms wordt gebruikgemaakt van telex- of faxberichten, die gekenmerkt worden door de aanwending van geheime codes waarvan de sleutels (nodig om het bericht te kunnen ontcijferen) in het bezit zijn van de verzender en van de bestemming. De aanwending van die codes geldt niet als (klassieke of elektronische) handtekening (D. MOUGENOT, *La preuve*, 257-258, nr. 194.c). Het blijft gaan om afschriften onderworpen aan artikel 1334 BW.

c. Afschriften van authentieke akten

831 Onder afschriften moet hier worden verstaan, de gewone kopieën, alsook de grossen (de eerste uitgiften) en de uitgiften, aangezien al die geschriften niet zijn voorzien van de originele handtekening van de partijen. Wat inzonderheid de notariële akte betreft, is als originele akte te bestempelen, de minuut van de akte die normalerwijze wordt bewaard door de notaris. Dat de grossen en de uitgiften door de openbaar ambtenaar voor conform ondertekend zijn, verandert niets aan het feit dat het hier slechts om afschriften gaat (H. DE PAGE, *Traité*, 856, nr. 832).

832 Inzake afschriften van authentieke akten (dus inbegrepen de grossen en de uitgiften) geldt vooreerst het gemeen recht zoals uitgedrukt in artikel 1334 BW: wanneer de originele akte nog bestaat, kan steeds de voorlegging daarvan gevorderd worden (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 735; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 208, nr. 435; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 2003, 66, nr. 1150; D. MOUGENOT, *La preuve*, 249, nr. 189; H. DE PAGE, *Traité*, 857, nr. 833).

833 Uitsluitend voor afschriften van authentieke akten zijn daarnaast ook van toepassing, de artikelen 1335-1336 BW (D. MOUGENOT, *La preuve*, 248, nr. 188; M. RENARD-DECLAIRFAYT, “La force probante des actes notariés” in *Rép.not.*, t. XI, 1983, nr. 160; M. RENARD-DECLAIRFAYT, “La reconstitution des minutes des actes notariés perdues ou détruites”, *Rev.not.b.* 1983, 226-242; H. DE PAGE, *Traité*, 858-859, nr. 835; G.L. BALLON, “De bewijswaarde van een fotokopie”, *TGR-TWVR* 2011, 87; anders: X. MALENGREAU, “Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation de documents”, *Ann.dr.Louvain* 1981, 111, die meent dat die wetsartikelen ook gelden voor afschriften van onderhandse akten).

Enkel voor het geval waarin de originele titel verloren is gegaan (hetgeen te bewijzen is door degene die de originele akte moet voorleggen), kent artikel 1335 BW een zekere bewijskracht toe aan afschriften van authentieke akten al naargelang het soort van afschrift.

In vier gevallen hebben afschriften van authentieke akten (net zoals het origineel daarvan) een volle bewijskracht: de grossen, de afschriften gemaakt op rechterlijk gezag in tegenwoordigheid van de partijen of deze behoorlijk opgeroepen zijnde, de afschriften gemaakt in tegenwoordigheid van de partijen en met hun wederzijdse toestemming en de afschriften gemaakt door de openbaar ambtenaar die de minuut ervan in bewaring heeft en die meer dan dertig jaar oud zijn.

Komen daarentegen enkel in aanmerking als begin van bewijs door geschrift, de afschriften die niet zijn gemaakt door de openbaar ambtenaar die de minuut ervan in bewaring heeft, de afschriften die minder dan dertig jaar oud zijn en (onder strikte voorwaarden nader aangeduid in art. 1336 BW) de overschrijving van een akte in de openbare registers, bijvoorbeeld van de hypotheekbewaarder of van de registratie (alhoewel in dit laatste geval het afschrift niet uitgaat van de persoon tegen wie het wordt ingeroepen).

Ten slotte kunnen afschriften van afschriften (uitgezonderd de overschrijvingen in de openbare registers waarvan hierboven sprake) slechts als eenvoudige inlichtingen (als feitelijk vermoeden of als begin van bewijs in de zin van art. 1367 BW) gelden (art. 1335, 4° BW). De bewijswaarde ervan wordt soeverein door de rechter beoordeeld (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 209, nr. 438; H. DE PAGE, *Traité*, 859, nr. 836).

834 De voormelde wetsartikelen worden aangevuld door artikel 1372 e.v. Ger.W. en door de artikelen 21 tot 28 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt.

d. Elektronische geschriften

835 Elektronische overschrijvingen (zijnde langs elektronische weg gecreëerde afschriften) van eerdere akten (zelf al dan niet elektronisch opgesteld) die beantwoorden aan het begrip geschrift, maar geen elektronische handtekening (eenvoudig of gekwalificeerd) dragen, zijn te bestempelen als afschriften en derhalve onderworpen aan het gemeen recht inzake afschriften, dit zowel in burgerlijke zaken als in handelszaken. Is daarentegen op de elektronische overschrijving wel een elektronische handtekening aanwezig, dan geldt die overschrijving als een originele akte (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2404-2405, nr. 1780).

5. Niet van openbare orde

836 In ieder geval is de hierboven bedoelde regeling niet van openbare orde, zodat de partijen kunnen overeenkomen toch een bepaalde bewijskracht toe te kennen aan afschriften (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2401, nr. 1777).

6. Kritische beoordeling

837 Afschriften worden in de juridische praktijk zeer frequent gebruikt. In burgerlijke zaken biedt het zwak bewijsrechtelijk statuut van afschriften juridisch geen voldoening. Dat geldt inzonderheid voor afschriften tot stand gekomen met aanwending van de nieuwe technologieën.

Voor veel administraties en bedrijven zijn de nieuwe technologieën van groot belang. Die administraties en bedrijven worden vaak (niet zelden door de wetgever) verplicht tot jarenlange bewaring van allerhande documenten (bv. boekhoudkundige stukken van ondernemingen). De nieuwe reproductietechnieken vormen een oplossing voor de immense problemen die het gevolg zijn van die wettelijke bewaringsverplichting (materieel, op vlak van aansprakelijkheid...). Vertrouwensdiensten (*trusted third party*), gespecialiseerd in archivering van documenten, wier statuut wettelijk kan worden geregeld en die aldus een afdoende waarborg kunnen bieden tegen vervalsing van de afschriften, kunnen worden gelast met de bewaring van digitale afschriften, nadat de eigenaar het origineel (op papier of elektronisch) heeft vernietigd. De archiveringsmogelijkheden die moderne technologieën aldus bieden zullen vroeg of laat ongetwijfeld het bewijsrechtelijk regime van afschriften wijzigen, meer bepaald de bewijskracht ervan vergroten. Vooralsnog blijft de wetgever op dit punt evenwel in gebreke (D. MOUGENOT, "Le statut probatoire de la photocopie: nuageux avec éclaircies" (noot onder Bergen 27 februari 2007), *TBBR* 2007, 475, nr. 17), behalve door fragmentaire regelingen in specifieke sectoren (zie daarover o.m.: J. DUMORTIER, "Alles elektronisch: geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering", in X., *Recht in beweging*, Leuven, N.V. Wolters Kluwer Belgium, 2011, 238-244, nrs. 36-42; H. DEKEYSER en H. GRAUX, *Bewijs en internet*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 39-43).

838 In handelszaken, waar de zogenaamde vrijheid van bewijs geldt, beoordeelt de rechter soeverein de relevantie en de bewijswaarde van het afschrift. De kopie kan er steeds als feitelijk vermoeden in aanmerking worden genomen (F. MOURLON-BERNAERT, *La preuve en ma-*

tière civile et commerciale, 99, nr. 153; D. MOUGENOT, *La preuve*, 250, nr. 190). Daar is het probleem dus minder groot.

E. AKTEN VAN ERKENNING (ART. 1337 BW)

1. Definitie

839 Een akte van erkenning (*acte récognitif*) is een akte die door de partijen achteraf wordt opgesteld en ondertekend om eerder ontstane rechten of verbintenissen of hun uitdoven, vastgesteld in een vroegere (geldige) akte (de oorspronkelijke titel), te erkennen. Het gaat dus om een tweede akte die betrekking heeft op hetzelfde recht of dezelfde verbintenis (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, VI.3-92, nr. 5481; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2388, nr. 1765; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144; R. DEKKERS, A. VERBEKE et al., *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 736; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 198, nrs. 408-409; D. MOUGENOT, *La preuve*, 238, nr. 173; H. DE PAGE, *Traité*, 860, nr. 838; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 312, nr. 393). De akte van erkenning is geen afschrift want ondertekend. Al evenmin gaat het om een akte van bevestiging aangezien ze de heruitgave impliceert van een geldige oorspronkelijke akte. De oorspronkelijke titel kan zowel een authentieke akte als een onderhandse akte zijn. De akte van erkenning kan ofwel de inhoud van alle bepalingen van de oorspronkelijke akte weergeven (akte van erkenning *in forma speciali*), ofwel enkel vermelden dat er oorspronkelijk een bepaalde akte werd opgesteld zonder de inhoud daarvan weer te geven (akte van erkenning *in forma communi*).

840 In de praktijk wordt een akte van erkenning nagenoeg uitsluitend nog aangewend om een lopende verjaring te stuiten (art. 2263 BW dat in dat geval spreekt van een nieuwe titel), inzonderheid inzake erfdienstbaarheden, hypotheken (art. 108, 5° Hyp.W.) of voortdurende renten. Dergelijke akte stelt immers de erkenning vast door de schuldenaar van een vroeger recht (art. 2248 BW) (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 198, nr. 409; D. MOUGENOT, *La preuve*, 238, nr. 173). Op bewijsrechtelijk gebied is een akte van erkenning bedoeld om de oorspronkelijke titel te vervangen, bijvoorbeeld na verlies, of, bij wijze van voorzorg, als reservebewijs in geval van een eventueel verlies van de eerste titel (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144; H. DE PAGE, *Traité*, 861, nr. 838).

2. Bewijsrechtelijke betekenis

- a. Het principe: geen eigen bewijskracht als onderhandse akte, tenzij in geval van verlies

841 Een akte van erkenning ontslaat in de regel niet van de verplichting om de oorspronkelijke titel voor te leggen (art. 1337, eerste lid BW), ook en zelfs niet wanneer de inhoud van de eerste akte daarin woordelijk is weergegeven (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, VI.3-92, nr. 5481; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2388, nr. 1765; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 420, nr. 736; *anders*: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 312, nr. 393). De wetgever gaat ervan uit dat de akte van erkenning slechts een bekentenis impliceert van hetgeen is neergelegd in de oorspronkelijke titel. De schuldenaar moet bijgevolg de gelegenheid krijgen na te gaan of de erkennende akte geen wijziging van of toevoeging aan de eerste akte bevat. Dergelijke wijzigingen of toevoegingen hebben geen gevolg (art. 1337, tweede lid BW), omdat de akte van erkenning wordt geacht niet bedoeld te zijn om de oorspronkelijke titel te wijzigen noch als schuldvernieuwing (H. DE PAGE, *Traité*, 861-862, nrs. 838-839). Voor zover hij nog bestaat, bewijst dus alleen de oorspronkelijke titel (waarvan de voorlegging steeds kan worden gevorderd) zijn inhoud (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 199, nr. 410; H. DE PAGE, *Traité*, 862, nr. 842).

842 De akte van erkenning heeft evenwel dezelfde bewijskracht als de oorspronkelijke titel, indien de schuldeiser die zich op de nieuwe titel beroept (met alle middelen van recht) bewijst dat de oorspronkelijke titel verloren is gegaan en de akte van erkenning de inhoud van de vroegere akte (de substantiële elementen daarvan) expliciet weergeeft en zich er niet toe beperkt er slechts gedeeltelijk naar te verwijzen. Of al dan niet voldaan is aan die laatste voorwaarde wordt door de rechter soeverein beoordeeld (D. MOUGENOT, *La preuve*, 239, nr. 174; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2388, nr. 1765; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 199, nr. 410; H. DE PAGE, *Traité*, 863, nr. 842).

843 Wanneer de akte van erkenning zich ertoe beperkt de vroegere akte zonder meer te vermelden, heeft zij geen enkele bewijskracht, maar kan zij in ieder geval gelden als begin van bewijs door geschrift (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 200, nr. 412; D. MOUGENOT, *La preuve*, 239, nr. 174; H. DE PAGE, *Traité*, 863, nr. 842 en 864, nr. 844; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 312, nr. 393).

b. Uitzonderingen

844 De schuldeiser kan slechts in één geval ontslagen worden van het voorleggen van de eerste titel, meer bepaald wanneer er verscheidene gelijkkluidende akten van erkenning zijn, die door het bezit gestaafd worden en waarvan een meer dan dertig jaar oud is (art. 1337, derde lid BW). In dat geval speelt noch het feit dat de oorspronkelijke titel verloren is gegaan, noch de inhoud van de akte van erkenning enige rol (H. DE PAGE, *Traité*, 863, nr. 842).

845 Artikel 1337 BW geldt niet in handelszaken (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144; D. MOUGENOT, *La preuve*, 240, nr. 176; H. DE PAGE, *Traité*, 863, nr. 843). Omwille van de zogenaamde vrijheid van bewijs die in handelszaken geldt, doen zich daar op dat vlak geen problemen voor.

846 Verder moet worden opgemerkt dat sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek gewagen van een "titel van erkenning" in een andere betekenis dan die van een akte, zodat artikel 1337 BW in dat verband niet geldt. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 695 BW dat handelt over een titel van erkenning van erfdiensbaarheden die niet door verjaring kunnen worden verkregen (bv. een erfdiensbaarheid van overgang). Bij gebrek aan een titel van vestiging van een dergelijke erfdiensbaarheid, kan het gedrag van de eigenaar van het dienstbaar erf een titel van erkenning uitmaken, op voorwaarde dat het een (buitengerechtelijke) bekentenis impliceert van het bestaan van die erfdiensbaarheid (Cass. 28 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 51 en *JLMB* 2000, 885, noot J. HANSENNE; zie ook Cass. 21 januari 1955, *Pas.* 1955, I, 527; Cass. 1 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 855). Bij uitbreiding zou die regeling gelden voor de verkrijging van alle zakelijke rechten. Sommigen spreken in dit verband van een uitzondering op de gemeenrechtelijke regel van artikel 1337 BW: de akte van erkenning kan hier de akte van vestiging vervangen ook al kan de inhoud van laatstgenoemde akte (bij gebrek aan bestaan daarvan) niet expliciet worden weergegeven (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 199-200, nr. 411; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 96, nr. 144).

c. Kritische beoordeling

847 De regel van artikel 1337 BW wordt door de rechtsleer bekritiseerd als strijdig met de principes die gelden inzake de bekentenis. De akte van erkenning impliceert immers steeds een (buitengerechtelijke) bekentenis van de schuldenaar. De bewijsrechtelijke betekenis van die bekentenis wordt hier evenwel zonder afdoende reden miskend (D. MOUGENOT, *La preuve*, 240, nr. 174; H. DE PAGE, *Traité*, 861, nr. 839).

HOOFDSTUK III

HET BEWIJSSTELSEL IN HANDELSZAKEN

848 Terwijl het bewijsrecht in handelszaken niet afwijkt van het bewijsrecht in burgerlijke zaken inzake de objectieve en de subjectieve bewijslast (art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.) en inzake de bewijsgaring (art. 871 tot 1016 Ger.W., waarvan een bevestiging bv. te vinden is, wat de overlegging van stukken betreft, in art. 21 wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen en, wat aangaat het deskundigenonderzoek, in de art. 168-169 Venn.W.), is de toestand anders op het vlak van de toegelaten bewijsmiddelen (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 10, nr. 1.1). Dat wordt reeds aangekondigd in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 1341, *in fine* BW schrijft immers voor dat de aldaar voorziene bewijsregeling van toepassing is onverminderd hetgeen wordt voorgeschreven in de wetten betreffende de koophandel. In handelszaken geldt inderdaad een ander bewijsstelsel dan in burgerlijke zaken. Vooreerst is er in handelszaken het principe van de vrijheid van bewijs (afdeling I). Verder kent het handelsrecht een wettelijke regeling van een aantal bijzondere bewijsmiddelen waaronder de belangrijkste zijn: de aanvaarde factuur en de regelmatige boekhouding (afdeling II). Na de bespreking van beide aspecten past het even stil te staan bij de vergelijking tussen het bewijsstelsel in burgerlijke zaken en dat in handelszaken (afdeling III).

AFDELING I

DE VRIJHEID VAN BEWIJS IN HANDELSZAKEN

§ 1. Het principe: artikel 25, eerste lid W.Kh.

849 Bij artikel 25, eerste lid W.Kh. wordt bepaald dat, behalve door de bewijsmiddelen die het burgerlijk recht toelaat, handelsverbintenissen ook kunnen worden bewezen door getuigen in alle gevallen waarin de rechtbank oordeelt dit te moeten toestaan, behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen. Die wetsbepaling wordt doorgaans aangeduid als het principe van de vrijheid van de bewijsmiddelen in handelszaken (Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 634, *TBH* 1988, 813, noot en *T.Not.* 1988, 347, noot; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507; Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829; Voorz. Kh. Brussel 27 november 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 615, noot G. VANDENDRIESSCHE; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 13, nr. 9 en 81, nr. 115; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 60, nr. 101 en 61, nr. 103; D. MOUGENOT, *La preuve*, 121, nr. 54). De draagwijdte van dat principe wordt doorgaans evenwel niet gepreciseerd.

850 De draagwijdte van het principe van de vrijheid van bewijsmiddelen in handelszaken kan worden samengevat in twee regels:

- enerzijds de principiële toepasselijkheid van de bewijsregels in burgerlijke zaken, met dien verstande dat dit principe belangrijke uitzonderingen kent;
- anderzijds de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter.

Daarnaast bestaan tal van uitzonderingen op het principe van de vrijheid van bewijs in handelszaken.

851 In verband met de *ratio legis* van de vrije bewijsregeling in handelszaken worden talrijke argumenten aangevoerd (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 120-121, nrs. 28-30; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 655; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 154, nr. 202; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 258, nr. 216; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 2; D. MOUGENOT, *La preuve*, 121, nr. 54; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 84; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 105).

In de Code de commerce van 1807 ging men ervan uit dat aan analfabeten-handelaars geen al te strenge verplichtingen konden worden opgelegd. Later werd het afwijkende bewijsrecht in handelszaken onder meer gemotiveerd door te wijzen op:

- de snelheid die karakteristiek is voor handelstransacties, zodat een vlot verloop daarvan moeilijk te verenigen valt met de vormvoorschriften van het Burgerlijk Wetboek;
- de specifieke eisen van de handel, waar de partijen vaak niet in elkaars fysieke aanwezigheid optreden;
- het feit dat handelaars (ingevolge het herhaald stellen van steeds dezelfde rechtshandelingen) ervaren professionelen zijn die niet in dezelfde mate als gewone burgers bescherming behoeven;
- de wettelijke verplichting van handelaars om een boekhouding te voeren (die getrouw en chronologisch al de verplichtingen van de handelaar bevat en die daarom toelaat getuigenverklaringen en feitelijke vermoedens te controleren en eventueel te corrigeren, wat tegemoetkomt aan de onvolkomenheden van deze bewijsmiddelen);
- ten slotte het gegeven dat de afwezigheid van formalisme bij de bewijsvoering beter garandeert dat er geen verschil optreedt tussen de juridische waarheid en de objectieve waarheid.

§ 2. Eerste regel: de principiële toepasselijkheid van de bewijsregels in burgerlijke zaken

A. DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE BEWIJSREGELS IN BURGERLIJKE ZAKEN

852 In principe zijn de regels inzake de toegelaten bewijsmiddelen in burgerlijke zaken eveneens van toepassing in handelszaken (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 154, nr. 202; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122, nr. 55; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 18, nr. 1.3.1 en 19, nr. 1.3.1: de auteur maakt op bladzijde 20 in nr. 1.3.2 wel een uitzondering wat betreft de beperkingen qua toelaatbaarheid).

853 Ook in handelszaken geldt vooreerst de regel dat enkel het bewijs van rechtshandelingen aan regels onderworpen is, terwijl het bewijs van (rechts)feiten vrij kan worden geleverd (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 10, nr. 1.1).

Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, is de betaling bijvoorbeeld een (eenzijdige) rechtshandeling (Cass. 6 december 2002, *RW* 2004-05, 1056, noot; Cass. 26 oktober 2006, *RW* 2009-10, 615, noot; Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 545, noot C. LEBON) waarop artikel 1341 BW en dus ook artikel 25, eerste lid W.Kh. toepasselijk is (Cass. 29 juli 1841, *Pas*. 1841, I, 15). Hetzelfde geldt voor de wederzijdse herroeping van een overeenkomst (Gent 10 juni 2009, *RABG* 2010, 1016; Brussel 1 december 2009, *NJW* 2010, 66, noot A. VANDERHAEGHEN).

Voorbeelden van (rechts)feiten in handelszaken zijn:

- de diefstal waarvan de verzekerde beweert het slachtoffer te zijn geworden (Cass. 10 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 935 en *T.Verz.* 2004, 124, noot D. DE MAESENEIRE; Luik 27 maart 2006, *T.Verz.* 2010, 181);
- de dood van de verzekeringnemer door een ongeval dat door de verzekeringspolis is gedekt (Rb. Aarlen 5 november 2007, *JLMB* 2010, 1171, noot N. SCHMITZ);
- de individualisering van waarden die door een beursvennootschap voor haar cliënten werden aangekocht en waardoor zij buiten de failliete boedel van de beursvennootschap vallen (Antwerpen 20 augustus 1990, *TRV* 1990, 538, noot E. HUYGHE);
- het gegeven dat geen dividend zal worden uitgekeerd aan de chirografaire schuldeisers na faillissement (Brussel 16 november 1982, *TBH* 1984, 27);
- de hoedanigheid van aandeelhouder in geval van nog niet gedrukte aandelen aan toonder (Brussel 30 juni 2010, *Jura Falc.* 2010-11, 209, noot T. VANCOPPERNOLLE);
- het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen economische operatoren (Cass. 13 december 2010, *JLMB* 2011, 1560);
- ...

854 Dit betekent verder dat alle bewijsmiddelen uit het bewijsrecht in burgerlijke zaken ook in handelszaken kunnen worden gehanteerd.

855 De beperkingen die in burgerlijke zaken qua toelaatbaarheid aan bepaalde bewijsmiddelen worden gesteld, gelden in principe op dezelfde wijze in het handelsrecht.

856 Wanneer de wetgever aan een bepaald bewijsmiddel elke bewijswaarde/bewijskracht ontzegt, geldt dat ook in handelszaken.

Denk hier bijvoorbeeld aan de eigen beweringen van degene op wie de subjectieve bewijslast rust (Cass. 17 april 1989, *RW* 1989-90, 401; Brussel 2 september 2005, *TBH* 2007, 999; Kh. Gent 24 januari 2002, *TGR-TWVR* 2002, 101).

Om dezelfde reden is ook in handelszaken van toepassing (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 419-420; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 19-21, nr. 1.3.1):

- dat een bewijsmiddel dat de wet afdoend beschouwt (de bekentenis, de gedingbeslissende eed), op zichzelf volstaat om een volledig bewijs te leveren en tegenbewijs uitgesloten is (Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829);
- dat, wanneer de wet aan toegelaten bewijsmiddelen een zekere bewijskracht toekent (bv. aan akten), de rechter daardoor gebonden is, behalve wanneer

daarvan in handelszaken uitdrukkelijk wordt afgeweken (bv. wat betreft het tegenbewijs tegen de inhoud van de onderhandse akte en tegen de niet-authentieke vermeldingen in de authentieke akte) (Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199);

- dat bewijsmiddelen met slechts een vrije bewijswaarde (de getuigenis en de feitelijke vermoedens) in handelszaken geen ander statuut hebben (Cass. 25 februari 1980, *RW* 1980-81, 384; Cass. 24 januari 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM en *RW* 2010-11, 366, met noot).

857 Hieruit volgt dat van een echt vrij bewijsstelsel (waarin alle bewijsmiddelen toegelaten zijn en onderling gelijkwaardig zijn qua bewijswaarde) ook in handelszaken geen sprake is. Er geldt alleen meer vrijheid in de toegelaten bewijsmiddelen dan in burgerlijke zaken.

B. BELANGRIJKE UITZONDERINGEN

1. Ook andere bewijsmiddelen toegelaten

858 In handelszaken zijn ook andere dan de in burgerlijke zaken geregelde bewijsmiddelen toegelaten, waarvan de wet of de rechter de bewijswaarde/bewijskracht vaststellen (Cass. 29 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 839; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 19, nr. 1.3.1).

Voorbeelden van typisch handelsrechtelijke bewijsmiddelen, naast de aanvaarde factuur en de regelmatige boekhouding (die wettelijk zijn geregeld en waarover verder meer onder de nrs. 888 e.v.), zijn:

- de parère, zijnde de formele schriftelijke verklaring uitgaande van een beroepsvereniging of van een kamer van koophandel of zelfs van notabele commerciële ondernemingen, waarbij het bestaan en de inhoud van een specifiek gebruik (een algemeen bekend gebruik behoort tot de ambtelijke kennis van de rechter en moet bijgevolg niet worden bewezen: Cass. 11 maart 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 858, noot), meestal beperkt tot een bepaalde sector, wordt bevestigd (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 26, nr. 1.3.4): zo werd op grond van een parère uitgaande van de voorzitter van de beroepsfederatie voor de staalnijverheid, een van het burgerlijk recht afwijkend gebruik (facturatie bruto voor netto) in de sector van de stalen platen aanvaard (Gent 22 maart 1995, *TBH* 1996, 72; zie ook Brussel 14 maart 2008, *TBH* 2010, 109, noot O. STEVENS; Scheidsr. Uitspr. Antwerpen 7 juni 1990, *Eur.Vervoerr.* 1990, 730);
- de goedgekeurde jaarrekening ten voordele van de vennootschap tegen de vennoten en de bestuurders, alsook tegen de vennootschap (Gent 18 maart 1999, *FJF* 1999, 359; Gent 4 april 2001, *TBH* 2002, 124; Luik 5 oktober 2001, *TBH* 2002, 630; Kh. Hasselt 2 april 2002, *RW* 2002-03, 951 en *JDSC* 2003, noot S. GILCART); de door de bestuurders ondertekende notulen van de raden van bestuur tegen een handelsvennootschap (Gent 17 maart 2008, *RW* 2010-11, 878);
- de gebruikelijke marktpraktijken, zijnde de praktijken die op een Belgische gereglementeerde markt of op een markt of verhandelingsstelsel zoals bedoeld in artikel 15, redelijkerwijs verwacht worden en aanvaard worden door de FSMA (Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten) of, in het geval van een markt in een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte, door de bevoegde overheid van die lidstaat (art. 2, 2° wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, *BS* 4 september 2002).

859 Daaruit volgt dat in handelszaken de rechter niet verplicht is de bewijsmiddelen waaraan hij bewijswaarde toekent, te kwalificeren als een van de gemeenrechtelijke bewijsmiddelen (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 27, nr. 1.3.4). Zo werd bijvoorbeeld bewijswaarde toegekend aan een bestelbon (Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199) en aan een door de bestemming van vervoerde goederen voor goede ontvangst ondertekend afleveringsbewijs (Kh. Antwerpen 19 april 1994, *RHA* 1995, 257). Toch moet worden vastgesteld dat in de praktijk de rechters ook in handelszaken geneigd zijn terug te vallen op een van de gemeenrechtelijke bewijsmiddelen (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 28, nr. 1.3.4).

2. Artikel 1341 BW geldt niet

860 Van oudsher is het in handelszaken niet gebruikelijk een akte op te stellen tot bewijs van de meeste rechtshandelingen. Om op bewijsrechtelijk vlak toch voldoende rechtszekerheid te bieden is daarom, in afwijking van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, in handelszaken het bewijs door getuigen in principe steeds toegelaten. Artikel 1341 BW geldt niet in handelszaken, hetgeen *in fine* van dat wetsartikel zelf uitdrukkelijk wordt bevestigd (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 251, nr. 213; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2232, nr. 1633 en 2289, nr. 1679; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 21, nr. 1.3.2 en 35, nr. 2.1.1.2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 81, nr. 115; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 61, nr. 103 en 62, nr. 104).

Wanneer het getuigenbewijs toegelaten is, kan daarenboven ook met feitelijke vermoedens worden bewezen. Dat vloeit voort uit artikel 1353 BW dat in dit verband ook hier geldt, ongeacht het feit dat artikel 25, eerste lid W.Kh. enkel het bewijs door getuigen toestaat (Cass. 15 april 1926, *Pas.* 1926, I, 332; Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444; Cass. 19 mei 1961, *RW* 1961-62, 933; Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022; Cass. 5 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 545; Cass. 6 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 507; Bergen 28 maart 1995, *JT* 1995, 626; Gent 3 september 1999, *Iuris* 2004, 1355; Antwerpen 13 september 1999, *RHA* 2000, 230; Brussel 27 oktober 2010, *TBBR* 2011, 462; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 90; D. MOUGENOT, *La preuve*, 121, nr. 54; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 21, nr. 1.3.2; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 104).

In handelszaken is er dus geen voorkeur voor het geschrift, maar kan het bewijs worden geleverd door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen (Cass. 16 maart 1876, *Pas.* 1876, I, 185; Cass. 8 december 1936, *Pas.* 1936, I, 444; Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 607; Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022; Cass. 5 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 545; Cass. 29 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 838; Cass. 16 juni 1978, *Arr.Cass.*

1978, 1214; Cass. 21 januari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 634, *TBH* 1988, 813, noot en *T.Not.* 1988, 347, noot; Cass. 19 april 2001, *Rev.prat.soc.* 2001, 278; Gent 23 februari 2005, *TGR-TWVR* 2005, 96; Brussel 7 januari 2009, *TBH* 2009, 827; Voorz. Kh. Brussel 27 november 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2006, 615, noot G. VANDENDRIESSCHE; Voorz. Kh. Brussel 15 juni 2009, *AM* 2010, 503, noot A. CRUQUENAIRE; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102, nr. 58; B. VANLERBERGHE, “Het bewijs in burgerlijke en handelszaken” in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR-2*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit Gent, 2010, 2, nr. 2; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 21, nr. 1.3.2). In die zin is het bewijsstelsel in handelszaken principieel vrij en dus soepeler.

861 Dat in handelszaken het bewijs van rechtshandelingen kan geleverd worden door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, geldt ook (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 82, nr. 115; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122, nr. 55):

- voor rechtshandelingen waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt (Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 606; Cass. 29 mei 1964, *Pas.* 1964, I, 1022; Cass. 17 februari 1995, *RW* 1994-95, 1396, concl. G. BRESSELEERS; Luik 21 februari 1997, *Pas.* 1996, II, 27; Gent 3 september 1999, *Juvis* 2004, 1355; Gent 8 maart 2004, *TBH* 2005, 59, noot R. STEENNOT; Rb. Brussel 8 januari 2010, *JLMB* 2010, 1136); en
- zelfs tegen of boven de inhoud van onderhandse akten en de niet-authentieke vermeldingen in notariële akten (Arbh. Luik 2 mei 1996, *JTT* 1997, 108; Luik 16 april 1998, *JLMB* 1998, 1829; Luik 25 februari 2000, *JLMB* 2000, 1698 en *TBH* 2001, 41; Antwerpen 28 juni 2001, *TBBR* 2002, 390; Brussel 8 april 2002, *DAOR* 2002, 251; Brussel 21 november 2002, *Res Jur.Imm.* 2003, 283).

3. Uitzonderingen inzake akten

862 Op het principe dat de regels van het bewijsrecht in burgerlijke zaken eveneens gelden in handelszaken wordt inzake akten op verschillende punten uitzondering gemaakt. Die uitzonderingen zijn soms wettelijk bepaald (art. 1326 BW). In andere gevallen bestaat in het handelsrecht een van het burgerlijk recht afwijkende gewoonte om de betrokken bewijsregel niet toe te passen (art. 1325 BW en 1328 BW). Dat laatste geldt ook voor de gevallen waarin in burgerlijke zaken steeds een schriftelijk bewijs vereist is. In handelszaken gelden dientengevolge voor akten in principe geen bijzondere vormvereisten (Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 62, nr. 104; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122, nr. 55).

a. De wettelijke uitzondering: artikel 1326 BW

863 Krachtens artikel 1326, tweede lid BW gelden de bijzondere vormvereisten die van toepassing zijn op onderhandse akten houdende eenzijdige schuldbekentenissen niet voor akten die uitgaan van kooplieden. Dat vloeit voort uit de vrije bewijsregeling die in handelszaken geldt. Voor een toepassingsgeval, zie Gent 23 februari 2005, *TGR-TWVR* 2005, 96.

864 Betwist is of de aard van de schuld al dan niet van belang is voor de toepassing van deze uitzondering.

Voor handelsverbintenissen van handelaars geldt de uitzondering zeker. Zo werd geoordeeld dat een schuldbekentenis die ondertekend is door twee personen waarvan één koopman is en die niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 1326, eerste lid BW, tegenover de ondertekenaar die koopman is een volwaardig schriftelijk bewijs van de aangegane verbintenis vormt (Cass. 27 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 503; zie ook Brussel 19 november 1980, *RW* 1981-82, 1287).

Sommigen verdedigen dat de uitzondering geldt voor personen ongeacht de aard van de rechtshandeling, zodat artikel 1326, tweede lid BW ook toepasselijk is wanneer het gaat om een burgerlijke verbintenis van een handelaar (Brussel 10 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 24; Brussel 19 november 1980, *RW* 1981-82, 1288; Rb. Ieper 12 oktober 1993, *TBBR* 1994, 409; Kh. Luik 10 november 1983, *TBH* 1985, 118; H. DE PAGE, *Traité*, nr. 816; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XIX, 1876, nr. 264; E. DAUBRESSE in *Les Nouvelles, Droit commercial*, I, Tw. “de la preuve”, Brussel, Ed. Edmond Picard, 1931, nr. 26; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 82, nr. 5; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, nr. 562; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 34, nr. 2.1.1). Vaak wordt daaraan toegevoegd dat het begrip handelaar hier extensief moet worden uitgelegd, zodat ook industriëlen, bestuurders en belangrijke aandeelhouders van vennootschappen onder de uitzondering vallen (Antwerpen 7 april 1988, *TBBR* 2000, 193; Rb. Brussel 4 november 1979, *BRH* 1979, 517; *anders*: Bergen 5 februari 1991, *JLMB* 1991, 953; Gent 7 april 1998, *AJT* 1998-99, 724; Brussel 14 maart 2003, *Rev.not.b.* 2005, 180, noot P. RENSON; Brussel 23 februari 2005, *JT* 2005, 363, noot).

Anderen stellen integendeel dat om historische redenen de aard van de rechtshandeling bepalend is, zodat de uitzondering niet geldt voor burgerlijke verbintenissen van een handelaar, doch integendeel wel voor objectieve daden van koophandel gesteld door een niet-handelaar. In dat laatste geval is de vrije bewijsregeling in handelszaken immers in principe van toepassing (Brussel 17 oktober 1960, *RW* 1960-61, 944; Antwerpen 8 oktober 2007, *TBBR* 2012, 189; Rb. Hasselt 31 mei 2001, *RW* 2003-04, 544; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2365, nr. 1742; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commer-*

cial, III, Brussel, Bruylant, 1981, 49, nr. 51; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, I, Gent, Fecheyr, 1950, 282, nr. 155; D. MOUGENOT, *La preuve*, 217-218, nr. 145).

Voor een toepassingsgeval waarin beide criteria (de persoon van de handelaar en het commerciële karakter van de verbintenis) op alternatieve wijze worden gebruikt, zie Brussel 14 december 2000, *JLMB* 2002, 1307, noot B.K.

865 Bijzondere vormvoorschriften gelden inzake kredietovereenkomsten met een consument (art. 14, § 1, derde lid wet consumentenkrediet) en inzake de kosteloze borgstelling (art. 2043*quinquies*, § 3 en 5 BW).

b. De jurisprudentiële uitzonderingen

1) Artikel 1325 BW

866 In zijn arrest van 20 januari 1984 bevestigt het Hof van Cassatie dat artikel 1325 BW (dat bijzondere vormvereisten oplegt voor onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten vaststellen) in principe niet geldt in handelszaken (Cass. 20 januari 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 589; zie ook Gent 23 februari 2005, *TGR-TWVR* 2005, 96).

867 Dat is meer bepaald het geval wanneer de wederkerige overeenkomst uit haar aard een handelsrechtelijk karakter heeft of wanneer alle daarbij betrokken partijen de hoedanigheid van handelaar hebben. Bij gemengde wederkerige overeenkomsten, zal elke partij voor wie de overeenkomst een burgerrechtelijk karakter heeft zich tegenover de andere partijen op artikel 1325 BW kunnen beroepen (Kh. Gent 11 januari 2001, *TBH* 2002, 135). Bij niet-naleving van die wetsbepaling, zal de handelaar het bewijs van de overeenkomst moeten leveren overeenkomstig het burgerlijk bewijsrecht, bijvoorbeeld door een begin van bewijs door geschrift, aangevuld met getuigenverklaringen of feitelijke vermoedens.

868 In handelszaken kunnen de partijen niettemin artikel 1325 BW steeds vrijwillig naleven. Vaak gebeurt dat slechts gedeeltelijk, bijvoorbeeld door redactie van een onderhandse akte in zoveel originelen als er partijen zijn met onderscheiden belang, maar zonder de naleving van de andere vormvoorschriften. Die praktijk is perfect geldig en tast de geldigheid van de onderhandse akte niet aan (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2355, nr. 1733; anders: H. DE PAGE, *Traité*, nr. 804-A-1°). Tegenbewijs blijft mogelijk door alle middelen van recht, ongeacht of artikel 1325 BW al dan niet geheel werd nageleefd.

869 De hierboven bedoelde regel kent dan weer wettelijke uitzonderingen (waarbij art. 1325 BW of de daarin vermelde regeling wel geldt in handelszaken), bijvoorbeeld bij:

- kredietovereenkomsten met consumenten (art. 14, § 1, eerste lid en 34, eerste lid wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, zoals gewijzigd door de wet van 13 juni 2010, *BS* 21 juni 2010); hetzelfde geldt voor de verkoop op afbetaling aan een consument (art. 41), de consumentenleasing (art. 49, § 3), de lening op afbetaling aan een consument (art. 56) en de kredietopening ten voordele van een consument (art. 58, § 1);
- aankoop en verkoop van tweedehands personenwagens door een vakman van of aan een particulier (art. 4, § 1 en 2 wet 11 juni 2004 tot beteugeling van bedrog met de kilometerstand van voertuigen);
- overeenkomsten onderworpen aan (art. 4, 11° van) de wet van 1 april 1976 betreffende de verticale integratie in de sector van de dierlijke productie (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 36-37, nr. 2.1.2.1).

2) Artikel 1328 BW

870 Volgens een vaststaande cassatierechtspraak is ook artikel 1328 BW (betreffende de tegenwerpbaarheid aan derden van de datum van onderhandse akten) in principe niet van toepassing in handelszaken (Cass. 27 januari 1956, *Pas.* 1956, I, 543; Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 29 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 698; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507).

871 Volgens het Hof van Cassatie betekent de niet-toepasselijkheid van artikel 1328 BW in handelszaken meer bepaald dat de datum van een onderhandse akte waarin een commerciële verplichting voorkomt tegenover derden op een andere manier als vast kan worden erkend dan via de wijzen opgesomd in die wetsbepaling en door alle middelen van recht kan worden bewezen door de partij aan wier zijde de verbintenis die aan de derde wordt tegengeworpen, een handelskarakter heeft (Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507; in verband met de datum van een mailbericht, zie Gent 10 maart 2008, *Computerr.* 2008, 303, noot P. VAN ECKE en E. VERBRUGGE, *DAOR* 2009, 314, noot E. MONTERO en *TGR-TWVR* 2009, 28, noot G.L. BALLON).

872 Dat de datum van de onderhandse akte in handelszaken met alle middelen van recht kan worden bewezen, komt hierop neer dat in handelszaken de datum dezelfde bewijswaarde heeft als de andere elementen van de onderhandse akte en dat, gelet op de vrijheid van bewijs in handelszaken, die bewijswaarde door de rechter soeverein wordt beoordeeld, met dien verstande dat tegenbewijs steeds mogelijk is door alle middelen van recht (Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421). De rechter kan zijn overtuiging laten steunen op feitelijke vermoedens en onder meer, gelet op de omstandigheden van de zaak, aannemen dat de

akte bewijs oplevert van de daarin voorkomende datum (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2382, nr. 1761; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 120, nr. 132).

873 De uitzondering op artikel 1328 BW geldt wanneer de verbintenis een handelsrechtelijk karakter heeft in hoofde van de partij die zich tegenover de derde op de onderhandse akte beroept.

In geval van een gemengde rechtshandeling is het al dan niet handelskarakter daarvan in hoofde van de schuldenaar die de onderhandse akte wil invoeren, doorslaggevend. In bevestigend geval is artikel 1328 BW niet van toepassing. In het omgekeerde geval geldt het tegendeel (Cass. 27 januari 1956, *Pas.* 1956, I, 543; Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507). Zo kan de verzekeraar tegenover het slachtoffer van een ongeval de akte met betrekking tot de schorsing van de polis houdende dekking van de aansprakelijkheid van de veroorzaker van het ongeval invoeren, zonder dat artikel 1328 BW ten aanzien van die akte speelt, dit gelet op het commerciële karakter van de verbintenis in haar hoofde (Brussel 11 mei 1962, *Pas.* 1963, II, 84; Brussel 11 oktober 1968, *Bull.ass.* 1970, 671; *anders*: Antwerpen 20 juni 1990, *Verkeersrecht* 1991, 195).

In ieder geval speelt de hoedanigheid van de derde (handelaar of niet) in dit verband geen rol. Uit de omstandigheid dat de derde geen koopman is, kan dus niet wettig worden afgeleid dat het bepaalde in artikel 1328 BW op de betrokken onderhandse akte niet van toepassing is (Cass. 27 januari 1956, *Arr.Cass.* 1956, 423; Cass. 25 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 421; Cass. 29 januari 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 698; Cass. 31 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 507; Cass. 29 september 2004, *VAV* 2005, 183; *anders*: G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 38, nr. 2.1.2.2 die onder verwijzing naar het cassatiearrest van 27 januari 1956 laat gelden dat art. 1328 BW moet worden nageleefd wanneer de datum van de onderhandse akte wordt ingeroepen tegenover een derde die geen handelaar is).

874 In een aantal gevallen bevestigt de wetgever dat de niet-toepasselijkheid van artikel 1328 BW betekent dat de datum van de aldaar bedoelde contracten als dusdanig tegenwerpbaar is aan derden, die het tegenbewijs kunnen leveren door alle middelen van recht (D. MOUGENOT, *La preuve*, 237, nr. 170-1; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 38-39, nr. 2.1.2.2). Die uitzonderingen komen voor in:

- artikel 1, Titel VI, Boek I W.Kh. inzake het pand tot zekerheid van een handelsverbintenis;
- artikel 10, § 1, tweede lid wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst;
- de artikelen 7, § 1, 12, § 1 en 13, § 1 wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten;

– artikel 22, tweede alinea wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles.

3) De gevallen waarin in burgerlijke zaken steeds een akte vereist is

875 Ook wanneer in burgerlijke zaken steeds een akte vereist is, bijvoorbeeld bij dadingen (art. 2044 BW), geldt die regel niet in handelszaken (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2223, nr. 1633; D. MOUGENOT, *La preuve*, 123-124, nr. 57; anders althans inzake de dading: H. DE PAGE, *Traité*, t. V, nr. 499, 6°). In geschillen betreffende handelszaken kan de rechter bijgevolg het bewijs van het bestaan van een dading door feitelijke vermoedens toelaten, zelfs als er geen van bewijs door geschrift voorhanden is in de zin van artikel 1347 BW (Cass. 19 maart 2012, *Pas.* 2012, 631).

4. Artikel 1353 BW?

876 Of, ingeval een geheel van feiten wordt ingeroepen dat aanleiding geeft tot meerdere vermoedens, artikel 1353 BW dat voorschrijft dat die vermoedens “met elkaar overeenstemmend” moeten zijn, in handelszaken al dan niet toepasselijk is, wordt betwist. Sommigen menen van wel (X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 86). Het Hof van Cassatie verwijst in ieder geval expliciet naar de toepassing van artikel 1353 BW (Cass. 24 januari 2008, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY en *RW* 2010-11, 366, noot). Anderen verdedigen het tegendeel. Aangevoerd wordt dat uiteraard geen vermoeden kan worden afgeleid uit feiten die onderling tegenstrijdig zijn. Een beroep op artikel 1353 BW is daartoe overbodig en heeft bovendien tot gevolg dat slechts gewichtige en bepaalde vermoedens in aanmerking komen, hetgeen niet te verenigen is met de vrijheid van bewijs in handelszaken (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 98, nr. 4.1).

§ 3. Tweede regel: de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter

877 In handelszaken vormt de rechter vrij zijn overtuiging omtrent het bestaan, de aard en de inhoud van de handelsverbintenissen waarover betwisting bestaat, dit aan de hand van de toegelaten bewijsmiddelen die hij daartoe geschikt acht, weliswaar in acht genomen de bewijskracht die de wet aan bepaalde bewijsmiddelen toekent (Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 63, nr. 109). Die principiële vrijheid van de rechter wordt in artikel 25, eerste lid W.Kh. benadrukt door de bewoordingen dat getuigenbewijs toegelaten is “in alle gevallen waarin de rechter oordeelt dit te moeten toestaan”.

878 Artikel 876 Ger.W., dat stelt dat de rechtbank het aanhangige geschil berecht volgens de bewijsregels die van toepassing zijn op de aard van het geschil, impliceert geen verplichting om in handelszaken van de bewijsregels in burgerlijke zaken af te wijken,

wanneer de rechter meent dat dit niet aangewezen is. Of in een handelsrechtelijk geschil al dan niet wordt afgeweken van het bewijsrecht in burgerlijke zaken (bv. inzake art. 1341 BW), staat dus ter vrije beoordeling van de rechter, die daartoe geenszins verplicht is (Cass. 29 maart 1974, *Arr.Cass.* 1974, 839; Bergen 26 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 140; Gent 14 november 2005, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, 60; Luik 19 oktober 2007, *JLMB* 2008, 1769; Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUUDE; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 26, nr. 1.3.4; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 82, nr. 115; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 63, nr. 109; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122, nr. 56). Van afwijking zal slechts sprake zijn in die gevallen waarin de rechter oordeelt dit te moeten toestaan in het licht van de concrete omstandigheden eigen aan de zaak. Het principe van de vrijheid van bewijs in handelszaken moet bijgevolg ook om die reden worden gerelativeerd. Van absolute vrijheid is geen sprake, aangezien ze slechts voorwaardelijk is (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 22, nr. 1.3.2; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 63, nr. 109). Zo werd bijvoorbeeld elke bewijswaarde ontzegd aan dubbelzinnige en tegenstrijdige afrekeningen (Brussel 17 april 2002, *Journ.proc.* 2002, nr. 440, 29, noot E. BALATE) en werd geweigerd als een origineel exemplaar in de zin van artikel 1325 BW te kwalificeren, een niet-ondertekende bestelbon (Rb. Bergen 15 maart 2000, *JLMB* 2001, 1309).

879 In beginsel bestaat er in handelszaken dus geen hiërarchie tussen de verschillende in aanmerking komende bewijsmiddelen (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 26, nr. 1.3.4). Uit de rechtspraak in handelszaken blijkt evenwel dat, waar het bewijs met feitelijke vermoedens doorgaans in aanmerking wordt genomen, het getuigenbewijs niet gemakkelijk wordt aanvaard (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 82, nr. 115), zeker niet wanneer het ertoe strekt om tegen of boven de inhoud van een akte te bewijzen (Luik 19 oktober 2007, *JLMB* 2008, 1769; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122-123, nr. 56). Een geschrift wordt geëist wanneer het gaat om complexe of ongewone of belangrijke rechtshandelingen, wanneer de partijen zich gemakkelijk een schriftelijk bewijs hebben kunnen verschaffen, indien er een algemeen gebruik bestaat om een geschrift op te stellen, indien dit de gebruikelijke gang van zaken tussen de partijen is of wanneer het gaat om oude feiten waarvan het tegenbewijs moeilijk zou kunnen worden geleverd (Brussel 25 juli 1917, *Pas.* 1917, II, 335; Luik 22 mei 1920, *Pas.* 1920, II, 180; Luik 25 juni 1937, *Pas.* 1938, II, 78; Brussel 11 maart 1939, *Pas.* 1940, II, 15; Brussel 19 februari 1959, *Pas.* 1959, II, 234; Brussel 27 maart 1963, *Pas.* 1964, II, 201; Kh. Luik 26 april 1982, *JL* 1982, 307; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 98, nr. 4.1; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2232-2233, nr. 1633 en 2289, nr. 1679; D. MOUGENOT, *La preuve*, 122-123, nr. 56; B. VANLERBERGHE, "Het bewijs in burgerlijke en handelszaken" in *Studieavonden 2010-2011 i.s.m. CBR*, Permanente vorming Gandaius, Universiteit

Gent, 2010, 19, nr. 28; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 64, nr. 109).

Zo werd het getuigenbewijs niet toegelaten inzake een betwiste overeenkomst van dading, dit gelet op haar complexe karakter. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou het getuigenbewijs in dergelijk geval kunnen worden toegestaan (Kh. Gent 12 oktober 1989, *TGR* 1989, 169).

Geoordeeld werd onder meer dat het bewijs tegen de inhoud van een akte slechts kan aangenomen worden met de grootste omzichtigheid en meer bepaald enkel indien de rechter de zekerheid heeft dat de akte niet strookt met de werkelijkheid (Arbh. Luik 2 mei 1996, *JTT* 1997, 108; vgl. Bergen 19 januari 2010, *JLMB* 2010, 1033).

Ook werd bijvoorbeeld het verzoek tot bewijs door getuigen verworpen omdat het ertoe strekte het bewijs van een kosteloze prestatie te leveren die niet op de bestelbon was vermeld en het in commerciële aangelegenheden gebruikelijk is dat de prestaties tegen betaling worden verricht (Luik 19 oktober 2007, *JLMB* 2008, 1769).

Tevens werd het getuigenbewijs niet toegelaten omdat bleek dat degene die machtiging tot getuigenbewijs vroeg daartoe overging ingevolge zijn eigen nalatigheid om op het gepaste ogenblik te zorgen voor een geschrift wanneer dit mogelijk was. Meer bepaald was de verzoeker bijzonder nalatig geweest door niet (tijdig) te protesteren wanneer hij van oordeel was dat de leveringen gebrekkig waren (Gent 14 november 2005, *Tijdschrift@ipr.be* 2006, 60).

Alhoewel het bewijs door feitelijke vermoedens doorgaans gemakkelijker wordt aanvaard, werd, in verband met het bewijs van het bestaan van een verkoopovereenkomst, toch geweigerd rekening te houden met de bandopname van een telefoongesprek, omdat dit feitelijk vermoeden niet ondersteund werd door enig ander element, terwijl de tegenpartij er ook niet van op de hoogte was dat het gesprek op band werd opgenomen (Kh. Ieper 20 november 1995, *TBH* 1996, 1007).

§ 4. Uitzonderingen op de vrijheid van bewijs in handelszaken

880 Ook in handelszaken is de hierboven beschreven vrijheid van bewijs niet steeds toegelaten en geldt in veel gevallen een meer gereguleerd bewijsstelsel (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 82, nr. 115; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 64, nr. 110; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 219, nr. 217). Dat wordt in artikel 25, eerste lid W.Kh. zelf verwoord door de vermelding “behoudens de uitzonderingen bepaald voor bijzondere gevallen”. Die uitzonderingen hebben bovendien de neiging talrijker te worden waardoor het formalisme opnieuw toeneemt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 123, nr. 57). Vooral in overeenkomsten gesloten met de consument worden de bewijsregels in burgerlijke zaken vaak bevestigd of zelfs strenger gemaakt, zodat de consument tegen de handelaar niet van het vrije bewijsregime geniet (X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 99-103; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 123, nr.57). Hieronder wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste uitzonderingen. Een afzonderlijke bespreking van die talrijke uitzonderingen valt buiten het bestek van deze studie die enkel het gemeen burgerlijk bewijsrecht tot voorwerp heeft. Voor een meer gedetailleerde bespreking van de problematiek, zie G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 39-56, nrs. 2.2.1 tot en met 2.2.7.

A. HET GESCHRIFT VEREIST ALS BEWIJSMIDDEL

881 In sommige gevallen eist de wet in principe een geschrift als bewijs van de rechtshandeling. Dat is onder meer het geval ten aanzien van:

- de verzekeringsovereenkomst (art. 25, Titel X, Boek I W.Kh., wet van 11 juni 1874 betreffende de verzekeringen en art. 10 wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten; art. 7, § 1 wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en art. 5 KB 13 februari 1991 houdende de inwerkingtreding en uitvoering van deze wet);
- de vervoerovereenkomst, meer bepaald in een aantal gevallen van internationaal vervoer (bv. de art. 3 (vervoer van passagiers) en 4 (vervoer van goederen) van het verdrag van Montreal van 28 mei 1999 tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer, art. 4 van het verdrag van 19 mei 1956 betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), de Uniforme Regelen van 3 juni 1999 betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van goederen (CIM), de Uniforme Regelen van 3 juni 1999 betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van reizigers (CIV), art. 14 verordening (EEG) nr. 684/92 van de Raad van 16 maart 1992 houdende gemeenschappelijke regels voor het internationaal vervoer van personen met touringcars en met autobussen, art. 59 zeewet, art. 9 wet van 5 mei 1936 op de binnenbevrachting, art. 11 verdrag van Boedapest van 22 juni 2001 inzake de overeenkomst voor het (internationaal) vervoer van goederen over de binnenwateren (CMNI)...);
- het contract met betrekking tot omroeptransmissie- en omroepdistributiediensten gesloten tussen een abonnee en een operator (art. 6 wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie- en omroepdistributiediensten);
- ...

B. HET GESCHRIFT VEREIST ALS GELDIGHEIDSVORWAARDE

882 In veel gevallen wordt door de wetgever een geschrift vereist voor de geldigheid van de rechtshandeling (plechtige contracten), zodat het geschrift onrechtstreeks een rol speelt op bewijsrechtelijk vlak. Aangezien overeenkomsten in het handelsrecht in principe consensueel zijn, vormen plechtige contracten hier de uitzondering (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 129, nr. 48; D. MOUGENOT, *La preuve*, 124, nr. 57). Voorbeelden van plechtige contracten in handelszaken zijn:

- de vennootschap met rechtspersoonlijkheid (art. 66 Venn.W.): in verband met de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap schrijft artikel 49 Venn.W. daarentegen voor dat het vennootschapscontract, al naargelang het doel van de vennootschap, kan worden bewezen overeenkomstig de regels van het burgerlijk of het handelsrecht;
- de overeenkomst inzake de verkoop van een te bouwen of in aanbouw zijnde woning (art. 7 wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen);
- octrooilicenties en contracten van overdracht van een licentie (art. 45, § 1 wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien);

- overeenkomsten tot overdracht van een merk, een tekening of een model (art. 2.31 en 3.25 Beneluxverdrag 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen);
- de overdracht onder de levenden van de aanvraag tot het bekomen van een kwekerscertificaat of van een kwekersrecht voortvloeiend uit een kwekerscertificaat (art. 23 wet 10 januari 2011 ter bescherming van kweekproducten); hetzelfde geldt voor de kwekersrechtlicenties (art. 24, § 2);
- een pand op de handelszaak (art. 3 wet 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen);
- de overeenkomst inzake huwelijksbemiddeling (art. 6 wet 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren);
- de consumentenkredietovereenkomst (art. 14 wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, zoals gewijzigd door de wet van 13 juni 2010);
- het contract van reisbemiddeling en reisorganisatie (art. 9 en 23 wet 16 februari 1994 tot regeling van het contract van reisbemiddeling en reisorganisatie);
- de kosteloze borgtocht (art. 2043quinquies, § 1 BW);
- de verkopen aan de consument, gesloten buiten de onderneming van de verkoper (art. 60, eerste lid wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming);
- de overeenkomst inzake vermogensbeheer tussen een gereguleerde onderneming en een niet-professionele cliënt (art. 20 KB 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten; art. 27, § 7 wet 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten).

Is evenwel niet als een plechtig contract te bestempelen, de overeenkomst die valt binnen het toepassingsgebied van de wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten (S. CLAEYS, “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten”, *NJW* 2006, 304, nr. 55).

C. VERPLICHTE VERMELDINGEN

883 Voor een aantal contracten met consumenten legt de wet op dwingende wijze verplichte vermeldingen op, zodat een schriftelijke overeenkomst moet worden opgesteld. Illustraties van die hypothese zijn:

- het contract tot aankoop en tot verkoop van tweedehands personenwagens door een vakman van/aan een particulier (art. 4 wet 11 juni 2004 tot beteugeling van bedrog met de kilometerstand van voertuigen);
- de overeenkomst om tatoeages en piercings te laten aanbrengen (art. 7 KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings);
- de overeenkomst tot verkoop -, aankoop -, verhuur- en huurbemiddeling, gesloten tussen een vastgoedmakelaar en een consument (art. 2 KB 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars);
- de overeenkomst tot aankoop van nieuwe autovoertuigen door de consument (KB 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens en de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe autovoertuigen);
- ...

D. SPECIFIEKE REGELINGEN

884 Verder is er nog bijzondere wetgeving die in bepaalde materies specifieke regelingen voorschrijft die afbreuk doen aan de vrijheid van bewijs in handelszaken. Enkele voorbeelden:

- krachtens artikel 5 wet 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst kan elke partij, niettegenstaande enig hiermee strijdig beding, van haar wederpartij, zelfs na de totstandkoming van het contract van handelsagentuur, een geschrift eisen dat de inhoud van het contract, met inbegrip van de latere wijzigingen, weergeeft; bovendien zijn slechts geldig, indien ze schriftelijk werden vastgelegd, het beding dat de overeenkomst slechts geldt voor een bepaalde duur (art. 4, tweede lid), het concurrentiebeding (art. 24, § 1, 1^o) en het delcrederebeding (art. 25, eerste lid);
- artikel 80, § 1 wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming schrijft voor dat elke onderneming die diensten verleent aan de consument in principe verplicht is aan de consument die erom verzoekt, gratis een bewijsstuk af te geven; de vermeldingen op het bewijsstuk werden vastgelegd bij artikel KB 11 april 1999 houdende bepaling van de vermeldingen die op het bewijsstuk, bepaald door de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, moeten voorkomen bij de verkoop van diensten; dat document bewijst het bestaan van de overeenkomst ten voordele van de consument, maar houdt op zich voor hem geen verplichtingen in (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 137, nr. 76); de consument moet de geleverde diensten slechts betalen bij de afgifte van het gevraagde bewijsstuk, indien deze afgifte dwingend is voorgeschreven krachtens artikel 80 (art. 81) en mits hij bewijst dat hij de afgifte van het bewijsstuk heeft gevraagd, maar niet bekomen;
- krachtens artikel 79, eerste lid wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming is elke onderneming verplicht een bestelbon (waarvan de vermeldingen werden vastgelegd bij art. 19 KB 30 juni 1996 betreffende de prijsaanduiding van producten en diensten) af te geven wanneer de levering van het goed of de verlening van de dienst, of een deel daarvan, uitgesteld wordt en er door de consument een voorschot wordt betaald; artikel 79, tweede lid voegt daaraan toe dat de gegevens van de bestelbon degene die de bon heeft opge maakt binden, ongeacht alle algemene of bijzondere, andere of strijdige voorwaarden; die bon strekt ertoe de consument een zekerheid te bieden over de essentiële elementen van de overeenkomst en dient ook als kwijting voor het bedrag van het voorschot, zelfs zonder dat de vermelding van betaling van het voorschot werd ondertekend (G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 138-139, nr. 77);
- waardepapieren (zijnde titels waarin een recht zodanig is geïncorporeerd dat het enkel door middel van het papier kan worden uitgeoefend en overgedragen) vereisen noodzakelijk de materiële vastlegging in een geschrift, waarbij de wet steeds verplichte vermeldingen oplegt zodat de vrijheid van bewijs in handelszaken daarop niet van toepassing kan zijn (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 90-91, nr. 3.2.4.1); voorbeelden zijn artikel 1 wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van een eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet, de artikelen 1 en 75 van Titel VIII, Boek I W.Kh. (inzake de wisselbrief en het orderbriefje) en artikel 85 wet 21 augustus 1879 op de zee- en binnenvaart (inzake het cognossement).

885 Ook gebruiken in handelszaken wijken soms af van de regel van de vrijheid van bewijs. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat de feitenrechter wettig kon beslissen dat, omwille van het belang en de frequentie van de relaties tussen de partijen, het gebruik vereiste dat protest tegen facturen tijdig schriftelijk werd gedaan of schriftelijk werd bevestigd (Cass. 29 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 833).

AFDELING II

DE WETTELIJK GEREDELDE BIJZONDERE BEWIJSMIDDELEN IN HANDELSZAKEN

886 Zoals reeds gezegd, zijn in handelszaken ook andere dan de in burgerlijke zaken geregelde bewijsmiddelen toegelaten. Sommige van die bijzondere bewijsmiddelen zijn wettelijk geregeld. De belangrijkste daaronder zijn de aanvaarde factuur en de regelmatig gehouden boekhouding (Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 60-61, nr. 101).

887 De factuur en de boekhouding hebben beide als bijzondere eigenschap dat zij een bewijsmiddel vormen dat kan worden ingeroepen door hun auteur, dit in afwijking van het principe dat niemand zichzelf een bewijs kan verschaffen, zelf toepassing van de regel dat men in een geschil niet tezelfdertijd rechter en partij kan zijn (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110). Precies daarom geldt in beide gevallen een bijkomende vereiste: om bijzondere bewijskracht te genieten moet de factuur aanvaard zijn door de bestemming ervan, terwijl de boekhouding regelmatig gehouden moet zijn (D. MOUGENOT, *La preuve*, 68, nr. 8).

§ 1. De aanvaarde factuur

888 Bij artikel 25, tweede lid W.K.h. wordt voorgeschreven dat koop en verkoop kan bewezen worden door middel van een aanvaarde factuur, onverminderd de andere bewijsmiddelen die door de wetten van koop-handel zijn toegelaten.

889 Krachtens die wetsbepaling is de aanvaarde factuur derhalve een specifiek bewijsmiddel (Brussel 17 februari 2005, *JT* 2006, 30; Luik 30 januari 2006, *TBH* 2007, 278; Kh. Charleroi 16 januari 1975, *TBH* 1976, 116), een *instrumentum* dus en geen *negotium* (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 160, nr. 322). De factuur zelf creëert bijgevolg geen obligatoire verhoudingen (Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Brussel 2 februari 1989, *JLMB* 2010, 1313; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 317, nr. 401).

890 Terwijl het Wetboek van Koophandel de factuur enkel regelt inzake koop en verkoop, is de aanwending van een factuur de regel geworden voor alle handelsverrichtingen. Nochtans is een factuur met welbepaalde vermeldingen in eerste orde een fiscale verplichting (art. 53, § 2 Wetboek van 3 juli 1969 van de belasting over de toegevoegde waarde en art. 1 KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde). Geen enkele algemene wettelijke bepaling van het burgerlijk recht

of van het handelsrecht stelt de verplichte afgifte van een factuur voorop. Wel verplicht artikel 80, § 1 wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming elke onderneming die diensten verleent aan de consument in principe een bewijsstuk af te leveren aan de consument die erom verzoekt. Algemeen wordt ook aangenomen dat de klant (consument of niet) van zijn leverancier die handelaar is, steeds de afgifte van een factuur mag eisen (E. SWAENEPOEL, “De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 178, nr. 203).

A. DEFINITIE

891 In de wet wordt niet gedefinieerd wat precies onder factuur moet worden verstaan. Traditioneel wordt aangenomen dat de factuur de door een handelaar geschreven bevestiging is van een schuldvordering in geld, die voortspuit uit een overeenkomst tot levering van goederen of diensten en die aan de klant, overeenkomstig de wet of de gewoonte, wordt overgemaakt om deze uit te nodigen de aangeduide som te betalen (Luik 29 januari 1992, *JLMB* 1993, 697, noot B. HANOTIAU; Luik 17 september 2007, *JLMB* 2008, 1455; Vred. Turnhout 18 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 399, noot E. BEYSEN; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 2, nr. 3; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 74, nr. 3.2.1; W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Handels- en Economisch Recht*, Deel I, *Ondernemingsrecht*, A, Brussel, Story-Scientia, 1989, 95, nr. 14; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 13, nr. 16; A. CLOQUET, *Factuur* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1954, 42, nr. 32; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2410, nr. 1787; E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraak*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 1; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 131, nr. 239; Y. DE CORDT, C. DELFORGE et al., *Manuel de droit commercial*, 66, nr. 116; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 317, nr. 401).

B. ALGEMENE (VORM)VOORWAARDEN

892 Aangezien de wetgever de factuur niet heeft gedefinieerd, bestaat er ook geen algemene wettelijke regeling in verband met de vermeldingen die op de factuur moeten voorkomen. De voorschriften die ter zake gelden, zijn integendeel verspreid terug te vinden, hoofdzakelijk in het KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting op de toegevoegde waarde (art. 5), het Wetboek van Vennootschappen (art. 78) en het KB nr. 56 van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld. De daarin aangeduide verplichte vermeldingen (bv. het bankrekeningnummer, de vermelding van de inschrijving in het uitgaand factuurboek...) zijn echter enkel vereist voor de fiscale

regelmatigheid van de factuur, met dien verstande dat het fiscaal onregelmatig karakter van de factuur onder omstandigheden de ontvankelijkheid van de op de factuur gebaseerde rechtsvordering kan aantasten (Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534; Kh. Hasselt 7 november 2001, *DAOR* 2002, 140; Vred. Zelzate 27 december 2007, *Huur* 2009, 183).

Daarnaast gelden nog bijzondere wetsbepalingen die verplichte vermeldingen voorschrijven voor specifieke facturen (bv. in verband met verkopen aan consumenten gesloten buiten de onderneming). Het ontbreken van die vermeldingen tast de regelmatigheid van de factuur als bewijsmiddel niet aan (Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534; Vred. Zelzate 27 december 2007, *Huur* 2009, 183; *anders* in de zin van geen bewijskracht: G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, 84, nr. 3.2.2.6).

Ongeacht het (fiscaal) verplicht karakter van de hierboven bedoelde vermeldingen, worden in de factuur doorgaans de door de handelaar geleverde goederen of diensten naar aard en hoeveelheid beschreven, met aanduiding van hun prijs, wordt de naam van de klant vermeld en wordt de geldschuld van de geadresseerde bevestigd (Brussel 2 februari 2009, *JLMB* 2010, 1313; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 131, nr. 239; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 66, nr. 116; D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210).

Vaak worden ook andere modaliteiten van de overeenkomst tussen de partijen vermeld. Niet zelden worden (en dan doorgaans op de rugzijde) de algemene voorwaarden opgegeven waaraan de betrokken verrichting onderworpen is (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 184, nr. 361 e.v.; D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210).

893 Artikel 52, § 1 KB van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken bepaalt dat akten en bescheiden, die voorgeschreven zijn krachtens wettelijke of reglementaire bepalingen, moeten opgesteld zijn in de taal van het gebied waar de exploitatiezetel of de onderscheiden exploitatiezetels van nijverheids-, handels- en financiebedrijven gevestigd zijn. Daarnaast is het Vlaams taaldecreet van 19 juli 1973 van toepassing op akten en bescheiden die zijn voorgeschreven bij wet of reglement.

Facturen vallen bijgevolg onder de taalwetten in de mate waarin het verplicht is ze af te leveren (en voor de daarin verplicht op te nemen vermeldingen, waaronder bv. niet begrepen zijn, de algemene voorwaarden). Een factuur beantwoordt aan de Vlaamse taalwetgeving indien de gegevens die, volgens wettelijke bepalingen verplicht in de factuur zijn opgenomen, hetzij in de Nederlandse taal

zijn vermeld, hetzij volgens hun officiële benaming aangeduid of universeel zijn op taalgebied (Gent, 18 maart 2009, *DAOR* 2009, 381, noot S. DUGARDYN).

In de hierboven aangeduide mate hebben facturen die in een verkeerde taal zijn opgesteld, geen uitwerking en zijn zij nietig zolang zij niet vervangen zijn door regelmatig opgestelde documenten. Wanneer een eisende partij haar facturen opstelt in het Frans, terwijl haar zetel gevestigd is in Vlaanderen, kan zij haar vordering niet bewijzen aan de hand van die facturen. De betrokken facturen zijn absoluut nietig (Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947; Kh. Hasselt 25 januari 2006, *Limb.Rechtsl.* 2006, 201, noot A. CLABOTS; Kh. Gent 17 januari 2008, *TGR-TWVR* 2008, 351, noot F.M.). Die nietigheid doet evenwel geen afbreuk aan de rechten van derden (Kh. Antwerpen 16 april 1991, *RW* 1992-93, 725).

De nietigheid van een factuur wegens miskenning van de taalwetgeving kan niet rechtgezet worden door een vertaling van de facturen in de procedure in te brengen. De eiser moet nieuwe, taalconforme facturen opstellen, deze verzenden aan de verweerder en ze op datum van de vervanging in zijn boekhouding opnemen (Kh. Gent 17 januari 2008, *TGR-TVWR* 2008, 351).

894 Gewoonlijk wordt de factuur door de handelaar die ze uitschrijft, niet ondertekend (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 61, nr. 113; D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210). De factuur is bijgevolg geen akte, doch wel een vorm van een niet-ondertekend geschrift. Indien de factuur toch wordt ondertekend door de schuldeiser, dan wordt doorgaans aangenomen dat zij, bij toepassing van artikel 1332, tweede lid BW en behoudens andersluidende bepaling, geldt als kwijting (Antwerpen 19 november 2001, *RW* 2003-04, 1111; Rb. Dendermonde 9 oktober 2003, *TBBR* 2006, 232; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur*, in *APR*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, nr. 100; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 169, nr. 50). Indien de handelaar laat gelden dat zijn ondertekening een andere betekenis heeft, dan draagt hij hiervan de bewijslast (Antwerpen 7 mei 2007, *RABG* 2008, 944; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 169, nr. 50). Soms wordt evenwel verdedigd dat de enkele ondertekening van de factuur niet volstaat om als kwijting te gelden. De ondertekening zou daartoe moeten voorafgegaan worden door de woorden “voor kwijting” (D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210).

Om als bewijs te dienen, moet de factuur evenmin gedagtekend zijn (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 131, nr. 239; D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 210).

Aangezien de factuur niet ondertekend moet zijn, kan, wanneer de schuldenaar beweert dat hij het origineel van de factuur niet ontvangen heeft, hem geldig een kopie van de factuur worden toegezonden. Een vaste dagtekening van de factuur is evenmin vereist (Brussel 2 februari 2009, *JLMB* 2010, 1313).

Maar, bijzondere wetten bevatten uitzonderingen op die regels. Dat is bijvoorbeeld het geval met:

- artikel 14 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het gebruik gedane leveringen: het endossement van de factuur moet, op straffe van nietigheid, door de endossant gedagtekend en ondertekend zijn;
- artikel 20, 5°, derde lid Hyp.W.: het voorrecht van de onbetaalde verkoper van industriële machines veronderstelt de neerlegging ter griffie van de rechtbank van koophandel, van een door de verkoper eensluidend verklaard afschrift van de al dan niet aanvaarde factuur.

895 Ingevolge de Europese richtlijn 2001/115/EG van de Raad van 20 december 2001 (tot wijziging van richtlijn 77/388/EEG met het oog op de vereenvoudiging, modernisering en harmonisering van de ter zake van de facturering geldende voorwaarden op het gebied van de belasting over de toegevoegde waarde), die in het Belgisch recht werd omgezet door de wet van 28 januari 2004 tot wijziging van het WBTW (*BS* 10 februari 2004), is ook elektronisch factureren mogelijk, voor zover de authenticiteit van de herkomst en de integriteit van de inhoud ervan worden gewaarborgd (art. 53octies WBTW). De voorschriften in verband met die authenticiteit zijn neergelegd in het KB van 15 december 2009 tot wijziging van het KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde dat in werking is getreden op 1 januari 2010 (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 133-135, nrs. 246-247). Zie in dat verband ook: de Wet van 17 december 2012 tot wijziging van de belasting over de toegevoegde waarde (*BS* 21 december 2012) en het KB van 19 december 2012 tot wijziging van het KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde (*BS* 31 december 2012), beide in werking getreden op 1 januari 2013.

C. BIJZONDERE VOORWAARDEN

896 Opdat aan de factuur de bijzondere bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. zou toekomen, moet aan vier bijzondere voorwaarden zijn voldaan. De factuur moet:

- primaire verbintenissen en meer bepaald een schuldvordering in geld uit een vooraf bestaande overeenkomst tot voorwerp hebben;
- een koop-verkoop betreffen;
- gericht zijn aan een handelaar;
- aanvaard zijn door de bestemming.

1. *Primaire verbintenissen en meer bepaald een schuldvordering in geld uit een vooraf bestaande overeenkomst tot voorwerp hebben*

897 Als bevestiging van een schuldvordering in geld veronderstelt de factuur in eerste orde een voorafgaande overeenkomst tussen de leverancier van de goederen of diensten (een handelaar) en de bestemming

daarvan (Antwerpen 17 september 2001, *P&B* 2001, 64; Brussel 2 februari 2009, *JLMB* 2010, 1313; Gent 26 april 2010, *TGR* 2011, 53, noot G.L. BALLON).

Vandaar dat niet te beschouwen is als een factuur in de zin van artikel 25, tweede lid W.Kh., de zogenaamde “pro-forma”-factuur, zijnde het document dat onder de vorm van een factuur aan een potentiële klant wordt overgemaakt en dat alle gegevens en modaliteiten vermeldt van een aanbod om te contracteren (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 143, nr. 295).

898 Een factuur kan bovendien enkel worden opgemaakt voor primaire verbintenissen uit die overeenkomst (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 6, nr. 9 e.v.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 317, nr. 401).

Komt derhalve niet in aanmerking als een factuur in de zin van artikel 25, tweede lid W.Kh., de zogenaamde “onechte” factuur, zijnde de factuur die secundaire gevolgen uit overeenkomst (schadevergoeding na wanprestatie) of schadevergoeding uit onrechtmatige daad of verbintenissen uit oneigenlijke contracten tot voorwerp heeft (Gent 22 maart 1995, *TBH* 1996, 907; Antwerpen 10 maart 1997, *TBH* 1997, 722; Antwerpen 4 oktober 1999, *RHA* 2000, 238; Brussel 8 oktober 1999, *TBBR* 2000, 468; Brussel 3 mei 2005, *IRDI* 2005, 244, noot B. DEVUYST en E. LAEVENS; Antwerpen 27 november 2006, *RW* 2008-09, 1770, noot J. DE CONINCK; Luik 17 september 2007, *TBH* 2008, 806; Kh. Gent 29 juni 1999, *Eur.Vervoerr.* 2000, 566; Kh. Gent 12 januari 2004, *TGR-TWVR* 2004, 144; Kh. Tongeren 4 december 2007, *DAOR* 2009, 46, noot; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 15, nr. 17).

899 Die primaire verbintenissen moeten bovendien aanleiding geven tot een schuldvordering in geld.

Is bijgevolg niet te aanzien als een factuur in de zin van artikel 25, tweede lid W.Kh., het document dat wordt opgesteld ter bevestiging van een schuldvordering die bestaat uit iets anders dan in geld (E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 3).

900 Is er geen vooraf bestaand contract of heeft de factuur geen betrekking op daaruit voortvloeiende primaire verbintenissen of op een schuldvordering in geld, dan geldt de bijzondere bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. niet (Kh. Antwerpen 22 november 1991, *Eur.Vervoerr.* 1993, 202; Kh. Gent 29 juni 1999, *Eur.Vervoerr.* 2000, 566; Kh. Gent 12 januari 2004, *TGR-TWVR* 2004, 144; vgl. art. 94, 6° en 98, eerste en tweede alinea marktpraktijkenwet die het ongevraagd doen toekomen van goederen en diensten verbieden).

Vandaar dat de afwezigheid van protest tegen een onechte factuur in beginsel geen aanvaarding impliceert, noch van enige aansprakelijkheid, noch van het bestaan en de omvang van de schade (Brussel 8 oktober 1999, *TBBR* 2000, 468). Ook wanneer er geen onderliggende overeenkomst bestaat tussen de afzender en de bestemming van de factuur, moet laatstgenoemde de factuur niet protesteren (Luik 30 januari 2006, *TBH* 2007, 278).

Dat belet echter niet dat het ontbreken van iedere reactie en iedere betwisting tussen handelaren als een omstandig stilzweigen en een erkenning van het gevorderde bedrag kan gelden (Antwerpen 4 oktober 1999, *RHA*

2000, 238). De rechter oordeelt dienaangaande volledig vrij (Kh. Tongeren 4 december 2007, *DAOR* 2009, 46, noot).

2. Een handelskoop-verkoop betreffen

901 Krachtens artikel 25, tweede lid W.Kh. kan enkel een handelskoop-verkoopovereenkomst worden bewezen door een aanvaarde factuur. Het Hof van Cassatie bevestigt dat de regel dat de aanvaarde factuur het bewijs oplevert van de overeenkomst, enkel geldt voor de handelskoop (Cass. 24 januari 2008, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY en *RW* 2010-11, 366, noot). Artikel 25, tweede lid W.Kh. vormt bijgevolg slechts een beperkte uitzondering op de regel van de vrijheid van bewijsmiddelen in handelszaken (L. CORNELIS, *De verbintenis*, 252, nr. 213).

Artikel 25, tweede lid W.Kh. kan dus niet worden toegepast op andere overeenkomsten, inzonderheid op aannemingsovereenkomsten, zelfs wanneer ze aanleiding geven tot het uitschrijven van een factuur (Kh. Namen 14 december 1982, *RRD* 1983, 58; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2411-2412, nr. 1787; E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 13; B. DE CONINCK, "La facture acceptée par un non-commerçant", *JLMB* 2004, 1720 e.v.; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 133, nr. 245; Y. DE CORDT, C. DELFORGE et al., *Manuel de droit commercial*, 65, nr. 114; D. MOUGENOT, *La preuve*, 268, nr. 209; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 330, nr. 418; anders in de zin van naar analogie wel toepasselijk op andere overeenkomsten, voor zover het gaat om daden van koop-handel in hoofde van de bestemming van de factuur: Antwerpen 11 december 1995, *AJT* 1997-98, 185, noot J. VANBELLE; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 519, noot A. DE KIMPE; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; X. DIEUX, "De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht", *TBH* 1986, 105; F. DESCHOOLEMEESTER, "De factuur in het bewijsrecht" in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 53, nr. 54; A. CLABOTS, "Artikel 25 W.Kh." in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 13, nr. 17; E. SWAENEPOEL, "De factuur en verwante documenten in het consumentenrecht" in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 179, nr. 205; M. BOSMAN, "Les conditions générales en matière contractuelle", *JT* 1981, 17, nr. 16; K. TROCH, "Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken", *DAOR* 2001, 114, nr. 74).

Al evenmin geldt artikel 25, tweede lid W.Kh. ten aanzien van het document dat wordt opgesteld ter bevestiging van de schuldvordering (zelfs uit hoofde van een koop-verkoop) van een niet-handelaar (E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 3).

902 Ten aanzien van andere overeenkomsten dan de (handels)koop-verkoop heeft de factuur dus niet de bijzondere bewijskracht bedoeld bij artikel 25, tweede lid W.Kh. In dat geval moet toepassing worden gemaakt van het gemeen bewijsrecht in handelszaken. Dat betekent meer bepaald (Cass. 1 december 1967, *Arr.Cass.* 1968, 471; Cass. 29 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 126; Cass. 27 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 226; Cass. 7 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 39, *DAOR* 2006, 37, noot G. BALLON en *RW* 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN; Cass. 24 januari 2008, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY en *RW* 2010-11, 366, noot; Gent 18 oktober 1978, *RW* 1979-80, 591; Bergen 16 september 2003, *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE

CONINCK en *TBBR* 2006, 174; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Gent 16 september 2009, *NJW* 2010, 840, noot C. LEBON; Kh. Namen 14 december 1982, *RRD* 1983, 58; Kh. Charleroi 24 juli 2003, *DAOR* 2004, 44; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Kh. Brussel 29 juni 2009, *RW* 2009-10, 1651; Vred. Mol 3 december 2002, *RW* 2003-04, 1232) dat:

- krachtens artikel 25, eerste lid W.Kh., het bewijs van die andere handelsovereenkomsten kan worden geleverd door alle bewijsmiddelen, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen;
- bij toepassing van diezelfde wetsbepaling, de rechter inzake andere handelsverrichtingen dan de koop-verkoop, uit de aanvaarding van de factuur een (weerlegbaar) feitelijk vermoeden kan putten van overeenstemming van de factuur met de inhoud van de overeenkomst en er het bewijs kan in vinden dat de schuldenaar zijn akkoord heeft gegeven met de in de factuur vermelde verbintenissen;
- dit zelfs het geval kan zijn wanneer de aanvaarde factuur is gestuurd in uitvoering van een schriftelijke overeenkomst, maar daarvan afwijkende verbintenissen inhoudt.

Anders dan inzake de handelskoop is inzake andere overeenkomsten bijgevolg sprake, niet van een wettelijk vermoeden, doch slechts van een feitelijk vermoeden waarvan de bewijswaarde door de rechter soeverein wordt beoordeeld (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 133, nr. 245; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 66, nr. 114; D. MOUGENOT, *La preuve*, 268, nr. 209; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 321, nr. 406). Die regeling (die in de praktijk dikwijls eenzelfde resultaat tot gevolg heeft, al naargelang art. 25, tweede lid W.Kh. al dan niet van toepassing is) verklaart waarom de rechtspraak in handelszaken vaak geen onderscheid maakt tussen facturen die betrekking hebben op handelskopen en andere facturen (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 173, nr. 196).

3. Gericht zijn aan een handelaar

903 Om de wettelijke bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. te genieten, moet de factuur gericht zijn aan een handelaar (Antwerpen 29 juni 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 25, noot; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 157, nr. 318 e.v.).

904 Tevens moet de betrokken handelaar de werkelijke klant zijn van de verzender van de factuur. De factuur geniet niet van bijzondere bewijskracht wanneer zij gericht is aan een derde (Luik 30 januari 2006, *TBH* 2007, 278; Gent 16 september 2009, *NJW* 2010, 840, noot C. LEBON). Hetzelfde geldt wanneer zij de naam en de woonplaats van de schuldenaar verkeerd vermeldt. De bestemming moet in de gelegenheid zijn

te weten dat men zich tot hem richt. Maar, overdreven formalisme is hier uit den boze. Zo bijvoorbeeld blijft een vergissing in de vennootschapsvorm van de bestemming zonder gevolg (E. DIRIX, *La force probante de la facture* in G.L. BALLON en E. DIRIX (eds.), *La facture et autres documents équivalents*, Mechelen, Kluwer, 2012, 130, nr. 232).

905 Bovendien moet de factuur betrekking hebben op zijn handel (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2411, nr. 1787). Dat blijkt reeds hieruit dat de voormelde wetsbepaling in het Wetboek van Koophandel is opgenomen in Boek I (*Koophandel in het algemeen*), titel IV (*Bewijs van handelsverbintenissen*).

906 Ten aanzien van een niet-handelaar, of juist, ten aanzien van de bestemming voor wie de overeenkomst een burgerlijk karakter heeft, bezit de factuur, inbegrepen de daarop vermelde algemene voorwaarden, niet de bijzondere bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. (Antwerpen 29 juni 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 25, noot; Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199; Gent 13 oktober 2008, *NJW* 2009, 508, noot M. DAMBRE; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 6 november 2008, *T.Vred.* 2012, 363, noot R. STEENNOT; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 174, nr. 342; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 328, nr. 414).

Ook en zelfs de (handels) koop-verkoop zal volgens het bewijsrecht dat geldt in burgerlijke zaken moeten worden bewezen (Antwerpen 3 februari 1998, *AJT* 1998-99, 723; Gent 4 maart 2009, *DCCR* 2009, 135, noot G.L. BALLON; Vred. Grâce-Hollogne 21 december 2007, *JLMB* 2009, 1620; A. CLABOTS, "Artikel 25 W.Kh." in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 22, nr. 25; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2411, nr. 1787; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 132, nr. 243; Y. DE CORDT, C. DELFORGE et al., *Manuel de droit commercial*, 65, nr. 113; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 322, nr. 406; anders: M.E. STORME, "Bewijs en verbintenismatige beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *TBH* 1991, 463-503).

Op zich heeft de factuur in dat geval (bv. ten aanzien van de Belgische staat) geen enkele bewijswaarde (Rb. Dendermonde 24 oktober 2003, *RW* 2004-05, 1033). Een (aanvaarde) factuur kan hier eventueel gelden als een feitelijk vermoeden in gevallen waarin het bewijs door dergelijke vermoedens toegelaten is of als een buitengerechtelijke bekentenis, inzonderheid als een uitvoering van het contract (Luik 16 november 1992, *JT* 1994, 44; Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON; Antwerpen 11 december 1995, *AJT* 1997-98, 185, noot J. VANBELLE;

Antwerpen 16 december 1996, *AJT* 1996-97, 555; Bergen 16 september 2003, *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK en *TBBR* 2006, 174; Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot M. DAMBRE; Rb. Neufchâteau 11 februari 1981, *JT* 1981, 384; Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529; Vred. Tielt 26 november 1981, *Rechtspr.BFE* 1983, 1; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2412, nr. 1787; D. MOUGENOT, *La preuve*, 268, nr. 209; B. DE CONINCK, “La facture acceptée par un non-commerçant”, *JLMB* 2004, 1720 e.v.; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 133, nr. 242; Y. DE CORDT, C. DELFORGE et al., *Manuel de droit commercial*, 65, nr. 113).

In dat verband moet worden benadrukt dat op de niet-handelaar in principe geen verplichting rust een hem toegestuurde factuur te protesteren, zodat zijn stilzitten na ontvangst van de factuur in principe niet geldt als stilzwijgende aanvaarding daarvan (Antwerpen 27 februari 1995, *Turnh.Rechtsl.* 1994-95, 89 dat Rb. Turnhout 14 januari 1992 bevestigt; Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON; Rb. Mechelen 2 februari 1994, *TBBR* 1995, 408; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; Rb. Turnhout 1 februari 1995, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 141; Rb. Dendermonde 24 oktober 2003, *RW* 2004-05, 1033; Vred. Grâce-Hollogne 21 december 2007, *JLMB* 2009, 1690; Y. DE CORDT, C. DELFORGE et al., *Manuel de droit commercial*, 65, nr. 113; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 175, nr. 344 e.v.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 328, nr. 415). Toch kan ook ten aanzien van een niet-handelaar het stilzitten na ontvangst van de factuur als aanvaarding daarvan gelden. Dat zal het geval zijn wanneer er sprake is van “omstandig stilzwijgen”, wanneer het stilzwijgen op redelijke gronden en gelet op de omstandigheden eigen aan de zaak, niet anders kan worden uitgelegd dan als (een feitelijk vermoeden of buitengerechtelijke bekentenis van) instemming, bijvoorbeeld bij herhaalde herinneringen die zonder gevolg zijn gebleven, ingeval de bestemming over de koopwaar heeft beschikt... (Luik 29 januari 1992, *JLMB* 1993, 697, noot B. HANOTIAU; Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON; Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92; Bergen 16 september 2003, *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK; Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot M. DAMBRE; Rb. Turnhout 12 september 1989, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 91; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 79, nr. 3.2.2.2.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 322-323, nr. 406; anders: Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92). Dat vereist dat het bestaan van de voorafgaande overeenkomst kan bewezen worden of door de schuldenaar wordt erkend (Rb. Mechelen 2 februari 1994, *TBBR* 1995, 408). Zo werd stilzwijgende aanvaarding bijvoorbeeld aangenomen in een geval waarin de partijen regelmatig zaken hadden gedaan met elkaar en de veelvuldige facturen nooit werden geprotesteerd, bij langdurig stilzwijgen van de schuldenaar bij ontvangst van een factuur, niettegenstaande verscheidene aanmaningen tot betaling (Luik 16 november 1992, *JT* 1994, 44).

Ook en zelfs wanneer ten aanzien van de niet-handelaar (al dan niet ingevolge afwezigheid van protest) aanvaarding van de factuur bewezen is, blijft hoe dan ook de regel van artikel 1341 BW gelden. Als feitelijk vermoeden blijft de aanvaarde factuur als bewijsmiddel niet toegelaten, behoudens in de uitzonderingsgevallen van de artikelen 1347 en 1348 BW, alsook in het geval waarin geen van de partijen zich op artikel 1341 BW beroept dat immers niet van openbare orde is (Antwerpen 22 mei 1991, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 92; Bergen 16 september 2003, *JLMB* 2004, 1716, noot B. DE CONINCK).

4. Aanvaard zijn door de bestemming

a. Het principe

907 De bijzondere bewijskracht die toekomt aan de factuur veronderstelt de aanvaarding van de factuur door de bestemming ervan (Gent 14 april 2010, *RW* 2012-13, 199, noot; Kh. Gent 3 mei 2001, *TGR* 2001, 299) of diens vertegenwoordiger (Kh. Luik 25 april 1997, *TRV* 1998, 113, noot J. VANANROYE).

De bewijslast van de aanvaarding van de factuur door de bestemming rust op de verzender (art. 1315, eerste lid BW; art. 870 Ger.W.; Cass. 6 november 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2073 en *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK).

Of een factuur al dan niet werd aanvaard, is een feitenkwestie. De rechter oordeelt daarover soeverein, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak, inzonderheid met de aard van het contract en de houding van de partijen (F. DESCHOOLMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 57, nr. 56; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 76, nr. 3.2.2.2).

908 Indien de factuur door de bestemming ervan niet aanvaard werd, komt haar geen bewijskracht toe. Een niet-aanvaarde factuur is immers niets anders of niets meer dan een door een van de partijen na de totstandkoming van een overeenkomst opgesteld document houdende een eenzijdige bevestiging van een daaruit voortvloeiende schuldvordering. Niemand kan zichzelf een bewijs verschaffen (Gent 8 november 2001, *DAOR* 2002, 243; Gent 4 maart 2009, *DCCR* 2009, 135, noot G.L. BALLON; Vred. Oostrozebeke 2 juni 1998, *RW* 2001-02, 1495; Vred. Zelzate 18 mei 1995, *AJT* 1994-95, 577, noot G.L. BALLON; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 75, nr. 3.2.2.2; D. MOUGENOT, *La preuve*, 269, nr. 211; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 66, nr. 117). Artikel 25, tweede lid W.Kh. maakt evenwel voorbehoud voor andere bewijsmiddelen. De vrijheid van bewijs in handelszaken laat toe handelsverbintenissen (neergelegd in een niet-aanvaarde factuur) ook met andere middelen dan de aanvaarde factuur te bewijzen.

b. Twee bestanddelen

909 De aanvaarding van de factuur veronderstelt enerzijds dat de bestemming er kennis van heeft gekregen en anderzijds dat hij met de inhoud ervan heeft ingestemd.

1) Kennisname door de bestemming

910 Kennisname door de bestemming vereist in eerste orde dat de factuur aan hem werd verzonden (Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Kh. Gent 3 mei 2001, *TGR* 2001, 299; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 79, nr. 3.2.2.4). Een niet-verzonden factuur heeft geen bewijskracht.

Degene die zich op de factuur als bewijsmiddel beroept, draagt de bewijslast daarvan (Cass. 8 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 226; Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK; Gent 25 oktober 2001, *TBH* 2002, 632; Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199; Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534; Kh. Gent 3 mei 2001, *TGR* 2001, 299; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Kh. Brussel 14 maart 2008, *RW* 2009-10, 586; Vred. Westerlo 18 januari 2002, *DAOR* 2002, 135).

Dit bewijs mag worden geleverd met alle middelen van recht, feitelijke vermoedens inbegrepen, aangezien het om een rechtsfeit gaat en bovendien in handelszaken in principe de vrijheid van bewijs geldt (Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Kh. Gent 3 mei 2001, *TGR* 2001, 299; Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD; Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUUDE; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Westerlo 18 januari 2002, *DAOR* 2002, 135; B. PONET, “Hoe bewijst men de verzending en de ontvangst van de facturen?”, *Limb.Rechtsl.* 1996, 131-133, J. BAECK, “Enkele bewijsperikelen betreffende de invordering van facturen” (noot onder Cass. 6 november 2003), *RABG* 2004, 714; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 80, nr. 3.2.2.4). Niettemin moet er rekening mee gehouden worden dat het in het handelszaken niet de gewoonte is om facturen bij aangetekende brief te zenden (E. MONARD, noot onder Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 78).

Uit het bezit van de factuur door de bestemming kan de verzending door de tegenpartij worden afgeleid, behoudens tegenbewijs (F. DESCHOOLEMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 48, nr. 50).

Zo kan het bewijs van verzending (en ontvangst) bijvoorbeeld ook voortvloeien uit een niet-geprotesteerde ingebrekestelling (Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.*

1996, 126, noot B. PONET) of uit andere briefwisseling in verband met de litigieuze factuur waarvan de verzending wordt bewezen.

Een feitelijk vermoeden van toezending aan de bestemming kan ook worden afgeleid uit de inhoud van het verkoopjournaal of van het uitgaand facturenboek, of nog, van een uittreksel uit de jaarrekening in combinatie met een volledige debiteurenlijst (Kh. Turnhout 4 mei 1995, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 153; Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Kh. Brussel 24 december 2001, *P&B* 2001, 81; Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD; Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUUDE; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE; Vred. Westerlo 18 januari 2002, *DAOR* 2002, 135; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 37, nr. 50; D. MOUGENOT, *La preuve*, 270, nr. 211; B. PONET, "Hoe bewijst men de verzending en ontvangst van de facturen?", *Limb.Rechtsl.* 1996, 132; *anders*: Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Y. MERCHERS, P. COLLE en M. DAMBRE, "Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bankkrediet-, wissel- en chequeverrichtingen (1987-1991)", *TPR* 1992, 1024, nr. 391). Soms wordt als motivering opgegeven dat het zinloos is een factuur in zijn boeken in te schrijven en er btw op af te dragen zonder dat het nodige gedaan wordt voor de invordering en dus voor het verzenden ervan (Antwerpen 24 juni 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 66).

Vaak wordt als bijkomende vereiste gesteld dat de boekhouding regelmatig is in de zin van artikel 20 W.Kh. (Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67; Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152). Bovendien blijft in dat verband voorzichtigheid geboden, aangezien uitsluitend de eisende handelaar over die inschrijving beslist. Vandaar dat er doorgaans voor gepleit wordt aan het uitgaand facturenboek enkel bewijswaarde toe te kennen in combinatie met andere elementen uit het dossier (Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUUDE; E. MONARD, "De bewijsregeling m.b.t. de facturen en koopmansboeken", *Limb.Rechtsl.* 2003, 79; K. TROCH, "Het ondernemingsrecht. Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken 1988-1999", *DAOR* 2001, nr. 58; F. DESCHOLMEESTER, "De factuur in het bewijsrecht" in G.L. BALLON en I. SAMOY (ed.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 51, nr. 53; E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 12). Een voorbeeld van een dergelijk ander bewijselement kan het feit zijn dat de bestemming als reactie op een ingebrekestelling in verband met de betrokken factuur geen onmiddellijk verweer heeft gevoerd over een zogenaamd "niet-ontvangen" factuur en de ontvangst van de factuur pas voor het eerst in conclusie heeft betwist (Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD; zie ook Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE). Anderen verdedigen dat de vereiste van regelmatigheid van de boekhouding en van combinatie met bijkomende bewijselementen te ver gaat, omdat het hier gaat om het bewijs van rechtsfeiten, zodat de rechter vrij de bewijswaarde kan beoordelen van elk bewijsmiddel dat voor hem ingeroepen wordt (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 81, nr. 3.2.2.4; vgl. Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67).

911 De factuur moet ook tijdig worden opgesteld en verzonden. In principe moet de factuur worden opgesteld op de dag waarop de verbintenis tot betalen voor de bestemming ontstaat (Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 85, nr. 3.2.2.6; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 323, nr. 407). Krachtens de fiscale wetgeving moet zij uiterlijk de vijfde werkdag van de maand volgend op de levering worden uitgeschreven (art. 4 KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting op de toegevoegde waarde). Miskenning van die regel heeft in eerste orde fiscaalrechtelijke implicaties (Gent 22 april 1998, *AJT* 1998-99, 670). Zij tast in principe de

ontvankelijkheid van de op de laattijdige factuur gebaseerde rechtsvordering niet aan (Gent 22 april 1998, *AJT* 1998-99, 670; Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534; Kh. Hasselt 12 juli 2006, *TBH* 2007, 297). Over de bewijskracht van een laattijdige factuur bestaat uiteenlopende rechtspraak.

De miskennis van de hierboven bedoelde regel heeft in principe niet tot gevolg dat de factuur haar bijzondere bewijskracht verliest (Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 69, nr. 124). De fiscale onregelmatigheid van de factuur doet geen afbreuk aan de bewijskracht ervan (Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534). De omstandigheid dat een factuur met enige vertraging werd opgestuurd, ontslaat de geadresseerde niet van de verplichting om deze factuur tijdig te protesteren indien hij met de inhoud ervan niet akkoord gaat (Gent 15 februari 1996, *AJT* 1996-97, 207, noot C. VAEREWIJCK; Gent 16 oktober 2002, *NJW* 2004, 202, noot M.T.; Kh. Hasselt 12 juli 2006, *TBH* 2007, 297). Wel zou het protest tegen een dergelijke factuur minder vlug moeten worden geformuleerd (Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534).

Geoordeeld werd evenwel dat de bewijskracht van de factuur in het gedrang kan komen in geval van laattijdige redactie en verzending daarvan, meer bepaald wanneer zulks, gelet op de omstandigheden van de zaak, verdacht voorkomt (Gent 16 oktober 2002, *NJW* 2004, 202, noot M.T.; Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322; Kh. Brugge 17 december 1996, *TBH* 1997, 266; Kh. Brussel 11 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 250, noot H. HUYBRECHTS), hetgeen meestal het geval zou zijn (Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40).

Zo werd aan facturen elke bewijskracht ontnomen, in een geval waarin de bestemming daarvan beweerde dat hij deze facturen pas na de dagvaarding had ontvangen en naderhand bleek dat door degene die deze facturen had uitgeschreven geen boekhouding werd gevoerd (Gent 22 april 1998, *AJT* 1998-99, 670). In dezelfde zin werd geoordeeld dat de aanvaarding van een factuur niet kon worden afgeleid uit het enkele feit dat zij niet werd betwist, wanneer die factuur pas zes maanden na het einde van de commerciële relaties en dus in ongebruikelijke omstandigheden was opgesteld, de schuldeiser zich daarenboven niet kon beroepen op een gebrek aan reactie op ingebrekestellingen omdat hij het verzenden ervan niet bewees en door de bestemming heftig was gereageerd bij ontvangst van de brief van de advocaat van de schuldeiser (Luik 18 december 2001, *TBH* 2002, 635). Aan een met vier jaar vertraging verzonden factuur werd alleen de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden toegekend (Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322).

912 Ook de ontvangst van de factuur door de bestemming ervan, moet door de verzender worden bewezen.

Het uitgaand facturenboek kan geen bewijs opleveren van de ontvangst van de factuur door de bestemming (D. MOUGENOT, *La preuve*, 270, nr. 211; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 81, nr. 3.2.2.4; K. TROCH, "Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-99)", *DAOR* 2001, nr. 98; *anders*: Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; B. PONET, "Hoe bewijst men de verzending en ontvangst van de facturen?", *Limb.Rechtsl.* 1996, 133). Uit het bewijs van de verzending kan hoe dan ook de ontvangst van de factuur niet worden afgeleid (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 80, nr. 3.2.2.4; *anders*: Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67).

Krachtens de artikelen 22 W.Kh., 871 en 877 Ger.W. kan de rechter (zelfs ambtshalve) aan de bestemming, die ontkent de factuur ontvangen te hebben, opdragen om een uittreksel van zijn inkomende facturenboek voor te leggen.

Wanneer de rechter de inschrijving van de betrokken factuur door de bestemming vaststelt, is het bewijs van de verzending en de ontvangst van de factuur geleverd (F. DESCHOOLMEESTER, "De factuur in het bewijsrecht" in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 52, nr. 53). De vermelding in het boek der inkomende facturen geldt dan als een buitengerechtigde bekenenis van de bestemming (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 81, nr. 3.2.2.4).

Wanneer de betrokken factuur niet is vermeld in het aankoopjournaal van de bestemming, dat vormt dit nog geen bewijs tegen de verzender dat de factuur niet werd ontvangen, aangezien de bestemming eenzijdig over het al dan niet inschrijven beslist (Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 82, nr. 3.2.2.4; E. MONARD, noot onder Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 79). Maar, beide gegevens (de inschrijving in het factuurboek van de leverancier en de niet-vermelding in het boek der inkomende facturen van de bestemming) neutraliseren elkaar wel, zodat de verzender andere bewijsmiddelen zal moeten aanwenden (Kh. Hasselt 27 september 2000, *Limb.Rechtsl.* 2003, 69; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152; Kh. Brussel 7 september 2007, *RW* 2010-11, 1743; D. MOUGENOT, *La preuve*, 270, nr. 211).

In dat geval kunnen verzending en ontvangst worden afgeleid uit de combinatie met andere feitelijke omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het gebrek aan tijdig protest tegen herhaalde aanmaningen die verwijzen naar de betrokken factuur of minstens de afwezigheid van bewijs van dergelijk protest (Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUDE), het feit dat de bestemming als reactie op de ingebrekestelling in verband met de factuur niet onmiddellijk als verweer heeft opgeworpen dat hij de factuur niet heeft ontvangen en dat hij de ontvangst van de factuur pas voor het eerst in conclusie heeft betwist (Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD), of nog, het feit dat de auteur van de factuur ook bestelbons van de bestemming voorlegt en het aankoopboek van de bestemming melding maakt van talrijke aankopen van gelijkaardige goederen (Kh. Hasselt 27 september 2000, *Limb.Rechtsl.* 2003, 69). Maar, geoordeeld werd dat, wanneer de gegevens van de geadresseerde op de factuur ontbreken of onjuist zijn, uit het feit dat de lokale postbode belast met het bestellen van de factuur de geadresseerde kent, niet kan worden afgeleid dat de factuur daadwerkelijk de bestemming heeft bereikt (Antwerpen 16 februari 1994, *Limb.Rechtsl.* 1994, 122).

913 Een handelaar die zijn vordering tot betaling baseert op de stilzwijgende, wegens gebrek aan tijdig protest, aanvaarde factuur, moet daarenboven het bewijs aanbrengen van de datum van ontvangst van de factuur door de bestemming (Cass. 8 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 226; Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK; Gent 25 oktober 2001, *TBH* 2002, 632; Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Kh. Hasselt 21 november 2000, *TBH* 2001, 538; Kh. Hasselt 27 juni 2001, *TBH* 2002, 638; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUDE; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Kh. Brussel 14 maart 2008, *RW* 2009-2010, 586). Dit bewijs mag worden geleverd met alle middelen van recht, feitelijke vermoedens inbegrepen, zoals bijvoorbeeld de inhoud van het verkoopjournaal of een ingebrekestelling die niet geprotesteerd werd (Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET; Kh. Brussel 14 maart 2008, *RW* 2009-10, 586). Wordt de datum van ontvangst van de factuur betwist (in dit geval beweerde de verweerder dat de facturen slechts maanden later waren ontvangen), kan de rechter zijn beslissing dat de facturen werden ontvangen

rond de factuurdatum niet steunen op de enkele grond dat geen bewijs voorligt dat de facturen niet op deze datum zouden verzonden zijn aan de koper. Zo niet wordt de bewijslast onterecht omgekeerd (Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK).

914 Kennisname door de bestemming veronderstelt dat de betrokken vermeldingen terug te vinden zijn op de factuur (E. DIRIX, “La force probante de la facture” in G.L. BALLON en E. DIRIX (eds.), *La facture et autres documents équivalents*, Mechelen, Kluwer, 2012, 122, nr. 221). Wanneer de factuur geen enkel detail geeft van de rubrieken die ze bevat, is de schuldvordering die in deze factuur werd opgenomen in principe betwistbaar voor het volledige bedrag (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 74, nr. 3.2.1). De factuur kan immers slechts een titel uitmaken tegen de medecontractant op voorwaarde dat zij laatstgenoemde toelaat de aard en de omvang van de gefactureerde prestaties of leveringen te begrijpen (Brussel 27 september 2005, *JT* 2006, 94).

2) Instemming met de inhoud

915 De enkele (zelfs tijdige) toezending aan en ontvangst door de bestemming, noch de kennisname van de factuur door de bestemming volstaan evenwel opdat de factuur de bijzondere bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. zou genieten. De bestemming moet bovendien instemmen met de inhoud van de factuur (Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Vred. Zelzate 18 mei 1995, *AJT* 1994-95, 577, noot G.L. BALLON; Vred. Oostrozebeke 2 juni 1998, *RW* 2001-02, 1495). De instemming met de factuur is de uiting van het akkoord van de bestemming met betrekking tot de uitgedrukte schuldvordering in geld in uitvoering van het voorafbestaande contract, zoals het bestaan en de modaliteiten van dit contract zoals blijkt uit de vermeldingen op de factuur (Bergen 15 januari 1989, *JLMB* 2010, 1311). Behoudens andersluidende overeenkomst, impliceert dit meteen de aanvaarding door de bestemming van de levering van de goederen of van de prestaties waarop de factuur betrekking heeft, zodat hij zich niet meer kan beklagen over zichtbare gebreken (Kh. Hasselt 10 januari 2001, *RW* 2002-03, 869; Kh. Ieper 15 januari 2001, *RW* 2002-03, 349; Kh. Hasselt 25 januari 2006, *RW* 2008-09, 1662 en *RABG* 2007, noot B. VAN BAEVEGHEM).

916 Het akkoord van de bestemming met de inhoud van de factuur kan uitdrukkelijk of stilzwijgend (impliciet) worden verleend (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 164, nr. 328).

a) Uitdrukkelijke aanvaarding

917 De aanvaarding is uitdrukkelijk wanneer de factuur door de bestemming voor akkoord wordt ondertekend,

alsook wanneer door de bestemming wordt medege-
deeld dat ze goed werd ontvangen en werd nagekeken
(F. DESCHOOLEMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 55, nr. 56; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 15, nr. 18; B. SAMYN, *Privaat-rechtelijk bewijs*, 324, nr. 410).

b) Impliciete aanvaarding

918 Impliciete aanvaarding van de factuur doet zich het meest voor en kan volgen uit allerhande gedragingen van de bestemming, zoals bijvoorbeeld:

- de volledige en onvoorwaardelijke betaling (Brussel 17 februari 2005, *JT* 2006, 30; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Kh. Brussel 11 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 250, noot H. HUYBRECHTS; Rb. Brugge 15 januari 2001, *RW* 2003-04, 591; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 66, nr. 117), maar dan wel enkel van de facturen waarop de betaling betrekking heeft (Gent 6 november 2001, *AJT* 2001-02, 927);
- een gedeeltelijke betaling zonder enig voorbehoud, dit althans wanneer het bedrag niet overeenkomt met welbepaalde onderdelen van de factuur: vandaar dat het van belang is om bij een gedeeltelijke betaling gebaseerd op een gedeeltelijk protest van de factuur, de redenen van dit protest tijdig kenbaar te maken (Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 5 november 2008, *T.Vred.* 1010, 17; Kh. Hasselt 25 januari 2006, *RW* 2008-09, 1662 en *RABG* 2007, noot B. VAN BAEVEGHEM; zo geldt de betaling van de hoofdsom van de factuur na voorafgaand protest niet als aanvaarding (Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *RW* 2011-12, 1227);
- het feit dat een (zelfs niet-gedekte) cheque voor het factuurbedrag werd getrokken (Antwerpen 10 mei 1999, *Limb.Rechtsl.* 1999, 166);
- het gebruik van de factuur voor de btw-aangifte (Rb. Turnhout 12 september 1989, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 91);
- het bezit van en het beschikken over de gefactureerde koopwaar (inontvangstneming zonder voorbehoud of klachten, verwerking of doorverkoop) (F. DESCHOOLEMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 55, nr. 56);
- het aannemen van een creditnota;
- ...

919 Impliciete aanvaarding van de factuur kan ook worden afgeleid uit de afwezigheid van protest binnen een korte termijn na de ontvangst van de factuur (Antwerpen 18 januari 1994, *Limb.Rechtsl.* 1994, 17; Luik 7 februari 1997, *Rev.prat.soc.* 1998, 199, noot; Antwerpen 29 april 1997, *TRV* 1998, 441, noot P. VAN ROMPAEY; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Brussel 17 februari 2005, *JT* 2006, 30; Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; Gent 16 september 2009, *NJW* 2010, 840, C. LEBON; Kh. Tongeren 9 september 1976, *BRH* 1978, 70; Kh. Luik 3 juni 1982, *JT* 1982, 802, noot JEUNEHOMME; Kh. Brussel 14 juni 1991, *T.Aann.* 1995, 80; Kh. Brussel 10 mei 1993, *DAOR* 1994, 101; Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; Kh. Hasselt 28 mei 1996, *RW* 1998-99, 1468; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Brus-

sel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; Kh. Kortrijk 23 juni 2003, *TGR-TWVR* 2004, 286, noot; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Zelzate 27 december 2007, *Huur* 2009, 183; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *RW* 2011-12, 1227; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 175, nr. 344; E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 11; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 175, nr. 198; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 77, nr. 3.2.2.2; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 131-132, nr. 241; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 67, nr. 117).

Er is dan sprake van een omstandig stilzwijgen, zijnde een stilzwijgen dat gelet op de gegeven omstandigheden de betekenis van instemming krijgt (Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; vgl. Gent 16 september 2009, *NJW* 2010, 840, noot C. LEBON waarin wordt geoordeeld dat van omstandig stilzwijgen slechts sprake is wanneer het stilzwijgen van de handelaar gelet op de omstandigheden van de zaak redelijkerwijze niet anders kan uitgelegd worden dan als een instemming met de factuur). Op handelaars rust immers een principiële protestverplichting, dit wil zeggen dat zij er in de regel toe gehouden zijn binnen een korte tijd te reageren op elke tot hen gerichte bevestiging die te hunnen laste verbintenissen impliceert waarmee zij niet akkoord gaan (Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815, noot; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. Tison; Antwerpen 2 januari 2003, *T.Aann.* 2003, 120; Antwerpen 16 januari 2003, *NJW* 2003, 706, noot H. DE WULF en *JDSC* 2005, 3, noot M. COIPEL; Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Antwerpen 29 juni 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, 25, noot; Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 788, noot A. VANDERHAEGHEN; Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; Kh. Brussel 16 augustus 2005, *RW* 2007-08, 1460; Kh. Gent 27 september 2007, *RW* 2010-11, 1743; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *RW* 2011-12, 1227; anders in de zin van geen algemene protestverplichting: Luik 21 december 2001, *JT* 2002, 564; Gent 22 september 2010, *RW* 2011-12, 232; Vred. Torhout 22 mei 2007, *RW* 2010-11, 293, noot; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360; Pol. Mechelen 10 augustus 2012, *RW* 2012-13, 871; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 77, nr. 3.2.2.2, met dien verstande dat deze auteur erkent dat de regel wel geldt voor de factuur die door een handelaar wordt ontvangen; zie ook: B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 217, nr. 215). Deze verplichting steunt op redenen van vlot en efficiënt rechtsverkeer, waardoor erop vertrouwd moet kunnen worden dat een handelaar die niet instemt met een document dat tot hem wordt gericht, zulks binnen korte tijd ter kennis brengt (Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815; Antwerpen 2 januari 2003, *T.Aann.* 2003, 120; Kh. Brussel 10 mei 1993, *DAOR* 1994, 101; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; vgl. Kh. Kortrijk 20 april

1995, *AJT* 1994-95, 575 waarin de regel wordt uitgelegd vanuit het principe van de vrije bewijsvoering in handelszaken; zie ook G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 77-78, nr. 3.2.2.2 die in dit verband meer de nadruk legt op de fiscale en strafrechtelijke gevolgen van het uitschrijven van een factuur, alsook op de bewijsgeschiktheid van de bestemming en op het principe van de goede trouw). Zij geldt overigens niet enkel bij ontvangst van documenten (zoals bv. een factuur die geen getrouwe weergave is van de overeenkomst tussen de partijen), maar ook bij alle andere gebeurtenissen binnen het kader van de uitvoering van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld de levering van goederen of diensten waarvan de handelaar vindt dat ze niet conform of gebrekking zijn (Kh. Brussel 20 februari 1975, *BRH* 1975, 349; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 169, nr. 52). De verplichting tot protesteren geldt bovendien in alle gevallen ongeacht het gedeelte van de factuur dat het voorwerp van de betwisting uitmaakt (aard of hoeveelheid van de goederen, prijs, datum...).

Een mooie illustratie van de verstrekkende gevolgen die het gebrek aan tijdig protest kan hebben, vormt het arrest van 10 maart 2008 van het hof van beroep te Gent (*DAOR* 2008, 221, noot F. PARREIN en *JDSC* 2009, 152, noot M. ERNOTTE). Een naamloze vennootschap in wiens statuten een tweedehandtekeningenclausule is opgenomen, is als lastgever tegenover de tegenpartij niet gehouden, wanneer haar bestuurder deze clausule miskende bij de totstandkoming van een overeenkomst. Omdat de factuur van deze tegenpartij met betrekking tot de litigieuze rechtshandeling evenwel laattijdig werd geprotesteerd, werd aangenomen dat de aanspraak die in de factuur is vervat, een getrouwe weergave is van de werkelijkheid, dat de niet-geprotesteerde factuur tegen de klant-handelaar een volledig bewijs oplevert van de overeenkomst, zoals op de factuur vermeld en dat het gebrek aan tijdig protest van deze factuur meteen een stilzwijgende bekrachtiging impliceert van hetgeen de lasthebber buiten de grenzen van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft gedaan.

920 Zoals de hierboven bedoelde gedragingen van de bestemming, vormt ook het gebrek aan tijdig protest in principe een feitelijk vermoeden van aanvaarding van de factuur dat kan worden weerlegd (vgl. Cass. 22 september 2006, *RW* 2008-09, 1661, noot; zie verder Antwerpen 16 januari 2003, *NJW* 2003, 706, noot H. DE WULF en *JDSC* 2005, 3, noot M. COIPEL; Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Kh. Luik 29 januari 1982, *JL* 1982, 304; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE; Kh. Gent 27 september 2007, *RW* 2010-11, 1743; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *RW* 2011-12, 1227). Als feitelijk vermoeden impliceert het laattijdig protest derhalve een omkering van de bewijslast wat de aanvaarding van de factuur betreft (Antwerpen 26 januari 1998, *AJT* 1998-99, 241, noot D. BLOMMAERT; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 169-170, nr. 52). Slechts uitzonderlijk zal de afwezigheid van protest niet gelden als feitelijk vermoeden. De bestemming van de factuur kan met alle middelen van recht bewijzen dat zijn stilzwijgen *in concreto* niet kan worden geïnterpreteerd als een aanvaarding ervan (Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 788, noot A. VANDERHAEGHEN), bijvoorbeeld omdat er geen onderliggende overeenkomst bestaat tussen hem en

de opsteller van de factuur (Luik 18 december 2001, *TBH* 2002, 635; Luik 21 december 2001, *JT* 2002, 564; Luik 30 januari 2006, *TBH* 2007, 278), omdat hij ziek was (Kh. Antwerpen 3 mei 1919, *RHA* 1919, I, 258), omdat hij geen handelaar is (Kh. Sint-Niklaas 2 december 1958, *RW* 1969-60, 994, noot J. RONSE) enz.

Zo ook werd geoordeeld dat tussen handelaars het uitblijven van een protest op korte termijn door de schuldenaar aan wie de facturen geadresseerd zijn, geen vermoeden van acceptatie inhoudt als in de praktijk van de partijen blijkt dat, eerder dan factuur per factuur te betwisten, de partijen onderling hun rekeningen vereffend hebben per periode en op die wijze het eventueel verschuldigde saldo van de ene aan de andere partij geregulariseerd hebben (Luik 17 maart 2008, *JLMB* 2009, 372).

Op de (afwezigheid van) stilzwijgende aanvaarding van de factuurvoorwaarden wordt verder onder de nummers 934 e.v. meer gedetailleerd ingegaan.

c) Protest

921 Opdat het feitelijk vermoeden van aanvaarding van de factuur door de reactie van de bestemming zou worden belet, moet sprake zijn van een daadwerkelijk, tijdig en gegrond protest (Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 5 november 2008, *T.Vred.* 1010, 17). Voor het overige is het protest aan geen specifieke vormvereiste onderworpen. De bewijslast rust op de bestemming (Kh. Hasselt 2 februari 1994, *Limb.Rechtsl.* 1994, 45, noot VANDEURZEN). Het bewijs kan worden geleverd met alle middelen van recht (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 78, nr. 3.2.2.2 en 83, nr. 3.2.2.5; E. DIRIX, *La force probante de la facture in G.L. BALLON en E. DIRIX (eds.), La facture et autres documents équivalents*, Mechelen, Kluwer, 2012, 132, nr. 236).

1. Daadwerkelijk protest

922 Het protest is de ondubbelzinnig uitgedrukte en duidelijk gemotiveerde afwijzing van de volledige aanspraakbevestiging die neergelegd is in de factuur of van een gedeelte daarvan (H. DE WULF, "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht en handelspraktijken (1998-2002)", *TPR* 2005, 149, nr. 64; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 82, nr. 3.2.2.5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 325, nr. 411). Het protest heeft alleen gevolg wanneer het precies en duidelijk is. De geadresseerde van de factuur moet zijn bezwaren nauwkeurig omschrijven, zodat de schuldeiser in de mogelijkheid is daaromtrent standpunt in te nemen (Antwerpen 22 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 116; Vred. Oudenaarde 5 november 2008, *T.Vred.* 1010, 17). Een niet-gemotiveerd protest staat gelijk met het ontbreken van enig protest (Kh. Hasselt 12 juli 2006, *TBH* 2007, 297). Om in aanmerking te komen, moet het protest concreet (Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979), precies (Antwerpen 2 april 2001, *T.Aann.* 2002, 313; Kh. Hasselt

12 juli 2006, *TBH* 2007, 297; Kh. Hasselt 4 oktober 1999, *AJT* 2001-02, 475) en niet dubbelzinnig (Vred. Oudenaarde 5 november 2008, *T.Vred.* 2010, 17) zijn.

Voldoet niet aan de vereiste van een concreet protest, het protest dat *in abstracto* is geredigeerd in een vooraf geschreven standaardformulier dat geen enkele verwijzing inhoudt naar de betrokken factuur. Dergelijk protest stelt de afzender van de factuur immers niet in staat de juistheid van het protest te onderzoeken en/of de aanspraak te preciseren (Antwerpen 22 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 116; Kh. Leuven 5 april 1994, *RW* 1994-95, 858).

Ook een algemeen en vaag protest komt niet in aanmerking (Vred. Izegem 10 oktober 2007, *TGR* 2008, 102; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 176, nr. 345).

Aangenomen wordt evenwel dat de eenvoudige weigering van de factuur of haar terugzending door de bestemming als een algemeen protest geldt dat betrekking heeft op het bestaan zelf van de overeenkomst en dat alle vermeldingen van de factuur tot voorwerp heeft, inbegrepen de algemene voorwaarden zoals bijvoorbeeld een bevoegdheidsbeding (Gent 25 juni 2007, *RW* 2010-11, 322; Kh. Brugge 27 april 1976, *RW* 1976-77, 625; Kh. Hasselt 23 oktober 1996, *RW* 1997-98, 650; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 325, nr. 411). De vraag kan nochtans worden gesteld of hier eigenlijk wel voldaan is aan de vereiste van motivering.

Wanneer het protest geen betrekking heeft op het bestaan van de overeenkomst, moet de bestemming zijn protest specificeren. Dat specifiek protest tegen een welbepaalde vermelding zal dan wel tot gevolg hebben dat het stilzwijgen omtrent de andere vermeldingen als een aanvaarding daarvan zal beschouwd worden. Zo impliceert een protest met betrekking tot de uitvoering van de gefactureerde werken geen protest tegen het bevoegdheidsbeding.

Aangezien de gehele of gedeeltelijke niet-betaling van de factuur niet noodzakelijkerwijze kan worden opgevat als een betwisting van het bestaan van de overeenkomst of van haar modaliteiten, kan deze handelwijze in beginsel niet als een impliciet protest van de factuur worden opgevat. Het niet-betalen van de factuur kan immers ook worden verklaard door het zichzelf door de schuldenaar toekennen van betalingsfaciliteiten, insolventie van de schuldenaar en dergelijke meer (Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936). Een gedeeltelijke betaling van het gefactureerde bedrag zonder dat nadere bezwaren omtrent de factuur worden geuit, is dus geen protest (Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 5 november 2008, *T.Vred.* 1010, 17).

De vraag om verantwoording die de bestemming van de factuur aan de opsteller ervan stelt, staat niet gelijk aan een protest, doch houdt onder omstandigheden enkel de melding in dat de bestemming zijn beslissing omtrent de aanvaarding afhankelijk stelt van de gevraagde verantwoording. Op de bestemming rust de verplichting, na ontvangst van de verantwoording, stelling te nemen. Zijn stilzwijgen op dat ogenblik geldt als vermoeden van aanvaarding (Antwerpen 2 april 2001, *T.Aann.* 2002, 313; Antwerpen 10 oktober 2002, *TBH* 2003, 401).

Ook het aanvragen van een gedetailleerde factuur komt niet als protest in aanmerking (Antwerpen 2 december 1996, *AJT* 1997-98, 69, noot R. PASCARIELLO). Maar, de briefwisseling waarin een handelaar zijn medecontractant onmiddellijk verzoekt hem de rechtvaardiging te verstrekken van een op algemene wijze gefactureerde prestatie waarvan het bedrag niet op een andere wijze werd gedetailleerd, werd als protest aanvaard (Brussel 27 september 2005, *JT* 2006, 94). Werd tevens als protest aanvaard, de vraag om toezending van een correcte factuur met aanduiding van de punten waarmee de bestemming niet akkoord gaat (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 82, nr. 3.2.2.5). Het protest van de schuldenaar om reden dat hij de gefactureerde bedragen niet kan controleren omdat hij niet in het bezit is van de betrokken overeenkomst(en), werd dan weer onvoldoende geacht (Kh. Brussel 17 oktober 2007, *JLMB* 2008, 1802).

Wanneer de bestemming kort na de ontvangst van de factuur laat overgaan tot dagvaarding in kort geding tot aanstelling van een deskundige belast met de beoordeling van de gefactureerde prestaties, impliceert dit een protest tegen de factuur (Antwerpen 18 oktober 1993, *Limb.Rechtsl.* 1994, 121).

Ook de weigering of het terugsturen van de gefactureerde koopwaar geldt niet als een impliciet protest, aangezien die handelingen niet noodzakelijk een betwisting impliceren van het bestaan van de overeenkomst of van haar modaliteiten (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 176, nr. 345).

2. Tijdig protest

923 De factuur moet door de bestemming tijdig worden geprotesteerd, dit wil zeggen binnen een korte termijn na de ontvangst daarvan. Die vereiste wordt gesteld om reden van de efficiëntie en de zekerheid in het rechtsverkeer (Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 325, nr. 411). Ze geldt zelfs ten aanzien van een vroegtijdig toegezonden factuur (Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575).

De omstandigheid dat de factuur met enige vertraging werd opgesteld en opgestuurd, zelfs indien het een fiscaal onregelmatige factuur betreft die niet voldoet aan bepaalde wettelijke voorschriften, ontslaat de bestemming niet van de verplichting om deze factuur tijdig te protesteren indien hij met de inhoud ervan niet akkoord gaat (Gent 15 februari 1996, *AJT* 1996-97, 206, noot C. VAEREWIJCK; Gent 16 oktober 2002, *NJW* 2004, 202, noot M.T.). Wel zou het protest tegen een dergelijke factuur minder vlug moeten worden geformuleerd (Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534).

924 De termijn waarbinnen moet worden geprotesteerd, loopt vanaf de datum van ontvangst van de factuur door de bestemming, dus niet vanaf de datum waarop de factuur werd uitgeschreven of verzonden (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 179, nr. 346). Degene die zich beroept op de stilzwijgende aanvaarding van de factuur draagt de bewijslast daarvan (Cass. 8 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 226; Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK; Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Gent 25 oktober 2001, *TBH* 2002, 632; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE). Ook dit bewijs mag worden geleverd met alle middelen van recht, feitelijke vermoedens inbegrepen, zoals bijvoorbeeld de inhoud van het verkoopjournaal of een ingebrekestelling die niet werd geprotesteerd (Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 126, noot B. PONET). Zonder de wettelijke regels inzake de subjectieve bewijslast te schenden, kan de rechter zijn beslissing dat de facturen werden ontvangen rond de factuurdatum niet steunen op de enkele grond dat geen bewijs voorligt dat de facturen niet op die datum zouden verzonden zijn aan de koper (Cass. 6 november 2003, *RABG* 2004, 713, noot J. BAECK).

925 Het protest van de factuur moet binnen korte termijn gebeuren (Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815, noot; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUUDE), dit wil zeggen binnen de tijd die redelijkerwijze nodig is om kennis te nemen van de factuur en een controle uit te oefenen op de vermeldingen ervan, evenals op de leveringen waarop ze betrekking heeft (Gent 13 februari

2008, *TBBR* 2010, 142). Die termijn moet door de rechter beoordeeld worden in acht genomen de termijn die redelijkerwijs nodig is gelet op de aard van de overeenkomst en de complexiteit van de gegevens van de factuur (Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815, noot; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Kh. Antwerpen 22 november 1991, *Eur.Vervoerr.* 1993, 202; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Hasselt 4 oktober 1999, *AJT* 2001-02, 475; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; Kh. Gent 27 september 2007, *TGR* 2009, 184; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUDDÉ; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Westerlo 18 januari 2002, *RW* 2004-05, 797; G.L. BALLON, “Over het protesteren van de factuur” (noot onder Vred. Zelzate 18 mei 1995), *AJT* 1994-95, 578).

Zo moet de geadresseerde van de factuur zijn bezwaren onverwijld kenbaar maken wanneer uit het enkele overzicht afwijkingen met wat werd overeengekomen, kunnen worden vastgesteld (Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815, noot; Kh. Brussel 14 juni 1991, *T.Aann.* 1995, 80). Er is des te meer reden om de factuur binnen een uiterst korte termijn te protesteren wanneer het bestaan van het contract zelf betwist wordt. De onechtheid van het feit van het bestaan van het contract dat door de factuur vooropgesteld wordt, is op zichzelf immers duidelijk en vergt normaliter geen onderzoek van noemenswaardige duur (Gent 22 oktober 1999, *AJT* 2001-02, 457).

Bij aannemingsovereenkomsten vergt de controle van de rekeningen daarentegen meer tijd zodat de termijn waarbinnen de facturen moeten worden geprotesteerd langer zullen zijn.

Voorbeelden van laattijdig protest zijn:

- een protest dat geschiedt één maand na het factureren (Kh. Antwerpen 22 november 1991, *Eur.Vervoerr.* 1993, 202);
- een protest geformuleerd vijf maanden na de ontvangst van de factuur (Kh. Brussel 10 mei 1993, *DAOR* 1994, 101);
- een protest geformuleerd meer dan veertien maanden na de verzending van de factuur (Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE);
- een protest na de dagvaarding (Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940).

3. Gegrond protest

926 Het protest moet niet alleen daadwerkelijk en tijdig geformuleerd, doch ook gegrond zijn. Het daadwerkelijk en tijdig protest ontnemt de factuur elke bewijskracht (Antwerpen 3 februari 1998, *AJT* 1998-99, 723; Antwerpen 20 april 2004, *NJW* 2004, 880, noot E. BREWAEYS; Vred. Zelzate 18 mei 1995, *AJT* 1994-95, 577, noot G.L. BALLON; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 84, nr. 3.2.2.5). De bewijslast van de ongegrondheid van het protest en derhalve van de transactie waarop de factuur betrekking heeft, rust op de auteur van de factuur. Het daadwerkelijk en tijdig protest verschuift derhalve de bewijslast van de bestemming van de factuur naar de verzender ervan (Antwerpen 20 april 2004, *NJW* 2004, 880, noot E. BREWAEYS; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 176, nr. 199; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 84, nr. 3.2.2.5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 326, nr. 411).

927 Omwille van de algemene protestverplichting die op handelaars rust moet de afzender van de factuur tijdig protesteren tegen het protest van de factuur door de bestemming daarvan. Weerlegt de afzender het protest niet (tijdig), dan wordt hij geacht dit te aanvaarden (Vred. Mol 14 mei 1996, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 60; Vred. Izegem 10 oktober 2007, *TGR* 2008, 102; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 23 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, 360; Vred. Oudenaarde 29 januari 2009, *TBH* 2010, 537), behoudens tegenbewijs (Kh. Leuven 5 april 1994, *RW* 1994-95, 858). Uit het niet-afhalen van de aangetekende protestbrieven kan worden afgeleid dat de afzender van de factuur de protesten heeft aanvaard (Antwerpen 28 mei 2003, *Limb.Rechtsl.* 2003, 260, noot X). Werd in een ander geval niet als protest aanvaard, de houding van de handelaar die, geconfronteerd met een onmiddellijke vraag tot opheldering van zijn klant omtrent een beknopt gefactureerde prestatie, deze klant verwijst naar de uitvoerder van de betwiste prestatie opdat deze laatste hem de vereiste rechtvaardiging zou kunnen verstrekken (Brussel 27 september 2005, *JT* 2006, 94).

928 Wanneer de auteur van de factuur erin slaagt te bewijzen dat het protest van de bestemming ongegrond is, zal de factuur als aanvaard worden beschouwd, omdat de bestemming in die omstandigheden de verplichting had ze te aanvaarden (Kh. Brussel 7 september 1992, *DAOR* 1993, 81, noot). Het stilzwijgen van de bestemming van de factuur na het tegenspreken van het protest tegen de factuur geldt als een vermoeden van aanvaarding van de factuur (Antwerpen 22 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 116).

4. Geen vormvereisten

929 Het protest is vormvrij. Het kan uitdrukkelijk gebeuren of stilzwijgend en voortvloeien uit handelingen die niet anders dan als een protest kunnen geïnterpreteerd worden, bijvoorbeeld uit de weigering van de factuur of het terugsturen daarvan. Het mag zelfs mondeling worden gedaan, voor zover het kan worden bewezen (Voorz. Kh. Oudenaarde 1 september 2009, *RW* 2010-11, 29; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 175, nr. 198), met dien verstande dat een mondeling protest door de commerciële gebruiken in een bepaalde regio of economische sector soms uitgesloten wordt. Het kan ten slotte zowel een algemene als een specifieke draagwijdte hebben.

930 De algemene voorwaarden schrijven dikwijls regels voor met betrekking tot de vorm van het protest en de termijn waarbinnen het moet worden geformuleerd. De toepassing van die regels veronderstelt evenwel het voorafgaand bewijs van de aanvaarding van de desbetreffende bedingen (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 177, nr. 345).

5. De bewijslast

931 Aan de bestemming van de factuur komt het toe het bewijs te leveren van de verzending van de protestbrief (Kh. Hasselt 2 februari 1994, *Limb.Rechtsl.* 1994, 45, noot A. VANDEURZEN) en van het tijdstip van het protest (Antwerpen 20 april 2004, *NJW* 2004, 880, noot E. BREWAEYS). Ook het bewijs van dit feit mag worden geleverd met alle middelen van recht. Niettemin is het aangegeven hier gebruik te maken van een aangetekende brief (Antwerpen 20 april 2004, *NJW* 2004, 880, noot E. BREWAEYS). Wanneer een protest tegen een factuur niet gedateerd is, kan niet worden aangenomen dat het tijdig werd geuit (Kh. Hasselt 12 juli 2006, *TBH* 2007, 297).

D. DE BEWIJSKRACHT

1. Een wettelijk vermoeden

932 Artikel 25, tweede lid W.Kh. bevat een wettelijk vermoeden, meer bepaald dat de inhoud van de aanvaarde factuur overeenstemt met de onderliggende en voorafgaande verkoopovereenkomst. De aanvaarde factuur wordt derhalve geacht de getrouwe weergave te zijn van de overeenkomst tussen de partijen. Zij vormt dus het bewijs van het bestaan en van de inhoud van die overeenkomst, zoals die blijkt uit de vermeldingen van de factuur (Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 788, noot A. VANDERHAEGHEN; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; Gent 8 mei 2002, *TBH* 2003, 239, noot; Antwerpen 16 januari 2003, *NJW* 2003, 706, noot H. DE WULF en *JDSC* 2005, 3, noot M. COIPEL; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; Kh. Brussel 11 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 250, noot H. HUYBRECHTS; Kh. Kortrijk 23 juni 2003, *TGR-TWVR* 2004, 286, noot; Kh. Gent 27 september 2007, *RW* 2010-11, 1743; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Vred. Westerlo 18 januari 2002, *DAOR* 2002, 135; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 13, nr. 17; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 78, nr. 3.2.2.2; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 67, nr. 119; anders in de zin van een feitelijk vermoeden: L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, Gent, Fecheyr, 1950, I, 285, nr. 156).

Hieruit blijkt dat een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het bewijs dat voortvloeit uit de aanvaarding van de factuur en anderzijds het bewijs van de aanvaarding (Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; Vred. Turnhout 18 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 399, noot E. Beysen). Er is sprake van een dubbel vermoeden: enerzijds een feitelijk vermoeden van aanvaarding van de factuur ingevolge het omstandig stilzwijgen van de bestemming en anderzijds een wettelijk vermoeden dat de factuur de getrouwe weergave is van de verkoopovereen-

komst (Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 788, noot A. VANDERHAEGHEN; Vred. Turnhout 18 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 399, noot E. BEYSEN).

2. *Bewijs van het bestaan van de verkoopovereenkomst en van zijn essentiële bestanddelen*

933 De aanvaarde factuur bewijst op grond van dat wettelijk vermoeden het bestaan van de handelskoop en van zijn essentiële bestanddelen (Luik 30 januari 2006, *TBH* 2007, 278; Luik 17 september 2007, *TBH* 2008, 806; Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 132, nr. 242; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 103; D. MOUGENOT, *La preuve*, 270, nr. 211). De aanvaarde factuur wordt dus geacht de getrouwe weergave te zijn van de verkoopovereenkomst die tussen de partijen tot stand gekomen is en levert het bewijs van het bestaan en van het voorwerp van die overeenkomst, zoals die blijken uit de bepalingen van de factuur (beschrijving van de koopwaar of van de prestaties, de prijs en de identiteit van de partijen) (Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940).

De werkelijke klant kan met de factuur evenwel niet bewijzen dat hij de verrichting niet heeft gedaan om de enkele reden dat de leverancier zijn factuur heeft gericht aan een persoon die niet zijn werkelijke klant is (Brussel 14 januari 1998, *JLMB* 1999, 490). De factuur, gericht aan een derde en door deze laatste aanvaard, levert normalerwijze geen bevrijding op van de oorspronkelijke schuldenaar (Gent 16 februari 2009, *TGR-TWVR* 2009, 178).

3. *Bewijs van de factuurvoorwaarden*

934 De vraag rijst of de aanvaarding van de factuur op grond van het wettelijk vermoeden ook bewijst dat de algemene factuurvoorwaarden deel uitmaken van de verkoopovereenkomst. Het antwoord op die vraag is complex en heeft aanleiding gegeven tot een uitvoerige rechtsleer en rechtspraak (zie o.m. E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 184, nr. 361 e.v.; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 103 e.v.; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 102 e.v.; T. GOETHALS, “Factuurvoorwaarden” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 75-118).

935 Als regel wordt aangenomen dat de aanvaarde factuur in principe geldt als bewijs voor alle vermeldingen van de factuur, inbegrepen de daarop voorkomende algemene voorwaarden (Cass. 29 april 2004, *RW* 2006-07, 870; Antwerpen 17 september 1991, *RW* 1991-92, 957, noot A. CARETTE; Antwerpen 18 januari 1994, *Limb.Rechtsl.* 1994, 17; Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815, noot; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; Brussel 25 februari 2003, *TBH* 2004, 563, noot K. LAVEYT; Brussel 17 februari

2005, *JT* 2006, 30; Gent 1 maart 2007, *T.Aann.* 2010, 202, noot R. SIMAR; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Antwerpen 17 november 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 108, noot I. SAMOY; Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; Gent 18 maart 2009, *DAOR* 2009, 381, noot S. DUGARDYN; Gent 26 april 2010, *TGR-TWVR*, 342; Kh. Luik 27 oktober 1994, *TBH* 1995, 906; Kh. Turnhout 4 mei 1995, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 153; Kh. Hasselt 21 november 2000, *RW* 2001-02, 534; Kh. Brussel 16 augustus 2005, *RW* 2007-08, 1460; Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295; Kh. Brussel 28 december 2007, *RABG* 2008, 979, noot S. CNUDE; Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947; A. CLABOTS, "Artikel 25 W.Kh." in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 19, nr. 24; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 171, nr. 55; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 87, nr. 3.2.3; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 132, nr. 242; K. TROCH, "Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)", *DAOR* 2001, 102; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 331, nr. 421), dit in principe ongeacht de wijze waarop en de plaatsen waar die voorwaarden werden vermeld en dus zelfs wanneer de voorwaarden voorkomen op de achterzijde zonder enige verwijzing op de voorzijde (Brussel 2 februari 1977, *JT* 1977, 477; Brussel 17 februari 2005, *JT* 2006, 30; Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; Gent 26 april 2010, *RW* 2011-12, 1914; Kh. Turnhout 30 juni 2004, *TBBR* 2007, 573; Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947; anders: Kh. Luik 27 oktober 1994, *TBH* 1995, 906; D. MOUGENOT, *La preuve*, 271, nr. 211 en 289, nr. 244).

936 Dat laatste is zeker het geval wanneer de factuurvoorwaarden ook reeds voorkwamen in de vooraf bestaande overeenkomst (E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 14). Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de factuurvoorwaarden overeenstemmen met deze vermeld op de bestelbon of wanneer de verkoopakte uitdrukkelijk melding maakt van deze voorwaarden. Hetzelfde kan het geval zijn wanneer tussen de partijen regelmatige handelsbetrekkingen hebben bestaan (Gent 27 maart 1958, *RW* 1959-60, 455; Antwerpen 30 april 1975, *RW* 1975-76, 1510; Rb. Neufchâteau 11 februari 1981, *JT* 1981, 384).

Maar, ten aanzien van voorwaarden die voor het eerst voorkomen op facturen, is de toestand minder duidelijk. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij raamcontracten inzake distributie waarvan de uitvoering zich realiseert door middel van opeenvolgende verkoopcontracten waarvoor telkens opnieuw facturen worden uitgeschreven.

Soms wordt de bijzondere bewijskracht van artikel 25, tweede lid W.Kh. geweigerd aan de aanvaarde factuur wat de algemene voorwaarden betreft die voor het eerst opduiken op de factuur (Luik 29 februari 1960, *Pas.* 1961, II, 3; Gent 23 oktober 1978, *RW* 1978-79, 2430; Antwerpen 17 mei 1995, *TBH* 1996, 980; Bergen 17 september 1996, *JT* 1997, 183; Brussel 23 november 2001, *DAOR* 2002, 244; Brussel 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot Y.

NINANE; Kh. Verviers 17 juni 1974, *JL* 1974-75, 16; Kh. Dendermonde 27 december 1994, *DAOR* 1995, 95; Kh. Brussel 16 januari 2004, *RW* 2005-06, 872; Rb. Hoei 3 juni 1969, *BRH* 1969, 728; Kh. Gent 13 februari 1989, *TBH* 1989, 178; Kh. Gent 4 maart 2004, *TGR* 2004, 382; Vred. Gent 10 januari 2000, *AJT* 2001-02, 527; Kh. Brussel 16 augustus 2005, *RW* 2007-08, 1460). Meerdere argumenten worden aangevoerd.

Er wordt vooreerst op gewezen dat de factuur de bevestiging is door een van de contractpartijen van een voorafbestaande overeenkomst. Ten aanzien van algemene voorwaarden die voor het eerst op de factuur voorkomen, kan (realistisch gezien) de factuur niet worden vermoed de overeenkomst getrouw weer te geven. De instemming met dergelijke voorwaarden moet worden aangetoond op een andere wijze dan door het louter stilzwijgen van de bestemming van de factuur. Zoniet geldt de aanvaarde factuur niet slechts als een bewijsmiddel met een bijzondere bewijskracht, doch bovendien als een zelfstandige bron van verbintenissen, met alle gevaren vandien (H. DE WULF, "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht en handelspraktijken 1998-2002", *TPR* 2005, 151, nrs. 68-69; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 68, nr. 120; J. VAN CAENEGEM, noot onder Kh. Sint-Niklaas 15 november 1955, *RW* 1955-56, 1885 e.v.). Dat geldt des te meer wanneer de afwijkende factuurvoorwaarden de verbintenissen van de bestemming verzwaren (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110).

Verder wordt geargumenteed dat kennis of mogelijke kennis van de algemene voorwaarden aan de contractsluiting moet voorafgaan. Ten aanzien van voorwaarden die voor het eerst opduiken in de factuur, zal de verzender kennis van en aanvaarding door de bestemming bij de contractsluiting anders dan door stilzwijgen van de bestemming van de factuur moeten aantonen (Luik 1 februari 1996, *JLMB* 1996, 1563; P.-A. FORIERS, "La formation des contrats commerciaux", *TBH* 1983, 115; D. MOUGENOT, *La preuve*, 270-271, nr. 211). Dat bewijs kan evenwel worden afgeleid uit de omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het onderhouden van een regelmatige handelsrelatie tussen de partijen onderworpen aan die algemene voorwaarden (Cass. 24 september 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 140; Brussel 9 mei 1990, *JLMB* 1990, 1490; Antwerpen 17 september 1991, *RW* 1991-92, 957, noot A. CARETTE; Luik 13 juni 2006, *JLMB* 2006, 1650; Brussel 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot Y. NINANE; Kh. Gent 26 april 1995, *TGR* 1995, 178; Kh. Hoei 10 januari 1996, *JLMB* 1996, 1047; Kh. Brussel 16 januari 2004, *RW* 2005-06, 872; Kh. Brussel 24 maart 2004, *TBBR* 2005, 359; *anders*: Brussel 23 november 2001, *DAOR* 2002, 244).

Anderen aanvaarden evenwel dat de algemene regel ook geldt ten aanzien van algemene voorwaarden die voor het eerst op de factuur opduiken (Brussel 2 februari 1977, *JT* 1977, 477; Gent 18 oktober 1978, *RW* 1979-80, 591; Luik 18 november 1993, *JLMB* 1994, 567; Gent 30 mei 1997, *AJT* 1997-98, 282, noot P. TAELEMAN; Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815; Brussel 25 februari 2003, *TBH* 2004, 563, noot K. LAVEYT; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; Gent 26 april 2010, *RW* 2011-12, 1914; Kh. Leuven 29 januari 2002, *DAOR* 2002, 142; Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295; Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947. Niets belet inderdaad dat de aanvaarding van de factuur wordt geïnterpreteerd als een bewijs van de erkenning *a posteriori* door de klant van zijn voorafgaande kennisneming en aanvaarding van de algemene voorwaarden. Dat is een noodzakelijk gevolg van de regel van artikel 25, tweede lid W.Kh. Bevestiging van dat standpunt is te vinden in de cassatierechtpraak (Cass. 29 april 2004, *RW* 2006-07, 870; vgl. Cass. 27 januari 2000,

Arr.Cass. 2000, 226; *Cass.* 7 januari 2005, *RW* 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN en *DAOR* 2006, 37-40, noot G.L. BALLON).

937 Op de regel dat de bijzondere bewijskracht van de aanvaarde factuur in principe geldt ten aanzien van de algemene factuurvoorwaarden, worden meerdere uitzonderingen gemaakt (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 88, nr. 3.2.3), die alle tot doel hebben al te strenge en vooral onbillijke oplossingen te vermijden. Terecht werd opgemerkt dat, veeleer dan met de bijzondere bewijskracht van de aanvaarde factuur, die uitzonderingen te maken hebben met de vaststelling dat in de gegeven omstandigheden het stilzwijgen van de bestemming niet kan worden geacht een aanvaarding van de factuurvoorwaarden te impliceren, zodat zij in werkelijkheid geen afbreuk doen aan de regel van artikel 25, tweede lid W.Kh. (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur in APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 189, nr. 366).

Een eerste uitzondering betreft het geval waarin de algemene factuurvoorwaarden afwijken van een vooraf bestaande duidelijke overeenkomst op een bepaald punt.

Doorgaans wordt verdedigd dat de vooraf bestaande duidelijke overeenkomst voorrang heeft, zodat de algemene factuurvoorwaarden de inhoud daarvan niet kunnen wijzigen (Luik 23 februari 1996, *JLMB* 1996, 1319, noot I.D.; Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199; Luik 12 maart 1998, *TBBR* 1999, 204; Antwerpen 17 november 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 108, noot I. SAMOY; Brussel 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot J. NINANE; Kh. Brussel 15 maart 1971, *BRH* 1971, 546; Kh. Hasselt 8 juli 1998, *TBH* 1998, 774; Kh. Kortrijk 15 februari 1999, *RW* 2001-02, 495; Kh. Hasselt 16 februari 2000, *Limb.Rechtsl.* 2000, 438; Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295; Kh. Brussel 10 november 2008, *RW* 2008-09, 548; K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 171, nr. 55; M.E. STORME, "Bewijs- en verbintenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging", *TBH* 1991, 463, nrs. 35-38; A. CARRETTE, noot onder Antwerpen 17 september 1991, *RW* 1991-92, 960; D. MOUGENOT, *La preuve*, 271, nr. 211 en 289, nr. 244).

Zo werd geoordeeld dat wanneer er een duidelijke schriftelijke overeenkomst tussen partijen voorligt, deze overeenkomst die door beide partijen is ondertekend, en zij alleen, het bewijs uitmaakt van wat partijen waren overeengekomen, dat er anders over oordelen de rechtszekerheid en zelfs het vlot handelsverkeer in het gedrang zou brengen, wat het omgekeerde is van wat de wetgever bedoelde met artikel 25, tweede lid W.Kh., dat het louter feit dat appelland niet tijdig zou hebben geprotesteerd, hieraan niets kan veranderen en dat artikel 25, tweede lid W.Kh. louter te maken heeft met de bewijsregels in handelszaken, niet met het ontstaan van (gewijzigde) verbintenissen als dusdanig (Antwerpen 14 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 183, noot).

Vandaar dat de aanvaarding hier in principe strenger moet worden beoordeeld en ook ten opzichte van de handelaar, bovenop zijn stilzwijgen, bijkomende omstandigheden vereist zijn om tot aanvaarding van de afwijkende vermeldingen te besluiten (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Kh.

Brussel 16 januari 2004, *RW* 2005-06, 872; Kh. Brussel 16 augustus 2005, *RW* 2007-08, 1460). In die zin moet ook in dergelijk geval sprake zijn van omstandig stilzwijgen (Gent 26 april 2010, *TGR-TWVR* 2010, 342; Brussel 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot J. NINANE). Uit de begeleidend omstandigheden moet ondubbelzinnig blijken dat een partij door haar stilzwijgen haar wil tot aanvaarding heeft geuit. De rechter is daarbij niet verplicht om een aanvaarding uit een omstandig stilzwijgen af te leiden. Hij moet dit *in concreto* beoordelen (Brussel 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83, noot Y. NINANE). Tegenbewijs door de bestemming is steeds mogelijk, dit door alle middelen van recht.

Omstandig stilzwijgen kan voorhanden zijn in geval van bestendige handelsrelaties tussen de partijen wanneer de bestemming niet onmiddellijk heeft geprotesteerd tegen de afwijkende voorwaarden vermeld op de facturen (Kh. Brussel 16 januari 2004, *RW* 2005-06, 872; Kh. Brussel 10 november 2008, *RW* 2009-10, 548; R. HOUBEN, “De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop” (noot onder Cass. 7 januari 2005), *RW* 2005-06, 1099). Hetzelfde geldt wanneer de leverancier de aandacht van de bestemming op de afwijkende voorwaarden heeft gevestigd (Kh. Brussel 16 augustus 2005, *RW* 2007-08, 1460), alsook wanneer de afwijkende factuurvoorwaarden minder streng zijn dan deze vermeld in de voorafbestaande overeenkomst (bv. een bevoegdheidsbeding in plaats van een arbitragebeding) (Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064).

Volgens het Hof van Cassatie neemt de niet-toepasselijkheid van artikel 25, tweede lid W.Kh. in het hier besproken geval van afwijkende factuurvoorwaarden niet weg dat de rechter uit de aanvaarding van de factuur een feitelijk vermoeden van akkoord met de algemene voorwaarden kan putten, zelfs indien die algemene voorwaarden afwijken van de vooraf bestaande overeenkomst (Cass. 27 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 226; Cass. 7 januari 2005, *RW* 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN en *DAOR* 2006, 37-40, noot G.L. BALLON; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 69, nr. 123). In dit geval geldt artikel 25, tweede lid W.Kh. evenwel niet. De aanvaarde factuur fungeert hier immers niet meer als *instrumentum*, doch wel als *negotium*. De aanvaarde factuur wordt hier geacht de uiting te zijn van het nieuw akkoord tussen de partijen over de gewijzigde overeenkomst.

Wat inzonderheid overeenkomsten met de consument betreft, geldt artikel 79 marktpraktijkenwet. Krachtens die wetsbepaling heeft de bestelbon voorrang op de algemene of bijzondere, andere of strijdige voorwaarden, die bijvoorbeeld zijn vermeld op een later toegezonden factuur (Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199).

Een tweede uitzondering betreft het geval waarin in de vooraf bestaande verkoopovereenkomst de algemene factuurvoorwaarden van de leverancier uitdrukkelijk werden uitgesloten (E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 190, nr. 368).

Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door aan de oorspronkelijke overeenkomst een bewijsclausule (de zogenaamde *no oral modification clause*) toe te voegen waarin gesteld wordt dat geen enkele wijziging of aanpassing van de overeenkomst kan gebeuren zonder dat dit schriftelijk is vastgelegd en door de partijen werd ondertekend. In dat geval blijven latere factuurvoorwaarden zonder gevolg (Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 69, nr. 123; *anders*:

Gent 18 maart 2009, *DAOR* 2009, 381, noot S. DUGARDYN, waarbij wordt geoordeeld dat deze clausule haar doel mist omdat de werking ervan teniet wordt gedaan door het gebrek aan protest tegen de factuur die afwijkende voorwaarden bevat). Hetzelfde kan zich voordoen wanneer de bestemming in zijn briefwisseling steeds heeft verwezen naar zijn eigen algemene voorwaarden en beide partijen aldus de algemene voorwaarden van de tegenpartij hebben uitgesloten (zie daarover o.m. Brussel 3 november 1994, *JT* 1995, 263; G.L. BALLON, “The Battle of Forms”, *DAOR* 2008, 111-113; G.L. BALLON, “Wederzijdse uitsluitingsbedingen in algemene contractvoorwaarden”, *RABG* 2008, 971-974).

Een derde uitzondering komt hierop neer dat aanvaarding van de factuurvoorwaarden wegens gebrek aan protest evenmin wordt aangenomen in geval van buitensporige of ongebruikelijke bedingen, zijnde bedingen die in de betrokken commerciële sector ongewoon zijn voor soortgelijke contracten en waarvan moet worden aangenomen dat de bestemming er niet van op de hoogte was (Gent 18 oktober 1978, *RW* 1979-80, 591; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 194, nr. 373; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 22, nr. 24; E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraktijk*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 14; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 68, nr. 120; D. MOUGENOT, *La preuve*, 289, nr. 244; anders in de zin van stilzwijgende aanvaarding ook van ongebruikelijke bedingen: Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 89, nr. 3.2.3; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 68, nr. 62).

Zo is bijvoorbeeld een arbitrageclausule een ongebruikelijk beding. De stilzwijgende aanvaarding daarvan kan niet zonder meer worden vermoed. Uit de stukken moet met zekerheid kunnen worden afgeleid dat de partijen ontegensprekelijk voor arbitrage hebben gekozen (Gent 1 december 2009, *TBH* 2010, 415; Rb. Brugge 15 januari 2001, *RW* 2003-04, 591; maar, het omgekeerde kan wel: Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064). Hetzelfde geldt voor overdreven exoneratiebedingen, bedingen houdende toekenning van rechtsmacht aan een vreemde rechter... (D. MOUGENOT, *La preuve*, 289, nr. 244). Als rechtsgrond van deze derde uitzondering wordt de partijbeslissing aangeduid. Artikel 25, tweede lid W.Kh. zou daarvan een toepassing zijn en bijgevolg onderworpen zijn aan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst (art. 1134 BW) en aan een marginale controle van de rechter (Kh. Bergen 11 juli 1978, *BRH* 1979, 100).

Een vierde uitzondering wordt gemaakt ingeval de algemene voorwaarden niet op de factuur zelf zijn vermeld, maar er louter wordt naar verwezen, bijvoorbeeld door de vermelding dat zij zijn gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*, of kunnen worden geraadpleegd op de griffie van een rechtbank, of nog, op vraag kunnen worden toegestuurd (Brussel 2 november 1972, *BRH* 1973, 445; Antwerpen 15 maart 2004, *NJW* 2005, 703, noot C. CAUFFMAN; Antwerpen 11 oktober 2004, *RHA* 2006, 47; Kh. Hasselt 8 juli 1998, *TBH* 1998, 774, noot K. TROCH; Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295; D. MOUGENOT, *La preuve*, 289, nr. 244; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken”, *DAOR* 2001, nr. 113; anders: Kh. Dendermonde 24 september 1992, *RW* 1992-93, 934).

De toestand is alleen anders wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de handelaar niettemin moet geacht worden kennis te hebben gehad van de algemene voorwaarden, bijvoorbeeld omdat het gaat om voorwaarden waarmee de bestemming vertrouwd is aangezien ze gewoonlijk worden gebruikt in zijn commerciële sector (Antwerpen 30 april 1975, *RW* 1975-76, 1510; Kh. Gent 12 oktober 1989, *TBH* 1991, 548; Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295), of nog, gelet op de duur van de handelsbetrekkingen tussen de partijen en het feit dat er telkens opnieuw naar de voorwaarden werd verwezen (Antwerpen 17 september 1991, *RW* 1991-92, 957, noot A. CARETTE; Luik 13 juni 2006, *JLMB* 2006, 1650). Ingeval de factuur geen enkele verwijzing naar algemene voorwaarden bevat, geldt artikel 25, tweede lid W.Kh. uiteraard niet.

Een vijfde uitzondering geldt wanneer de algemene voorwaarden naar vorm of inhoud misleidend of onbegrijpelijk zijn.

Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de grafische voorstelling van de algemene voorwaarden zodanig is dat ze aan de aandacht van een normaal oplettend mens konden ontgaan omwille van hun abnormale plaats of de aanwending van moeilijk leesbare lettertekens (Gent 16 juni 1956, *RW* 1956-57, 1648, concl. Adv. Gen. J. MATTHYS; Gent 22 mei 1996, *TWVR* 1997, 19; Kh. Gent 3 augustus 1968, *BRH* 1968, 697; Kh. Brussel 21 mei 1970, *JT* 1970, 499; Kh. Hasselt 2 oktober 2007, *RW* 2008-09, 548; Kh. Brussel 11 januari 2008, *DAOR* 2008, 109, noot G.L. BALLON en *RABG* 2008, 964, noot G.L. BALLON; Vred. Grâce-Hollogne 21 december 2007, *JLMB* 2009, 1620; vgl. wat betreft contracten met consumenten: art. 40, § 1 marktpraktijkenwet). Maar, niet ter zake doet het feit dat er aan de voorzijde van de factuur niet expliciet wordt verwezen naar de achterzijde waarop de factuurvoorwaarden gedrukt zijn, aangezien het in commerciële middens de regel is dat algemene voorwaarden op de achterzijde van een factuur staan gedrukt (Bergen 15 januari 2009, *JLMB* 2010, 1311; Gent 26 april 2010, *TGR-TWVR* 2010, 342).

In dezelfde zin wordt aangenomen dat de regel van artikel 25, tweede lid W.Kh. niet geldt wanneer de algemene voorwaarden werden opgesteld in een taal die de bestemming niet beheerst (Gent 9 april 2008, *RABG* 2008, 959; Rb. Hasselt 14 mei 1969, *RW* 1969-70, 90; Kh. Antwerpen 7 december 1976, *RW* 1976-77, 1657; Kh. Hasselt 30 maart 1994, *RW* 1994-95, 264, noot J. MEEUWSEN; Kh. Hasselt 8 mei 2007, *RW* 2007-08, 1047; Vred. Namen 21 april 1998, *T.Vred.* 1999, 380). De bewijslast van het feit dat de bestemming de betrokken taal wel voldoende beheerst, rust op de verzender van de factuur (Kh. Brussel 11 mei 1963, *RW* 1963-64, 199; anders: Kh. Tongeren 19 februari 1993, *Limb.Rechtsl.* 1994, 121). De taal waarin de algemene voorwaarden zijn opgesteld, is daarentegen van geen belang wanneer tussen de partijen langdurige handelsrelaties hebben bestaan en de bestemming nooit heeft geprotesteerd tegen de algemene voorwaarden (Kh. Luik 7 september 1995, *TBH* 1996, 1005).

De factuur mag ook inhoudelijk niet dubbelzinnig of tegenstrijdig zijn (Brussel 17 april 2002, *Journ.proc.* 2002, 29, noot E. BALATE). Vandaar ook dat geoordeeld werd dat een factuur die geen precieze omschrijving bevat van de geleverde prestatie noch van de prijs niet kan geacht worden stilzwijgend te zijn aanvaard ingevolge een gebrek aan protest. Hetzelfde geldt indien er een onderlinge tegenstrijdigheid bestaat tussen de onderscheiden versies van de algemene voorwaarden (Kh. Brussel 11 februari 1981, *BRH* 1984, 216). Een ander voorbeeld betreft een beding van forumkeuze dat onvoldoende duidelijk is om te beslissen welke magistraat bevoegd is, in welk geval het gemeen recht inzake territoriale bevoegdheid moet worden toegepast (Arrondrb. Luik 26 januari 2012, *JLMB* 2012, 861).

Een zesde uitzondering ten slotte betreft de factuurvoorwaarden die betrekking hebben op de aanvaarding, bijvoorbeeld op de protesttermijn. Ook daarvan wordt de stilzwijgende aanvaarding niet aangenomen (*anders*: Kh. Charleroi 16 januari 1975, *BRH* 1976, 116).

4. Weerlegbaar of onweerlegbaar vermoeden?

938 Of het wettelijk vermoeden al dan niet weerlegbaar is, wordt betwist. Twee standpunten worden verdedigd.

Een eerste standpunt acht het wettelijk vermoeden van artikel 25, tweede lid W.Kh. onweerlegbaar. Het tegenbewijs, meer bepaald dat de inhoud van de factuur niet aan de realiteit beantwoordt, is niet toegelaten. Er wordt verwezen naar artikel 1352 BW. De schuldenaar die betwisting voert kan enkel het bestaan van de aanvaarding in vraag stellen, niet de conformiteit van de factuur met de inhoud van de verkoopovereenkomst. De rechter kan de aanvaarde factuur als bewijs niet negeren en moet het daaraan verbonden wettelijk vermoeden in aanmerking nemen (Antwerpen 4 januari 2010, *NJW* 2010, 788, noot A. VANDERHAEGHEN; Antwerpen 16 januari 2003, *NJW* 2003, 706, noot H. DE WULF en *JDSC* 2005, 3, noot M. COIPEL; Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 69, nr. 63; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2412, nr. 1787; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 104; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 132, nr. 242; D. MOUGENOT, *La preuve*, 270, nr. 211; R. HOUBEN, “De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur”, *RW* 2005-06, 1099-1100, B. WINDEY, “De bewijswaarde van de aanvaarde factuur: het ene vermoeden is het andere niet”, *Limb.Rechtsl.* 2009, 104).

Het tegengestelde standpunt (soms aangeduid als het meerderheidsstandpunt) wordt evenwel verdedigd, in die zin dat de schuldenaar door alle middelen van recht het tegenbewijs kan leveren, niet slechts van de aanvaarding van de factuur, doch bovendien van haar overeenstemming met de inhoud van de overeenkomst (Antwerpen 26 januari 1998, *AJT* 1998-99, 241, noot D. BLOMMAERT; Brussel 26 juni 2000, *TBBR* 2003, 518, noot A. DE KIMPE; Gent 17 april 2002, *NJW* 2002, 538, noot M. TISON; Gent 8 mei 2002, *TBH* 2003, 239, noot; Vred. Zelzate 27 december 2007, *Huur* 2009, 183; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 361-362, nr. 326; A. CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 19, nr. 24; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 252, nr. 213; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 76 en 78, nr. 3.2.2.2; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 122, nr. 98; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgisch handelsrecht”, *TBH* 1986, 104; Y. DE CORDT, C. DELFORGE *et al.*, *Manuel de droit commercial*, 65, nr. 112 en 68, nr. 121, die stellen dat de aanvaarde factuur een bewijskracht heeft die identiek is aan deze die in burgerlijke zaken toekomt aan de onderhandse akte). Dat standpunt strookt met de regel dat wettelijke vermoedens in principe een weerlegbaar karakter hebben (zie hierboven nr. 432). Het wettelijk vermoeden waarvan sprake zou enkel een omkering van de subjectieve bewijslast tot gevolg hebben in het voordeel van de

verzender van de factuur (B. DE CONINCK, “La facture acceptée par un non-commerçant”, *JLMB* 2004, 1720 e.v.). Binnen die perken zou de rechter wel verplicht zijn de bijzondere bewijskracht van de aanvaarde factuur te erkennen. Ter staving van het standpunt dat het hier slechts zou gaan om een vermoeden *juris tantum* wordt verwezen naar het cassatiearrest van 7 januari 2005 (*DAOR* 2006, 37, noot G.L. BALLON en *RW* 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN) dat betrekking heeft op facturen omtrent handelskopen, maar niettemin gewaagt van een feitelijk en dus weerlegbaar vermoeden dat voortvloeit uit de aanvaarding van de factuur. Dat het cassatiearrest van 7 januari 2005 op dit punt uitsluitend zou brengen, wordt niettemin betwist, dit op grond van de duidelijke tekst van artikel 25, tweede lid W.Kh. (R. HOUBEN, “De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop”, *RW* 2005-06, 1098 e.v., nr. 5).

939 Indien niet aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 25, tweede lid W.Kh. is voldaan, kan de aanvaarde factuur enkel in aanmerking komen als feitelijk vermoeden met een vrije bewijswaarde dat uiteraard weerlegbaar is (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 227, nr. 188; G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 78, nr. 3.2.2.2) Dit geldt dan ook en zelfs indien de aanvaarde factuur verbintenissen bevat die afwijken van een vooraf bestaande geschreven overeenkomst (Cass. 27 januari 2000, *RW* 2000-01, 353; Cass. 7 januari 2005, *RW* 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN en *DAOR* 2006, 37-40, noot G.L. BALLON; Cass. 24 januari 2008, *RABG* 2008, 931, noot B. VAN BAEVEGHEM, *Limb.Rechtsl.* 2009, 97, noot B. WINDEY en *RW* 2010-11, 366, noot; anders in de zin van geen bewijswaarde tegen een vooraf bestaande geschreven overeenkomst: Antwerpen 14 januari 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 183, noot).

5. Andere bewijsmiddelen toegelaten

940 De aanvaarde factuur kan, maar moet niet worden aangewend als bewijsmiddel. Niets belet dat de handelskoop/verkoopovereenkomst met andere middelen wordt bewezen. Artikel 25, tweede lid W.Kh. vermeldt de aanvaarde factuur onverminderd de andere bewijsmiddelen die door de wetten op de koophandel zijn toegelaten. De aanvaarde factuur is derhalve een specifiek bewijsmiddel, dat zich onderscheidt van de gemeenrechtelijke bewijsmiddelen doch ze niet terzijde schuift, maar enkel aanvult. Indien geen factuur werd uitgeschreven of dat eerst laatsttijdig gebeurt, kan de verkoopovereenkomst bijgevolg nog steeds door de andere toegelaten bewijsmiddelen worden aangetoond (Brussel 8 januari 1992, *Pas.* 1992, II, 9; Gent 22 april 1998, *AJT* 1998-99, 670; Gent 14 april 2010, *RW* 2012-13, 199, noot).

6. Uitzonderingen

941 In tal van bijzondere wetten (bv. art. 10 landverzekeringsovereenkomstenwet, art. 66 Venn.W....) wordt het bewijs van handelsverbintenissen

sen uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van een geschrift, hetzij als plechtige geldigheidsvoorwaarde, hetzij als bewijsformaliteit. In die gevallen speelt de factuur geen bewijsrol (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 252-253, nr. 213).

7. *Bewijs tegen de handelaar-verzender*

942 Wat voorafgaat betreft de bewijskracht van de aanvaarde factuur tegen de bestemming daarvan. De aanvaarding speelt immers een cruciale rol. De vereiste van aanvaarding van de factuur door de bestemming impliceert dat artikel 25, tweede lid W.Kh. geen betrekking heeft op de vraag naar de bewijskracht van de factuur tegenover de verzender daarvan.

943 Tegen de handelaar die ze heeft uitgeschreven en ten voordele van de bestemming daarvan (handelaar of niet) bewijst de factuur de overeenkomst waarop ze betrekking heeft, ongeacht of het al dan niet gaat om een handelskoop. Dat is een toepassing van het gemeen bewijsrecht in handelszaken. De toezending van de factuur met opgave van de voorwaarden van de betrokken transactie geldt dan als een buitengerechtigde bekentenis van haar auteur, minstens als een feitelijk vermoeden, of, indien ze ondertekend werd, als een onderhandse akte (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2412, 1787; D. MOUGENOT, *La preuve*, 268, nr. 209; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 321, nr. 405).

§ 2. De regelmatig gehouden boekhouding

944 De bewijsrechtelijke betekenis van de boekhouding wordt in het Burgerlijk Wetboek in de artikelen 1329-1330 geregeld wat betreft een geschil tussen een handelaar en een niet-handelaar. Het Wetboek van Koophandel regelt in artikel 20 daarentegen het bewijs door middel van de boekhouding in een geschil tussen handelaars over daden van koophandel. Omdat vóór de invoering van het Gerechtigd Wetboek (1967) de rechter nog niet de mogelijkheid had om de partijen te verplichten om mee te werken aan de bewijsgaring, is in het Wetboek van Koophandel in de artikelen 21-24 in de regeling voorzien van de overlegging en de openlegging van de boekhouding (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 261, nr. 1). Naast de voormelde wetsbepalingen, blijft inzake de boekhouding daarenboven het principe van de vrijheid van bewijs in handelszaken (art. 25, eerste lid W.Kh.) zijn rol spelen. Het gevolg is dat de bewijsregeling inzake de boekhouding een complexe materie is waarin verschillende hypothesen moeten worden onderscheiden (D. MOUGENOT, *La preuve*, 264, nr. 204).

A. DEFINITIE

945 In de artikelen 1329-1330 vermeldt het Burgerlijk Wetboek de “koopmansboeken” of de “boeken van kooplieden” als een vorm van schriftelijk bewijs. Boek I, Titel III W.Kh. handelt insgelijks over “koopmansboeken” en

impliceert dus een bevestiging van die regeling, met dien verstande evenwel dat in de daaronder opgenomen artikelen 20 tot en met 24 enkel de term “boekhouding” voorkomt. Die term “boekhouding” is afkomstig uit artikel 3 van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van ondernemingen die het begrip “koopmansboeken” in de voormelde artikelen van het Wetboek van Koophandel heeft vervangen.

946 Het gaat hier in eerste orde om de door handelaars verplicht gevoerde boekhouding zoals bedoeld bij de hierboven bedoelde wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van ondernemingen (waarbij de vroegere art. 16 tot 19 W.Kh. werden afgeschaft en vervangen), zoals nader gepreciseerd in de artikelen 92 e.v. W.Venn. (betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening) en diverse uitvoeringsbesluiten (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2407, nr. 1786).

De boekhouding is de materiële veruitwendiging van het systematisch proces waarbij, volgens bepaalde regels, de impact in monetaire termen van de activiteiten van een organisatie wordt geregistreerd, geklasseerd en ten slotte samengevat, om te komen tot nuttige financiële informatie, die gerapporteerd wordt aan geïnteresseerde gebruikers, zoals kredietverstrekkers, leveranciers, contractpartijen, werknemers en aandeelhouders (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 31, nr. 2).

Ze vindt haar neerslag in de boeken, registers en boekingsstukken waarvan sprake in artikel 21 W.Kh. De wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van ondernemingen, specificceert dat onder de boekhouding onder meer moet worden verstaan, het dagboek en/of hulpdagboek(en) en een stelsel van boeken en rekeningen gevoerd met inachtneming van de gebruikelijke regels van het dubbel boekhouden (art. 4), meer bepaald de jaarrekening en de balans en toelichting. Daarnaast zijn er de gedagtekende verantwoordingsstukken aan de hand waarvan elke boekhouding moet geschieden (art. 6), waaronder facturen, creditnota’s... Krachtens artikel 92 e.v. Venn.W. moet onder de boekhouding begrepen worden de jaarrekening, bestaande uit een balans, een resultatenrekening en de toelichting van de vennootschap.

In ieder geval moet het gaan om een boekhouding gevoerd door een handelaar zoals bepaald in de artikelen 1 en 2 W.Kh. De boekhoudkundige verplichtingen die uit de hierboven bedoelde wetsbepalingen voortvloeien, gelden ook voor burgerlijke vennootschappen met de rechtsvorm van een handelsvennootschap en voor verenigingen zonder winstoogmerk. Hier wordt evenwel enkel de boekhouding gevoerd door kooplieden beoogd en voor zover het verbintenissen uit daden van koophandel betreft. Ten aanzien van de boekhouding gevoerd door burgerlijke vennootschappen met de rechtsvorm van een handelsvennootschap en verenigingen zonder winstoogmerk, geldt de bijzondere bewijsregeling inzake koopmansboeken van de artikelen

1329-1330 BW en artikel 20 e.v. W.Kh. dus niet (K. VAN HULLE, “Bewijskracht van de boekhouding”, *EST* 1985, 722; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 6). In die laatste gevallen moet toepassing worden gemaakt van het bewijsrecht dat geldt in burgerlijke zaken en meer in het bijzonder van de regels inzake de bekentenis, het begin van bewijs door geschrift, de registers en huishoudelijke papieren en het feitelijk vermoeden (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 261, nr. 1).

947 De term “koopmansboeken” blijft evenwel bestaan en wordt ruimer omschreven dan de door kooplieden gevoerde boekhouding. Ook andere door de handelaar bijgehouden geschriften, zoals afschriften van brieven, het inventarisboek, aantekeningen... vallen eronder (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR*, 2010, 31, nr. 2; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 7). Hierna wordt enkel nog de term boekhouding gebruikt, maar dan wel in de ruime zin, dus inbegrepen die andere geschriften.

B. VOORWAARDE: REGELMATIGE BOEKHOUDING BETREFFENDE EEN COM-MERCIËLE VERRICHTING

948 De boekhouding kan als bewijsmiddel worden aangewend, zowel tegen de handelaar die ze bijhoudt, als te zijnen gunste en tegen een derde, al dan niet handelaar. Al naargelang het geval verschillen evenwel de kwalificatie, de toepasselijke wetsbepalingen en de voorwaarden.

949 Krachtens artikel 1330 BW is het inroepen van de boekhouding tegen de handelaar die ze bijhoudt, steeds mogelijk, ongeacht het al dan niet regelmatig karakter daarvan en ongeacht de hoedanigheid van handelaar of niet-handelaar van degene die ze inroept (Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 8 januari 2010, *TBBR* 2011, 471, noot G. BALLON; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3-85, nr. 5460; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2408-2409, 1786; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 106, nr. 7; H. DE PAGE, *Traité*, 850, nr. 826.B). De boekhouding geldt hier als een buitengerechtigde bekentenis.

950 Ook tegen een derde, al dan niet handelaar, kunnen koopmansboeken/boekhouding als bewijsmiddel worden aangewend. Hier

speelt evenwel het al dan niet regelmatig karakter van de gevoerde boekhouding een rol.

Krachtens artikel 20 W.Kh. kan de regelmatig gevoerde boekhouding door de rechter worden toegelaten als bewijsmiddel tussen handelaars van handelsverrichtingen. Bij toepassing van die wetsbepaling kan de eigen boekhouding tegen een andere handelaar als bijzonder en zelfstandig bewijsmiddel worden ingeroepen, mits aan een dubbele voorwaarde is voldaan (Kh. Bergen, 4 januari 2007, *DAOR* 2007, 82, noot G.L. BALLON; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 3-8, nrs. 3-13; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 226, nr. 188; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2409, 1786; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 181, nr. 204; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 36, nr. 11):

– de boekhouding moet regelmatig gehouden zijn (Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152):

van een regelmatig gevoerde boekhouding is enkel sprake ten aanzien van een boekhouding die wordt gevoerd conform de bepalingen van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van de ondernemingen; dat betekent meer bepaald dat de boekhouding naar tijdsorde ingeschreven, volledig, behoudens wettelijke vrijstelling volgens de regels van het dubbel boekhouden, zonder uitstel en getrouw moet gevoerd zijn; er mag dus geen sprake zijn van weglatingen, bijvoegsels, doorhalingen of verwijzingen; de chronologische registratie van de verrichtingen aan de hand van gedateerde stavingstukken staat centraal (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 261, nr. 2; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 31, nr. 2; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 8);

in dat verband kan worden opgemerkt dat de tegenwoordig overal gebruikte elektronische boekhouding wettelijk werd erkend bij koninklijk besluit van 25 januari 2005 tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 september 1983 tot uitvoering van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding van de ondernemingen, het koninklijk besluit van 12 september 1983 tot bepaling van de minimumindeling van een algemeen rekeningstelsel en het koninklijk besluit van 16 juni 1994 tot vaststelling van de bijdrage van de ondernemingen in de werkingskosten van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen, *BS* 7 februari 2005; in artikel 5 van dat koninklijk besluit wordt een aantal vormvereisten opgelegd dat moet toelaten dat zowel de boekhouding op papier als de geïnformatiseerde boekhouding garanties bieden inzake de problematiek van de onzekerheid omtrent de onuitwisbaarheid en de onveranderlijkheid van de gegevens;

aan de voorwaarde van het regelmatig karakter van de boekhouding is bijvoorbeeld niet voldaan wanneer het facturenboek niet gevisieerd werd overeenkomstig de ter zake geldende wettelijke bepalingen, zodat het bewijs van verzending van de betwiste factuur hierdoor niet kan geleverd worden (Kh. Turnhout 7 mei 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1992, 173); wanneer door de bestemming van een aantal facturen wordt beweerd dat hij ze eerst na de dagvaarding heeft ontvangen en wanneer bovendien blijkt dat de leverancier deze facturen niet

heeft opgenomen in zijn boekhouding, kunnen die facturen al evenmin gelden als bewijsmiddel (Gent 22 april 1998, *AJT* 1998-99, 670; Kh. Brugge 17 december 1996, *TBH* 1997, 266);

– het te leveren bewijs moet een handelsverrichting tot voorwerp hebben:

het moet dus gaan om het bewijs van een handelsschuld van de handelaar tegen wie de boekhouding wordt ingeroepen; dat heeft te maken met de werking van het bewijs door middel van koopmansboeken; alleen handelsverrichtingen zijn immers opgenomen in de boekhouding.

Bij toepassing van artikel 1329 BW kan de boekhouding tegen een niet-handelaar inzake leveringen worden gebruikt als begin van bewijs waaraan de aanvullende eed kan worden toegevoegd. Doorgaans wordt aangenomen dat ook hier vereist is dat de boekhouding regelmatig werd bijgehouden (*anders*: A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 9; K. VAN HULLE, “Bewijskracht van de boekhouding”, *EST* 1985, 722).

951 Daarnaast wordt aangenomen dat de rechter zijn overtuiging ook steeds kan gronden op een onregelmatige boekhouding, zij het dan niet op basis van de voormelde wetsbepalingen, doch wel als feitelijk vermoeden (Rb. Charleroi 15 november 1966, *JT* 1967, 82; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152; vgl. Cass. 8 december 1972, *Pas.* 1973, I, 335; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 260 e.v., nr. 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 299, nr. 654). Dit is vooral van belang in handelszaken bij toepassing van het principe van de vrijheid van bewijs bedoeld bij artikel 25, eerste lid W.Kh.

C. DE BEWIJSKRACHT

1. In principe geen bewijskracht, doch enkel bewijswaarde

952 In principe heeft de boekhouding geen bewijskracht, doch wanneer toegelaten enkel bewijswaarde. Op grond van de feitelijke omstandigheden van de zaak beoordeelt de rechter soeverein of hij al dan niet rekening houdt met dit bewijsmiddel (Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH; Cass. 20 oktober 1887, *Pas.* 1887, I, 370; Kh. Bergen, 4 januari 2007, *DAOR* 2007, 82). Uiteraard mag de rechter daarbij van de boekhouding geen lezing of uitlegging geven die onverenigbaar is met de inhoud ervan en ook niets hieraan toevoegen of hieruit weglaten (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 37). Het al dan niet regelmatig karakter van de boekhouding speelt in beginsel geen rol. De rechter kan zijn overtuiging ook gronden op een onregelmatig gevoerde boekhouding. Niettemin spreekt vanzelf dat de geloofwaardigheid van een regelmatig bijgehouden boekhouding normalerwijze groter zal zijn dan deze van een

boekhouding die niet voldoet aan de wettelijke voorschriften (Kh. Turnhout 7 mei 1992, *Turnh.Rechtsl.* 1992, 173; D. MOUGENOT, *La preuve*, 265, nr. 205).

953 Waar het Burgerlijk Wetboek boekhouding vermeldt als een vorm van schriftelijk bewijs, gaat het niet om een akte, doch wel om een vorm van niet-ondertekend geschrift (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2407, nr. 1785). Dat geschrift heeft bovendien een eenzijdig karakter. Vandaar dat het algemeen principe geldt dat niemand zichzelf een bewijs kan verschaffen (*nemo sibi adscribit*), principe dat overeenkomstig artikel 1331 BW ook geldt voor de registers van niet-handelaars (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Gent 8 november 2001, *DAOR* 2002, 243).

Hierboven werd reeds aangeduid dat de wijze waarop de boekhouding moet worden bijgehouden, wettelijk bepaald is. Zij is bovendien onderworpen aan een zekere controle (art. 130 e.v. W.Venn.). Een aantal voorschriften inzake boekhouding wordt strafrechtelijk gesanctioneerd (o.a. art. 196 Sw.; zie bv. Corr. Brussel 5 februari 2009, *Dr.pén.entr.* 2010, 133). Verder is er toezicht door de fiscus, door de commissaris-revisor...

Dat alles verklaart waarom door de wetgever aan de inhoud van de boekhouding op bewijsrechtelijk vlak een zeker vertrouwen wordt toegekend, zij het in de wetenschap dat manipulatie en misbruik niet kan uitgesloten worden, zodat voorzichtigheid geboden blijft (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3-84, nr. 5458; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2408, nr. 1786; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 31-32, nr. 3; D. MOUGENOT, *La preuve*, 265, nr. 205; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 298, nr. 649; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 37, nr. 510).

Vandaar dat de regel dat de boekhouding geen bewijskracht doch wanneer toegelaten enkel bewijswaarde heeft, twee uitzonderingen kent, waarbij de rechter wel gebonden is door de inhoud van de boekhouding (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 260 e.v., nr. 3; D. MOUGENOT, *La preuve*, 265, nr. 205; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 300, nr. 658). Dat is meer bepaald het geval:

- wanneer de waarachtigheid van een tegen een handelaar aangevoerde commerciële verrichting blijkt uit de door hem gevoerde boekhouding: het gaat dan immers om een schriftelijke buitengerechtelijke bekentenis van de handelaar;
- wanneer een partij heeft aangeboden de bewijskracht van de boekhouding van zijn tegenpartij te erkennen: het beschikkingsbeginsel heeft tot gevolg dat de rechter geen betwisting

mag opwerpen die uitgesloten is door het akkoord tussen de partijen op dit punt.

Dat wordt hierna verder toegelicht, uitgaande van het onderscheid tussen de bewijskracht van de boekhouding enerzijds tegen de handelaar die ze bijhoudt en anderzijds te zijnen voordele en tegen een derde, al dan niet handelaar.

2. De bewijskracht van de boekhouding tegen de handelaar die ze bijhoudt

954 Bij artikel 1330 BW wordt voorgeschreven dat boeken van kooplieden tegen hen bewijs opleveren, maar dat hij die daaruit voordeel wil trekken, ze niet kan splitsen met het oog op hetgeen daarin strijdig is met zijn bewering.

955 De handelaar die ze bijhoudt, is door de inhoud van zijn boekhouding op onherroepelijke wijze gebonden, tenzij hij bewijst dat deze het gevolg is van een feitelijke dwaling. Ook tegenover de rechter heeft de boekhouding volle bewijskracht.

Zo geldt bijvoorbeeld de inschrijving van een ingevorderde factuur in de boekhouding van de handelaar die tot betaling daarvan wordt aangesproken, in geval van betwisting daarvan, als bewijs van de ontvangst van die factuur door de betrokken handelaar. Zo ook bijvoorbeeld bewijst de factuur tegen de handelaar de erin genoemde overeenkomst, zoals die uit de vermeldingen van de factuur blijkt (E. DURSIN, *De factuur in de commerciële rechtspraak*, De Pinte, M&D Seminars, 2010, 11). Daartoe is niet vereist dat de factuur door de handelaar ondertekend werd (A. CLABOTS, "Artikel 25 W.Kh." in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 18, nr. 22).

De boekhouding levert evenwel geen bewijs op tegen een andere vennootschap dan de vennootschap waarvan de boekhouding wordt ingeroepen (Cass. 8 januari 2010, *TBBR* 2011, 471, noot G.L. BALLON).

956 Degene die de bewijslast draagt mag de inhoud van de ingeroepen boekhouding evenwel niet splitsen door daaruit enkel de voor hem voordelige elementen aan te wenden (Cass. 29 januari 1957, *Arr.Cass.* 1957, 403; Cass. 21 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 794; Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263). Men herkent hier onmiddellijk de regel van de onsplitsbaarheid die geldt bij complexe bekentenissen.

Omwille van de regel van de onsplitsbaarheid van de regelmatig bijgehouden boekhouding, wordt algemeen aangenomen dat het Burgerlijk Wetboek de boekhouding als bewijsmiddel gelijkschakelt met een schriftelijke buitengerechtelijke bekentenis, ook al is artikel 1330 BW opgenomen in de afdeling omtrent het schriftelijk bewijs (Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; Luik 7 november 2002, *TBH* 2003, 768; B. VAN DEN BERGH, "De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een 'balans'", *TBBR* 2010, 32, nr. 5; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3, 84, nr. 5459; A.

CLABOTS, “Artikel 25 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2008, 18, nr. 22; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2408, nr. 1786; D. MOUGENOT, *La preuve*, 266, nr. 206; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 106, nr. 7; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 299, nr. 652; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 37, nr. 530; H. DE PAGE, *Traité*, 850, nr. 826.B).

Die kwalificatie geldt zelfs indien de boeking (van een schuld jegens hem) is gebeurd door een aangestelde (boekhouder), die zich nadien op die boekhouding beroept tegenover de handelaar die ze bijhoudt. De boekhouding wordt immers geacht door de handelaar zelf en onder zijn toezicht gehouden te zijn (Cass. 13 april 1850, *Pas.* 1850, I, 238; Kh. Luik 3 februari 1931, *JL* 1931, 229; H. DE PAGE, *Traité*, 850-851, nr. 826.B).

Die regel van de onsplitsbaarheid geldt slechts indien het gaat om een regelmatig gevoerde boekhouding (Cass. 29 januari 1957, *Arr.Cass.* 1957, 403; anders: D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 181, nr. 203), bij gebreke waarvan de rechter soeverein oordeelt zonder verplicht te zijn de onregelmatige boekhouding te splitsen (H. DE PAGE, *Traité*, 851, nr. 826.B). De beperking tot de regelmatig bijgehouden boekhouding is een toepassing van de regel dat een van de onderdelen van een samengestelde bekentenis (die de boekhouding uit haar aard is) buiten beschouwing kan worden gelaten wanneer dit onderdeel van de bekentenis vals, tegenstrijdig of onwaarschijnlijk is (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 36, nr. 12; R. STEENNOT, “Bewijs in handelszaken: koopmansboeken, de factuur en de elektronische handtekening”, *Ad rem* 3/2008, 17, nr. 23).

In ieder geval beschikt de rechter over een soevereine bevoegdheid om te oordelen of de boekhouding *in concreto* al dan niet te aanzien is als een buitengerechtigde bekentenis van haar auteur, meer in het bijzonder of dienangaande al dan niet sprake is van een vrije wilsuiting van de betrokkene (Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH).

Vandaar dat in bepaalde omstandigheden het onregelmatig karakter van de boekhouding tot gevolg kan hebben dat de rechter beslist om aan de boekhouding elke bewijswaarde te ontzeggen. Zo werd, bij toepassing van artikel 1330 BW en omdat de boekhouding geen gerechtelijke bekentenis is, aangenomen dat de feitenrechter die vaststelt dat de boekhouding van een vennootschap (handelaar) eenzijdig, onvolledig en onnauwkeurig is en dat er nauwe familiale banden bestaan tussen de eiseres en de vennoten van de vennootschap (haar gewezen echtgenoot en haar zoon), mag aannemen dat de eiseres niet aantoonbaar is titularis te zijn van een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering, zelfs als de boekhouding van die vennootschap een rekening met creditsaldo ten voordele van de eiseres bevat (Cass. 3 december 2007, *TBBR* 2010, 30, noot B. VAN DEN BERGH). Zo ook oordeelde het Hof van Cassatie in zijn arrest van 25 maart 1982 (*Arr.Cass.* 1981-82, 924) dat het arrest waarin wordt vastgesteld dat er twee onregelmatigheden voorkomen in de door de belastingschuldige overgelegde boekhoudkundige stukken, naar recht kan beslissen dat de verwerping van die stukken als gegevens van een bewijs-

krachtige boekhouding, wegens die onregelmatigheden, verantwoord is (zie ook Cass. 23 juni 1997, *Arr.Cass.* 1997, 691).

Vaak wordt deze appreciatiebevoegdheid van de rechter als een (specifieke) toelaatbaarheidsvoorwaarde van de boekhouding als bewijsmiddel aangezien (B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 32-33, nr. 5). Met de toelaatbaarheid als bewijsmiddel heeft dat geen uitstaans, het gaat enkel om de beoordeling van het al dan niet geldig karakter van de wilsuiting die elke buitengerechtigde bekentenis impliceert (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 227, nr. 188).

Conform hetgeen geldt voor iedere buitengerechtigde bekentenis, belet artikel 1330 BW niet dat de boekhouding door de tegenpartij van de handelaar wordt genegeerd en dat laatstgenoemde verkiest zich op andere bewijsmiddelen te beroepen (Cass. 27 januari 1955, *Pas.* 1955, I, 556).

957 Behalve als een buitengerechtigde bekentenis, kan de boekhouding tegen de auteur ervan ook gelden als een onderhandse akte (in geval van ondertekening) of als een feitelijk vermoeden (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 227, nr. 188; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 315, nr. 398).

3. De bewijskracht van de boekhouding ten gunste van de handelaar die ze bijhoudt

958 Wanneer degene die de bewijslast draagt zijn eigen boekhouding als bewijsmiddel inroept tegen een derde, moet op bewijsrechtelijk vlak een onderscheid worden gemaakt al naargelang het geval degene tegen wie moet worden bewezen al dan niet handelaar is. Vooraf wordt daarbij opgemerkt dat een handelaar zich tegenover derden uiteraard niet kan beroepen op een frauduleuze of illegale (zwarte) boekhouding, dit overeenkomstig het adagium *fraus omnia corrumpit* (Kh. Bergen 12 mei 2005, AR nr. 68.959/96, *onuitg.*, aangehaald door G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 262, voetnoot 7).

a. De bewijskracht tegen een niet-handelaar

959 Artikel 1329 BW luidt dat koopmansboeken de daarin vermelde leveringen niet bewijzen tegen personen die geen koopman zijn, behoudens wat met betrekking tot de eed zal worden bepaald.

960 Bij toepassing van deze wetsbepaling kunnen koopmansboeken in principe niet als (schriftelijk) bewijs dienen tegen niet-handelaars (klanten, verbruikers). Zij hebben in principe dus geen bewijskracht (Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité*

pratique de droit commercial, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 182, nr. 205; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 263, nr. 3). Hetzelfde geldt wanneer moet worden bewezen tegen een andere handelaar wegens verrichtingen vreemd aan diens handel (vgl. Cass. 30 oktober 1969, *Pas.* 1970, I, 186, noot en *RW* 1969-70, 1189). Niemand kan zichzelf immers een bewijs verschaffen (zie hierboven). Vandaar dat de bewijsrechtelijke betekenis van boekhouding in burgerlijke zaken gering is.

961 Artikel 1329 BW is evenwel niet van openbare orde. De niet-handelaar kan derhalve steeds de bewijskracht van de tegen hem ingeroepen boekhouding vrijwillig erkennen (B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 316, nr. 399). In dat geval is ook de rechter gebonden door de inhoud van de boekhouding (Cass. 13 november 1964, *Pas.* 1965, I, 263; Cass. 30 oktober 1969, *Arr.Cass.* 1970, 209). Wie er belang bij heeft te doen vaststellen dat hij geen handelaar is, moet zelf de exceptie opwerpen. Het betreft hier immers geen middel dat de openbare orde raakt en dat de rechter van ambtswege moet aanwenden. Bijgevolg kan men dat middel niet voor de eerste maal in cassatie inroepen (Cass. 23 januari 1845, *Pas.* 1845, I, 312).

962 Daarenboven bevat artikel 1329 BW *in fine* een uitzonderingsbepaling (van strikte toepassing) op de gewone bewijsregels, meer bepaald (uitsluitend) voor het geval een handelaar leveringen (bedoeld wordt: de schuldvordering tot betaling van de prijs van geleverde koopwaar) moet bewijzen tegen een niet-handelaar. In die hypothese kan de handelaar toch zijn boekhouding als bewijsmiddel aanwenden mits toevoeging van een aanvullende eed, die de rechter opdraagt aan de partij die hij het meest geloofwaardig acht (art. 1368 BW), hetgeen hier alleen de handelaar zelf kan zijn (Cass. 10 oktober 1929, *Pas.* 1929, I, 321; zie ook Brussel 22 juni 1963, *Pas.* 1964, II, 118).

Bepaalde rechtsleer leidt hieruit af dat de boekhouding van een handelaar te zijnen gunste kan gelden als een begin van bewijs door geschrift (K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 113, 68; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 263, nr. 3; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 418, voetnoot 185; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 7, nr. 12). Artikel 1367 BW bepaalt immers dat de rechter de aanvullende eed slechts kan toelaten indien aan twee voorwaarden is voldaan: de eis of de exceptie zijn nog niet volledig bewezen en zijn tevens niet geheel van bewijs ontbloot. Die laatste voorwaarde zou inhouden dat er een begin van bewijs door geschrift moet zijn telkens de te bewijzen rechtshandeling zelf niet met getuigen of met vermoedens mag worden bewezen (dus boven de 375,00 EUR). Bijgevolg impliceert het feit dat de aanvullende eed toegelaten is (en dat hier uitdrukkelijk naar verwezen wordt door art. 1329 BW) dat de boekhouding geldt als begin van schriftelijk bewijs.

Terecht wordt dat standpunt door anderen bekritiseerd. Boekhouding kan nooit beschouwd worden als een begin van geschreven bewijs ten voordele van de auteur ervan. De duidelijke definitie van artikel 1347 BW laat daaromtrent geen twijfel toe: de boekhouding gaat hier immers niet uit van degene tegen wie ze wordt ingeroepen (Antwerpen 7 mei 2007, *TBBR* 2009, 51; B. VAN

DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 34, nr. 7; H. DE PAGE, *Traité*, 849-850, nr. 826; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 316, nr. 399). Dat neemt niet weg dat uit artikel 1329 BW voortvloeit dat de boekhouding de voorwaarde uitmaakt opdat een beroep zou kunnen worden gedaan op de aanvullende eed. In die zin geldt de boekhouding als een begin van bewijs (niet als een begin van bewijs door geschrift), waardoor de eis niet geheel van bewijs is ontbloot in de zin van artikel 1367, 2° BW en vormt ze voor leveringen aan een niet-handelaar de mogelijkheid/voorwaarde om de aanvullende eed te kunnen opdragen (Antwerpen 3 februari 1998, *AJT* 1998-99, 723; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 34-35, nrs. 7-8; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Brussel, Bruylant, 1967, 849, nr. 628; D. MOUGENOT, *La preuve*, 267, nr. 207; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 299, nr. 656; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 106, nr. 7; anders: Antwerpen 7 mei 2007, *TBBR* 2009, 51; zie ook art. 1367, *in fine* BW).

963 Al evenzeer kan de boekhouding (zelfs onregelmatig) tegen een niet-handelaar door de rechter steeds als een feitelijk vermoeden in aanmerking worden genomen, in gevallen waarin de aanwending van dat bewijsmiddel toegelaten is (zie o.m. Cass. 2 april 1840, *Pas.* 1840, I, 344; Cass. 8 januari 1963, *Pas.* 1963, I, 538; Luik 2 april 1998, *TBBR* 1999, 208; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 260 e.v., nr. 3; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 35, nr. 9; K. VAN HULLE, “De bewijskracht van de boekhouding”, *EST* 1985, 728; X. DIEUX, “La preuve en droit commercial belge”, *TBH* 1987, 106, nr. 7; H. DE PAGE, *Traité*, 850, nr. 826; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 316, nr. 399).

964 Vermeldenswaard in dit verband is ten slotte het arrest van 4 april 2001 (*TBH* 2002, 124) van het hof van beroep te Gent. Daarbij werd geoordeeld dat de jaarrekening van een vennootschap die door de zaakvoerder (in principe geen handelaar) ervan werd ondertekend het bewijs oplevert van de hierin vermelde schuldvordering in rekening-courant van de vennootschap op deze zaakvoerder. In een vergelijkbaar geval (een tussentijdse balans door de zaakvoerders van een vennootschap neergelegd naar aanleiding van een faillissementsaangifte) kwalificeerde het hof van beroep te Brussel de boekhouding als een buitengerechtelijke bekentenis van die zaakvoerder (Brussel 25 januari 1990, *TBH* 1990, 535; zie ook Brussel 30 april 1987, *TBH* 1989, 160).

b. De bewijskracht tegen een handelaar

965 Bij artikel 20 W.K.h. wordt voorgeschreven dat een regelmatig gevoerde boekhouding door de rechter kan aangenomen worden om tussen kooplieden als bewijs te dienen betreffende handelsverrichtingen.

966 Voor zover aan de dubbele voorwaarde van de voormelde wetsbepaling is voldaan (regelmatige boekhouding betreffende een commerciële verrichting), geldt de boekhouding van een handelaar tegenover een andere handelaar, zonder op zichzelf verbintenissen te scheppen, als een bijzonder bewijsmiddel van een bestaande overeenkomst, waarvan de bewijswaarde aan het soeverein oordeel van de rechter is overgelaten (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Gent 8 november 2001, *DAOR* 2002, 243). Op grond van de omstandigheden van de zaak oordeelt de rechter om de in de boekhouding opgetekende feiten

aan te nemen of te verwerpen (Cass. 20 oktober 1887, *Pas.* 1887, I, 370; Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67; Kh. Bergen 4 januari 2007, *DAOR* 2007, 258, noot G.L. BALLON; Kh. Brussel 20 december 2004, *RW* 2006-07, 409; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 227, nr. 189; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 35-36, nr. 11; K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 112, nr. 67; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 37, nr. 520; anders: X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1986, 23 die meent dat het hier gaat om een bewijs door feitelijk vermoeden). Het betreft een uitzondering op het algemeen principe dat niemand zichzelf een bewijs kan verschaffen, weliswaar onder toezicht van de rechter (Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Gent 8 november 2001, *DAOR* 2002, 243; D. MOUGENOT, *La preuve*, 266, nr. 207; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 3, nr. 2; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 315, nr. 399).

Soms wordt aan de boekhouding op zichzelf bewijswaarde toegekend (Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67-68; Antwerpen 10 mei 1999, *AJT* 2000-01, 40; Brussel 26 juni 2000, *TBH* 2003, 518; Gent 18 oktober 2001, *TWVR* 2002-03, 110; Antwerpen 24 juni 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 66: hier wordt als motivering opgegeven dat het zinloos is een factuur in zijn boeken in te schrijven en er btw op af te dragen zonder dat het nodige gedaan wordt voor de invordering en dus voor het verzenden ervan; Kh. Brussel 10 mei 1990, *TBH* 1991, 522; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3, 86, nr. 5463).

In andere gevallen wordt aangenomen dat de boekhouding slechts bewijswaarde kan hebben in combinatie met andere gegevens van het dossier (Kh. Tongeren 30 januari 2007, *RABG* 2008, 974, noot S. CNUDE; E. MONARD, “De bewijsregeling m.b.t. de facturen en koopmansboeken”, *Limb.Rechtsl.* 2003, 76-84; K. TROCH, “Het ondernemingsrecht. Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken 1988-1999”, *DAOR* 2001, nr. 58; F. DESCHOOLMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en verwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 51, nr. 53; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 36, nr. 11).

Zo kan bijvoorbeeld de voorlegging worden gevraagd van de btw-aangifte of van de aangifte in de personen- of vennootschapsbelasting. Zo ook kan een regelmatig gevoerde boekhouding steeds gecombineerd worden met een aanvullende eed (Arbh. Bergen 8 augustus 1996, *RRD* 1997, 73).

Doorgaans wordt in dat verband in het bijzonder gewezen op de werking van het bewijs door middel van koopmansboeken. De bedoeling is een bewijs te leveren door het naast elkaar leggen en inhoudelijk vergelijken van de boeken van de bij het geschil betrokken partijen. Dat veronderstelt dat die partijen onderworpen zijn aan dezelfde boekhoudkundige verplichtingen, hetgeen enkel het geval is met betrekking tot handelsverrichtingen van handelaars. Aan een boeking in de boekhouding van een handelaar moet normalerwijze een corresponderende boeking in de boekhouding van de tegenpartij (ook handelaar) bij de commerciële verrichting beantwoorden, zodat een tegencontrole mogelijk is. Omdat de respectieve boeken van de bij het geschil betrokken handelaren elkaar controleren, zal de rechter bij zijn beoordeling overgaan tot een inhoudelijke vergelijking van die boeken om zich aldus een beeld te vormen van de transacties die tussen hen hebben plaatsgegrepen. Daarbij kunnen zich drie onderscheiden hypothesen voordoen (A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 7, nr. 11; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 181, nr. 204; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 261, nr. 2; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 36, nr. 11):

- de twee verschillende boekhoudingen zijn inhoudelijk gelijklopend: het geleverde bewijs is volkomen;
- de inhoud van de twee verschillende boekhoudingen is onderling tegenstrijdig: de boekhoudingen neutraliseren elkaar zodat de handelaar die zijn boekhouding tot bewijs inroept, een ander bewijsmiddel zal moeten aanwenden (Kh. Hasselt 27 september 2000, *Limb.Rechtsl.* 2003, 69; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152; Kh. Tongeren 27 februari 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 72, noot E. MONARD; Kh. Bergen 4 januari 2007, *DAOR* 2007, 258, noot G.L. BALLON; Kh. Brussel 7 september 2007, *RW* 2010-11, 1743);
- de handelaar tegen wie de boekhouding wordt ingeroepen, kan zelf geen regelmatig gevoerde boekhouding voorleggen: de boekhouding van de handelaar die ze inroept zal doorgaans als afdoende bewijs worden beschouwd.

Vermeldenswaard in dit verband is het vonnis van 7 maart 1996 (*RRD* 1996, 598) waarbij de rechtbank van koophandel te Namen oordeelde dat, door voor de eerste maal in 1995 de betaling te eisen van een sinds 1988 onbetaald gebleven factuur, de schuldeiser zijn schuldenaar-handelaar, die niet verplicht is zijn archiefstukken langer dan een periode van vijf jaar te bewaren, belet zijn rechten van verdediging uit te oefenen en dat de bestraffing van deze laattijdige procesvoering ter zake bestond in de onmogelijkheid van de schuldeiser om tegen zijn schuldenaar een uitvoerbare titel te bekomen.

967 Maar ook wanneer aan de hierboven bedoelde voorwaarden of aan een ervan niet is voldaan, bijvoorbeeld in geval van een onregelmatig gevoerde boekhouding, kan de boekhouding door de rechter als feitelijk ver-

m o e d e n tegen een andere handelaar in aanmerking worden genomen in de gevallen waarin het bewijs door feitelijke vermoedens toegelaten is (Cass. 8 februari 1957, *Pas.* 1957, I, 83; Cass. 8 januari 1963, *Pas.* 1963, I, 538; Kh. Hasselt 11 juni 2001, *TBH* 2002, 152; B. VAN DEN BERGH, “De boekhouding op de weegschaal van Vrouwe Justitia: een ‘balans’”, *TBBR* 2010, 36, nr. 12; A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nrs. 8-10; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming”, *DAOR* 2007, 260 e.v., nr. 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 299, nr. 654; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 37, nr. 520). Het spreekt evenwel vanzelf dat de kans bijzonder gering is dat een handelaar zou slagen in de op hem rustende bewijslast aan de hand van zijn eigen boekhouding, wanneer die niet regelmatig gevoerd werd (D. MOUGENOT, *La preuve*, 267, nr. 207).

968 Vooral in handelszaken (dus tegen een handelaar met betrekking tot een commerciële verrichting) speelt de boekhouding een belangrijke rol op bewijsrechtelijk vlak. Dat is in het bijzonder het geval bij betwistingen omtrent de verzending en/of de ontvangst van facturen en de daarop gebaseerde stilzwingende aanvaarding van deze facturen bij gebrek aan tijdig protest door de bestemming ervan. Uit de regelmatige opname van de betwiste factuur in het uitgaand facturenboek van de handelaar die ze heeft uitgeschreven, kan de rechter een feitelijk vermoeden van verzending afleiden (Gent 25 september 1998, *TBH* 1999, 67; Antwerpen 10 mei 1999, *Limb.Rechtsl.* 1999, 166; Brussel 26 juni 2000, *TBH* 2003, 518; Antwerpen 24 juni 2002, *Limb.Rechtsl.* 2003, 66; Kh. Brussel 10 mei 1990, *TBH* 1991, 522; Kh. Hasselt 30 september 1992, *Recht en Onderneming* 1992, 3, noot H. KEULERS; Kh. Turnhout 4 mei 1995, *Turnh.Rechtsl.* 1995-96, 153; Kh. Kortrijk 30 januari 1997, *RW* 1999-2000, 987; F. DESCHOOLMEESTER, “De factuur in het bewijsrecht” in *De factuur en aanverwante documenten*, Vanden Broele, 2008, 51; B. PONET, “Hoe bewijst men de verzending en de ontvangst van de facturen?”, *Limb.Rechtsl.* 1996, 131; anders: Kh. Hasselt 26 december 1995, *Limb.Rechtsl.* 1996, 127, noot B. PONET, Kh. Hasselt 7 februari 1996, *RW* 1996-97, 447; Y. MERCHIEERS, P. COLLE en M. DAMBRE, “Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank-, krediet-, wissel- en chequeverrichtingen. Overzicht van rechtspraak (1987-1991)”, *TPR* 1992, 1024, nr. 391). Of de inschrijving van de factuur in het uitgaand facturenboek ook de ontvangst van de factuur door de bestemming ervan kan bewijzen, blijft betwist. Doorgaans wordt die vraag ontkennend beantwoord (K. TROCH, “Overzicht van rechtspraak betreffende het bewijs in handelszaken (1988-1999)”, *DAOR* 2001, 114, nr. 70). Soms wordt het tegendeel verdedigd (B. PONET, “Hoe bewijst men de verzending en de ontvangst van de facturen?”, *Limb.Rechtsl.* 1996, 131-133).

D. DE AANWENDING IN RECHTE VAN DE BOEKHOUDING

1. *Vrijwillig of gedwongen*

969 Niets belet een handelaar zelf vrijwillig zijn boekhouding al dan niet geheel in rechte voor te leggen. In privaatrechtelijke geschillen die de openbare orde niet raken, beslist elke partij in principe vrij over het bewijsmateriaal dat zij wenst aan te wenden en bestaat er in de regel geen volledigheidsplicht (G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 262, nr. 3).

970 Wanneer een handelaar dat niet vrijwillig doet, kan de voorlegging van zijn boekhouding in rechte worden gevorderd of zelfs ambtshalve door de rechter worden bevolen (art. 22 W.Kh.). De rechter is evenwel nooit verplicht de voorlegging ervan te bevelen. De artikelen 21 tot en met 24 W.Kh. regelen op welke wijze concreet inzage kan worden genomen van de boekhouding. De wetgever heeft daarbij de eerbiediging van het zakengeheim willen waarborgen (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 182, nr. 206; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 316, nr. 400).

971 Het Wetboek van Koophandel onderscheidt in dit verband twee modaliteiten: enerzijds de “overlegging” van de volledige boekhouding (art. 21), anderzijds de “openlegging” van het geheel of van een gedeelte daarvan (art. 22-24). Het al dan niet regelmatig karakter van de betrokken boekhouding doet in dit verband niets ter zake.

2. *De “overlegging” van de boekhouding (art. 21 W.Kh.)*

972 De “overlegging” van de boekhouding (*la communication*) betreft steeds de volledige boekhouding en kan, behoudens bijzondere wetten, enkel worden bevolen inzake erfopvolging, gemeenschap of verdeling van een vennootschap en in geval van faillissement. Zij maakt immers een inbreuk uit op de algemene regel van het bedrijfsgeheim en moet daarom ook strikt worden geïnterpreteerd (A. CLABOTS, “Artikel 21-24 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 3-5, nrs. 3-8; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 301, nr. 660bis).

973 Inzake erfopvolging moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de wettige erfgenamen, de algemene legatarissen en de legatarissen ten algemene titel en anderzijds de legatarissen ten bijzondere titel en de bijzondere begiftigden. Eerstgenoemde groep wordt door erfopvolging eigenaar van geheel het vermogen van de erflater, inbegrepen diens boekhouding,

zodat het voor zich spreekt dat op haar eerste verzoek die volledige boekhouding aan haar moet worden overgelegd. Maar, ook de legatarissen ten bijzondere titel en de bijzondere begiftigden kunnen er baat bij hebben dat de volledige boekhouding hen wordt voorgelegd, meer bepaald indien men weigert hun legaat volledig uit te betalen onder voorwendsel dat het beschikbaar aandeel overtroffen is of om dezelfde reden inkorting van de schenking vordert.

974 Met *gemeenschap* wordt het geval beoogd waarin een der echtgenoten, gehuwd onder het wettelijk stelsel, handelaar is en de handel daarenboven deel uitmaakt van het gemeenschappelijk vermogen. Als mede-eigenaar van de boekhouding is de situatie van de andere echtgenoot analoog aan die van de wettige erfgenamen, de algemene legatarissen en de legatarissen ten algemene titel.

975 Iedere vennoot is mede-eigenaar van het *vennootschapsvermogen*, zodat, in geval van verdeling van dat vermogen, op zijn eerste verzoek hem de volledige boekhouding van de vennootschap moet worden overgelegd.

976 In tegenstelling tot de voorgaande gevallen waarin de overlegging van de volledige boekhouding telkens gebeurt aan mede-eigenaars omdat ervan uitgegaan wordt dat hun belangen primeren op de vrijwaring van de handelsgeheimen, zijn de schuldeisers geen mede-eigenaars, doch wordt hen, in geval van *faillissement*, toch de mogelijkheid geboden om de overlegging van de boekhouding van hun schuldenaar te vragen. Er wordt immers aangenomen dat op het ogenblik van het faillissement de afweging tussen enerzijds de individuele belangen van de schuldeisers en anderzijds de vrijwaring van de handelsgeheimen van de schuldenaar niet meer moet worden gemaakt. De handelszaak wordt immers niet meer uitgebaat.

977 In geval van overlegging moet de boekhouding ter griffie worden neergelegd of aan een derde worden overhandigd, waarbij de tegenpartij en de rechter de mogelijkheid hebben ze in haar geheel te onderzoeken (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3, 87, nr. 5466). De rechter kan vrij de modaliteiten van de overlegging bepalen, beperken, weigeren... (A. CLABOTS, “Artikel 21-24 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 8).

3. De “openlegging” van de boekhouding (art22-24 W.Kh.)

978 De “openlegging” van de boekhouding (*la représentation*) betreft het geheel of een gedeelte daarvan (art. 22 W.Kh.). Zij is de nor-

male wijze van (gedwongen) aanwending in rechte van boekhoudkundige stukken. De regeling sluit nauw aan bij de artikelen 871 en 877 Ger.W.

979 Wanneer wordt verzocht om de openlegging van de boekhouding van een handelaar, moet worden gepreciseerd welk deel men precies wil zien en wat daarvan de relevantie is in het raam van het voorliggende geschil. Een niet-gepreciseerd verzoek wordt immers gelijkgesteld met een verzoek tot overlegging, terwijl de overlegging slechts mogelijk is in de limitatief door de wetgever opgesomde gevallen (A. CLABOTS, “Artikel 20 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5, nr. 9)

De rechter oordeelt soeverein al dan niet in te gaan op de vordering tot openlegging.

Nadat de openlegging is bevolen, neemt de rechtbank (desnoods via een ambtelijke opdracht – art. 23 W.Kh.) kennis van de inhoud van de boekhouding en bepaalt zij, eventueel na advies van een deskundige, de relevante delen daarvan, zijnde die delen die betrekking hebben op het voorliggende geschil (art. 22 en 23. W.Kh.). Enkel van die delen van de boekhouding kan de tegenpartij kennisnemen. Niet vereist is daarbij dat de tegenpartij rechtstreeks kennis krijgt van de betrokken boekhoudkundige stukken. De handelaar kan die delen ook laten zien ter terechtzitting van de rechtbank of aan deskundigen of scheidslieden (Cass. 5 februari 1903, *Pas.* 1903, I, 102; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3, 87, nr. 5465; A. CLABOTS, “Artikel 21 - 24 W. Kh.” in *Handels-en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 5-7, nrs. 9-14; G.L. BALLON, “De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming” (noot onder Kh. Bergen 4 januari 2007), *DAOR* 2007, 262, nr. 3).

980 Artikel 22 W.Kh. bepaalt dat de rechter in de loop van een rechtsgeding, zelf sam tshalve, de openlegging kan bevelen van het geheel of van een gedeelte van de boekhouding van een handelaar, teneinde daaruit datgene te nemen wat het geschil betreft (zie bv. Cass. 5 februari 1903, *Pas.* 1903, I, 102). Wanneer de rechter de openlegging van een boekhouding ambtshalve beveelt, impliceert zulks evenwel niet noodzakelijk dat daarmee aan die boekhouding bewijswaarde wordt toegekend (Cass. 8 februari 1957, *Pas.* I, 683).

981 Wanneer de handelaar ondanks bevel daartoe zonder rechtvaardiging weigert zijn boekhouding open te leggen, kan de rechter:

- ingeval de tegenpartij verklaard heeft de bewijskracht van die boekhouding te erkennen, in die weigering het begin van bewijs zien bedoeld bij artikel 1367, 2° BW en aan de tegenpartij de aanvullende eed opdragen (art. 24 W.Kh.; Cass. 21 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 794):

iedere partij moet het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert (art. 870 Ger.W.); wanneer de partij die de bewijslast draagt daaraan enkel kan tegemoetkomen door erkenning van de bewijskracht van de boekhouding van haar tegenpartij en de daarmee gepaard gaande openlegging van die boekhouding, en de tegenpartij weigert haar boeken open te leggen, slaagt eerstgenoemde partij er in beginsel niet in een afdoende bewijsvoering te doen; in voorkomend geval wordt dan door de rechter een aanvullende eed opgelegd aan de partij die de bewijslast draagt; op die manier worden de door die partij gedane verklaringen in belangrijke mate gevaloriseerd, omdat het ongunstig vermoeden (dat de boeken in tegenspraak zijn met die verklaringen) wordt weerlegd door de onder eed afgelegde verklaring (A. CLABOTS, “Artikel 21-24 W.Kh.” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 2006, 6-7, nr. 14); maar, het opdragen van de aanvullende eed is niet meer dan een mogelijkheid voor de rechter, die zelfs niet verplicht is geloof te hechten aan de afgelegde eed (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 182, nr. 206);

- ingeval de tegenpartij wel de openlegging van de boekhouding heeft gevraagd, maar zonder te verklaren de bewijskracht daarvan te erkennen, de weigering over te gaan tot openlegging van de boekhouding als een feitelijk vermoeden tegen de handelaar beschouwen (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde” in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2007, VI.3, 87, nr. 5466; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2408, nr. 1786; D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 182, nr. 206; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X., *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, Kluwer, 2003, 39, nr. 550; X. DIEUX, “De vrije bewijsvoering in het Belgische handelsrecht”, *TBH* 1987, 106).

§ 3. De andere wettelijk geregelde bijzondere bewijsmiddelen

982 Naast de aanvaarde factuur en de regelmatige boekhouding kent de wetgever in handelszaken nog vele andere specifieke bewijsmiddelen. Een exhaustief overzicht van al deze bewijsmiddelen valt buiten de grenzen van deze studie. Hierna volgen ter illustratie alleen enkele voorbeelden.

983 Talrijke bijzondere wetten schrijven voor dat processen-verbaal opgesteld door de bevoegde ambtenaren en waarbij bepaalde wetsovertredingen worden vastgesteld, gelden tot bewijs van het tegendeel. Die bewijskracht geldt ook wanneer een dergelijk proces-verbaal wordt aangewend als bewijsmiddel voor de burgerlijke rechter (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 18, nr. 1.3.1).

Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 9, § 1, tweede lid wet van 11 juni 2004 tot betegeling van bedrog met de kilometerstand van voertuigen, artikel 23, tweede lid wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, artikel 17, § 1 wet van 10 augustus 2001 betreffende de Centrale voor Kredieten aan Particulieren...

984 In de vervoersector voorziet de wetgever in een specifieke regeling inzake de bewijskracht van allerhande vervoerdocumenten.

Zie bijvoorbeeld artikel 11 verdrag van Montreal van 28 mei 1999 tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer, artikel 12 Uniforme Regelen van 3 juni 1999 betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van goederen (CIM-verdrag), artikel 6, § 3 Uniforme Regelen van 3 juni 1999 betreffende de overeenkomst van internationaal spoorwegvervoer van reizigers (CIV-verdrag), artikel 9.1 verdrag 19 mei 1956 betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), artikel 38, § 2 en 3 wet 3 mei 1999 betreffende het (nationaal) vervoer van zaken over de weg. Bijzondere bewijsmiddelen zijn daarenboven voorzien tot vaststelling van de toestand van de vervoerde goederen (zie daarover G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 92-93, nr. 3.2.4.3).

985 Andere bijzondere wetten bepalen uitdrukkelijk hoe het bewijs van een bepaald feit kan worden geleverd (G. L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 19, nr. 1.3.1 en 24, nr. 1.3.3). Dat is bijvoorbeeld het geval met:

- artikel, 1^o, laatste lid programmawet 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap, dat voorschrijft dat, behoudens bewijs van het tegendeel, het bewijs dat de onderneming aan de definitie van een KMO beantwoordt, wordt geacht te zijn geleverd door een verklaring op eer;
- artikel 4, § 3 en 5, § 3 programmawet 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap en de artikelen 7-8 KB van 21 oktober 1998 tot uitvoering van Hoofdstuk I van Titel II van die wet (*BS* 19 november 1998) dat een opsomming geeft van de bewijsmiddelen die volledige bewijskracht hebben ten aanzien van het voorhanden zijn van de basiskennis van het bedrijfsbeheer;
- de wet van 3 mei 1999 betreffende het vervoer van zaken: krachtens artikel 7 moet elke onderneming die het beroep van ondernemer van vervoer van zaken over de weg wil uitoefenen of dat beroep uitoefent, voldoen aan de bij of krachtens deze wet gestelde voorwaarden inzake betrouwbaarheid, vakbekwaamheid en financiële draagkracht; artikel 9 duidt de bewijsmiddelen aan waarmee de betrouwbaarheid wordt aangetoond, terwijl de artikelen 10-12 de bewijsmiddelen opgeven waarmee de vakbekwaamheid wordt bewezen en artikel 13 deze die de financiële draagkracht aantonen;
- artikel 103, derde lid Venn.W. dat voorschrijft dat de afschriften die door de Nationale Bank van België worden verstrekt, als enig bewijs gelden van de neergelegde jaarrekening en de bij de jaarrekening neer te leggen stukken;
- de artikelen 235, eerste lid (bvba), 357 en 368 (cv) en 465, eerste lid (nv) Venn.W. die voorschrijven dat de eigendom van de effecten op naam bewezen wordt door de inschrijving in het aandelhoudersregister of in het register van de obligaties (met dien verstande dat die inschrijving geen exclusief bewijsmiddel is); zie voor de overdracht van dergelijke effecten op naam, de artikelen 250 (bvba), 365 (cvba) en 504, eerste lid (nv) Venn.W.;
- artikel 533ter Venn.W. dat bepaalt dat het bewijs dat een persoon het vereiste aandeel in het kapitaal bezit om te behandelen onderwerpen op de agenda van de algemene vergadering van een beursgenoteerde vennootschap te laten plaatsen en om voorstellen tot besluit in te dienen met betrekking tot op de agenda opgenomen of daarin op te nemen te behandelen onderwerpen, kan worden geleverd op grond van een certificaat van inschrijving van de betrokken aandelen in het register van de aandelen op naam van de vennootschap (inzake aandelen op naam) of door middel van een door de erkende rekeninghouder of vereffeningsinstelling opgesteld attest waaruit blijkt dat het betrokken aantal aandelen op zijn naam op rekening is ingeschreven (inzake gedematerialiseerde aandelen);

- de artikelen 7, § 1 wet 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en 5, eerste alinea KB 13 februari 1991 houdende de inwerkingtreding en uitvoering van de voormelde wet die bepalen dat de verzekeraar aan de verzekeringnemer een bewijs afgeeft van het bestaan van de verzekeringsovereenkomst, meer bepaald het internationale verzekeringsbewijs (de “groene kaart”) dat door het Belgisch Bureau van Autoverzekeraars in het kader van de interbureauovereenkomsten wordt uitgegeven;
- artikel 4 KB 10 december 2010 betreffende de werkingsregels van de weddenschappen dat voorschrijft dat het ticket dat door de agent-vergunninghouder van weddenschappen na aanneming van een weddenschap aan de speler moet worden overhandigd en waarop een aantal vermeldingen moeten voorkomen, geldt als bewijs van de gesloten weddenschap;

– ...

986 Het handelsrecht kent ook talrijke wettelijke weerlegbare vermoedens, zoals bijvoorbeeld artikel 33, § 2 wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen, artikel 9 programmawet 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap... Daarnaast bestaan er talrijke bijzondere vermoedens op grond van handelsrechtelijke gewoonten (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 20, nr. 1.3.1).

AFDELING III

HET BEWIJSRECHT IN HANDELSZAKEN EN HET BEWIJSRECHT IN BURGERLIJKE ZAKEN. EEN VERGELIJKING

987 Wanneer het bewijsstelsel in handelszaken wordt vergeleken met het bewijsstelsel in burgerlijke zaken, moet worden vastgesteld dat het verschil tussen beide bewijsstelsels beperkt is tot drie essentiële punten: de afwezigheid van formalisme van de akte, de vooraanstaande rol van de feitelijke vermoedens als bewijsmiddel en de mogelijkheid tot aanwending van andere dan de in burgerlijke zaken toegelaten bewijsmiddelen (vgl. D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 120, nr. 133 die alleen de eerste twee punten vermeldt).

Anders dan in burgerlijke zaken is vooreerst in handelszaken de akte in principe van zijn formalisme bevrijd. De artikelen 1325, 1326 en 1328 BW gelden niet in handelszaken.

Verder geldt in handelszaken artikel 1341 BW niet, waardoor vooral de feitelijke vermoedens een vooraanstaande rol spelen (D. MOUGENOT, *La preuve*, 123, nr. 56). Met getuigen en met feitelijke vermoedens kan worden bewezen in zaken met een waarde boven 375,00 EUR, alsook tegen of boven de inhoud van een akte (met dien verstande dat dit laatste door de rechtspraak maar zelden wordt aanvaard).

Een treffend voorbeeld van de vooraanstaande rol van de feitelijke vermoedens als bewijsmiddel in handelszaken is het omstandig stilzwijgen (het louter stilzwijgen impliceert geen bewijs van verbintenissen, zelfs niet tegenover handelaars: Gent 4 maart 2009, *DCCR* 2009, 135, noot G.L. BALLON) dat in aanmerking komt als feitelijk vermoeden van aanvaarding (Vred. Zomergem 27 februari 2009, *RW* 2009-10, 1449). Terwijl gelet op artikel 1341 BW stilzwijgen in burgerlijke zaken (voor zover het al als een feitelijk vermoeden wordt aanvaard) bij het bewijs van rechtshandelingen slechts in beperkte mate van belang is, wordt in handelszaken stilzwijgen vlugger als feitelijk vermoeden aanvaard en speelt het daar krachtens artikel 25, eerste lid W.Kh. een belangrijke rol bij het bewijs van rechtshandelingen (F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 83, nr. 118; D. MOUGENOT, *La preuve*, 287, nr. 243). Een ander voorbeeld van het belang van feitelijke vermoedens als bewijsmiddel in handelszaken is te vinden bij de aanwending van nieuwe technologieën. Feitelijke vermoedens laten toe nieuwe technieken gemakkelijker als bewijsmiddel te aanvaarden (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 120, nr. 6).

Ten slotte kan in handelszaken worden bewezen met aanwending van andere dan de in burgerlijke zaken toegelaten bewijsmiddelen. Sommige van die andere bewijsmiddelen worden door de wet geregeld, waarvan de belangrijkste zijn: de aanvaarde factuur en de regelmatige boekhouding.

988 Voor het overige vertonen beide bewijsstelsels grote gelijkenissen, vooral omdat:

- zoals in handelszaken, in burgerlijke zaken in strijd met artikel 1325 BW de bewijskracht van briefwisseling wordt aanvaard, en, in strijd met artikel 1347 BW wordt aangenomen dat het begin van bewijs door geschrift zelfs niet moet uitgaan van degene tegen wie het wordt ingeroepen;
- zoals in burgerlijke zaken, in handelszaken het getuigenbewijs met grote omzichtigheid benaderd;

terwijl daarenboven talrijke geschillen (bv. inzake delictuele, *quasi*-delictuele of contractuele aangelegenheden) feitenkwesties tot voorwerp hebben die door alle middelen van recht mogen worden bewezen en de procedureregels door het Gerechtelijk Wetboek uniform zijn gemaakt (D. MOUGENOT, *La preuve*, 126, nr. 60). Vandaar dat vastgesteld moet worden dat de bewijsregeling in burgerlijke en in handelszaken in de praktijk naar elkaar toegroeien (G.L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, 98, nr. 4.1).

TITEL VI

DE GRENZEN VAN HET BURGERLIJK BEWIJSRECHT

989 Het formeel en materieel burgerlijk bewijsrecht is niet onbegrensd. Een dubbele begrenzing van dat bewijsrecht kan worden onderscheiden. Het burgerlijk bewijsrecht wordt vooreerst begrensd door aan het bewijsrecht zelf vreemde rechtsregels. Dat betreft het leerstuk van het ongeoorloofde bewijsmiddel (hoofdstuk I). Daarnaast vindt het burgerlijk bewijsrecht een tweede begrenzing in de wilsautonomie. Er kan sprake zijn van bewijsovereenkomsten en bewijsclausules (hoofdstuk II).

HOOFDSTUK I

**HET ONGEOORLOOFD KARAKTER VAN DE AANGEWENDE
BEWIJSMIDDELEN**

990 De eerste grens van het burgerlijk bewijsrecht betreft in het bijzonder de kwestie van de bewijsmiddelen die in rechte kunnen worden aangewend. Meer bepaald moet de door de partijen aangewende bewijsmiddelen niet alleen toegelaten zijn, zij moeten ook geoorloofd zijn (afdeling I). Er zijn twee soorten ongeoorloofde bewijsmiddelen: de onrechtmatige bewijsmiddelen en de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen (afdeling II). De wijze waarop het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen wordt gesanctioneerd, is te vinden in de rechtspraak (afdeling III).

AFDELING I

**DE VEREISTE VAN DE GEOORLOOFDHEID VAN DE AANGEWENDE
BEWIJSMIDDELEN**

991 Over de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen hebben we het hierboven onder de nummers 284 e.v. reeds uitvoerig gehad. De toelaatbaarheid duidt aan of een bewijsmiddel krachtens de wet, inzonderheid krachtens het bewijsrecht, al dan niet in rechte mag worden aangewend tot bewijs van het betwist feit. Het niet-toelaatbaar bewijsmiddel moet door de rechter ambtshalve worden verworpen, zonder dat hij er de grondslag of de draagwijdte mag van onderzoeken (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 240, nr. 2).

Denk hier bijvoorbeeld aan artikel 1341 BW dat in burgerlijke zaken bewijs door getuigen of door feitelijke vermoedens verbiedt wat aangaat rechtshandelingen waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt.

992 Van de toelaatbaarheid te onderscheiden is de geoorloofdheid van een bewijsmiddel (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 159, nr. 18; *anders*: D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 240, nr. 2).

Wordt bijvoorbeeld in burgerlijke zaken van een rechtshandeling waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt toch een getuigenbewijs of een bewijs door feitelijke vermoedens aangeboden, dan is dat bewijsmiddel niet toelaatbaar, hoewel het niet als ongeoorloofd kan worden gekwalificeerd.

In geval van ongeoorloofdheid van een aangewend bewijsmiddel vloeit het verbod om dat bewijsmiddel in rechte aan te wenden voort, niet uit het bewijsrecht zelf (zoals in-

zake de toelaatbaarheid), doch wel uit de miskennis van rechtsregels die vreemd zijn aan het bewijsrecht (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 240, nr. 2).

Tot bewijs van een rechtshandeling waarvan de waarde 375,00 EUR overschrijdt, is in burgerlijke zaken bijvoorbeeld briefwisseling een toelaatbaar bewijsmiddel. Daarnaast kan evenwel de vraag worden gesteld of degene die de briefwisseling als bewijsmiddel aanwendt, zulks ook mag doen indien hij daarvan op onrechtmatige wijze het bezit heeft verkregen en de briefwisseling als bewijsmiddel daardoor een ongeoorloofd karakter heeft.

993 Als regel geldt dat de gebruikte bewijsmiddelen geoorloofd moeten zijn, dit ongeacht of het bewijsstelsel vrij is dan wel gereguleerd. Dat betekent meer bepaald dat de bewijslevering moet gebeuren op een manier die niet indruist tegen de grondslagen van onze rechtsorde. De bewijslevering moet dus gebeuren met eerbiediging van het recht (zie o.m.: B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidvereiste in het burgerlijk recht”, *RW* 2002-03, 41-60; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 153, nr. 1; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685).

Een bewijsmiddel is geoorloofd wanneer het op zich rechtmatig is en bovendien rechtmatig verkregen werd (Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326; Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 331, noot B. ALLEMEERSCH). Van een ongeoorloofd bewijsmiddel is sprake telkens wanneer dat bewijsmiddel strijdig is met de wet. Maar, opdat sprake zou zijn van een ongeoorloofd bewijsmiddel is een wetsovertreding niet vereist. Het volstaat dat het bewijsmiddel op een deloyale wijze werd verkregen, bijvoorbeeld buiten weten om van de persoon tegen wie men wil bewijzen.

994 In geval van betwisting draagt degene die het bewijsmiddel inroept de bewijslast van het geoorloofd karakter daarvan (Cass. 10 november 2008, *JLMB* 2009, 347; Bergen 25 juni 1990, *TRV* 1990, 382, noot en *JDSC* 2000, 205, noot M. CALUWAERTS; *anders*: Bergen 23 november 2004, *JLMB* 2006, 994; Gent 16 juni 2005, *RABG* 2006, 485, noot M. GOVAERTS; Antwerpen 19 december 2007, *RW* 2008-09, 1558, noot F. APS en *P&B* 2008, 235, noot; Rb. Mechelen 4 januari 2007, *P&B* 2008, 247, noot (hervormd door Antwerpen 19 december 2007 hiervoor vermeld).

995 Alvorens het onderwerp van de ongeoorloofde bewijsmiddelen van naderbij te onderzoeken, moet vooraf nog worden gewezen op het daarvan te onderscheiden (vooral in handelszaken bestaande) gevaar van afwendingsmaatregelen (overlegging van stukken, beslag inzake namaak...) met het oog op industriële spionage. Soms worden die onderzoeksmaatregelen inderdaad aangewend, niet om bewijsmateriaal in het kader van een geschil te vergaren, doch wel om vertrouwelijke informatie te bekomen betreffende de professionele acti-

viteiten van een concurrent. In die gevallen behoort het aan de rechter om alle nuttige maatregelen te treffen teneinde de rechtmatige belangen te beschermen van de betrokken partijen (D. MOUGENOT, “La preuve” in X., *Traité pratique de droit commercial*, Tome I, *Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, 109, nr. 120).

AFDELING II

DE SOORTEN ONGEORLOOFDE BEWIJSMIDDELEN

996 Er bestaan twee soorten ongeoorloofde bewijsmiddelen: de onrechtmatige bewijsmiddelen en de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen (Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 331, noot B. ALLEMEERSCH; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326; zie verder o.m. B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, 41; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 437 e.v.; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk recht*, 389; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, 158; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, 657; F. HENDRICKX, “Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?”, *TSR* 2006, 671; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 180; K. WAGNER, “Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken” in D. SERRUS (ed.), *Actualia gerechtelijk recht*, Brussel, Larcier, 2008, 141; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 56, nr. 32).

§ 1. De onrechtmatige bewijsmiddelen

997 Onrechtmatige bewijselementen zijn bewijsmiddelen die zijn opgesteld in strijd met de wet. Hier raakt de onrechtmatigheid het bewijsmiddel zelf en niet de wijze van verkrijging. De bewijselementen waarvan sprake zijn dus uit hun aard onrechtmatig, ongeacht wie ze in handen heeft gekregen en hoe die verkrijging is gebeurd (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 5; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 173, nr. 28).

Zo zijn bijvoorbeeld medische attesten en briefwisseling van een partij met haar arts en advocaat beschermd door het beroepsgeheim, zodat, zelfs als de andere echtgenoot er niet op onrechtmatige wijze van in het bezit gekomen is (ingevolge diens recht op nieuwsgierigheid), hij ze niet in een procedure tot echtscheiding mag gebruiken zonder de toestemming van de betrokken echtgenoot (Brussel 27 januari 1998, *AJT* 1998-99, 57).

998 Daarbij moet het begrip “wet” zeer breed worden geïnterpreteerd. Komen in aanmerking: internationale verdragen

(zoals bv. het EVRM), de Grondwet, de interne Belgische wetgeving, alsook algemene rechtsbeginselen (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 240, nr. 1). In dat verband wordt vastgesteld dat steeds meer rechtsregels de bescherming beogen van grondrechten, vaak in de sfeer van het arbeidsrecht (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 241, nr. 3).

999 De onrechtmatige bewijsmiddelen kunnen onderverdeeld worden in drie groepen: de wettelijke bewijsverboden, de bewijsverboden die voortvloeien uit de bescherming van grondrechten of mensenrechten en de bewijsverboden die het gevolg zijn van algemene (procesrechtelijke) beginselen (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR, CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 439, nr. 5; vgl. B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 56 e.v., nr. 34 e.v.).

A. DE WETTELIJKE BEWIJSVERBODEN

1000 Een wettelijk bewijsverbod is een bewijsverbod waarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag bestaat.

1001 De wet kent meerdere toepassingsgevallen. Hieronder wordt een aantal voorbeelden daarvan aangehaald.

Een eerste voorbeeld van een dergelijk wettelijk bewijsverbod is artikel 1728 Ger.W. inzake bemiddeling in burgerlijke en handelszaken. De documenten die worden opge maakt en de mededelingen die worden gedaan in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure zijn vertrouwelijk. Zij mogen niet worden aangevoerd in een gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis. De geheimhoudingsplicht kan slechts worden opgeheven met instemming van de partijen om onder meer de rechter in staat te stellen de bemiddelingsakkoorden te homologeren. Bij uitspraak van die geheimhoudingsplicht door een van de partijen doet de rechter of de arbiter uitspraak over de eventuele toekenning van schadevergoeding. Vertrouwelijke documenten die toch zijn medege deeld of waarop een partij steunt in strijd met de geheimhoudingsplicht, worden ambtshalve buiten de debatten gehouden. Onverminderd de verplichtingen die hem bij wet worden opgelegd, mag de bemiddelaar de feiten waarvan hij uit hoofde van zijn ambt kennis krijgt, niet openbaar maken. Hij mag door de partijen niet worden opgeroepen als getuige in een burgerrechtelijke of administratieve procedure met betrekking tot de feiten waarvan hij in de loop van zijn bemiddeling kennis heeft genomen. Artikel 458 Sw. is van toepassing op de bemiddelaar. In het raam en ten behoeve van zijn opdracht kan de bemiddelaar, met instemming van de partijen, de derden horen die daarmee instemmen of, wanneer de complexiteit van de zaak zulks vereist, een beroep doen op een deskundige inzake het behandelde vakgebied. Zij zijn gehouden tot dezelfde geheimhoudingsplicht. Ook artikel 458 Sw. is van toepassing op de deskundige. Bemiddeling heeft derhalve een vertrouwelijk karakter, hetgeen noodzakelijk is voor haar kansen op succes. De documenten die worden opgemaakt en de mededelingen die worden gedaan in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure, zijn daarom ongeoorloofd als bewijsmiddel. Dat laatste moet wel restrictief worden opgevat en dus worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is om het vertrouwelijk karakter van de bemiddeling te waarborgen (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR, CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 440, nr. 6). Vallen aldus onder het wettelijk bewijsverbod, de gegevens uitgewisseld met

het oog op de bemiddeling (bv. naar aanleiding van het aanstellen van de bemiddelaar) of tijdens de bemiddelingsprocedure (notities van de bemiddelaar, ontwerpen van akkoord, briefwisseling die betrekking heeft op de bemiddeling...). Zijn integendeel niet begrepen in het wettelijk bewijsverbod, de gegevens die voorafgaan aan de bemiddelingsprocedure. Zo niet zou bemiddeling kunnen worden misbruikt om de voor een partij nadelige bewijselementen te immuniseren (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "De nieuwe bemiddelingswet", *RW* 2004-05, 1487-1488, nr. 15).

Een ander voorbeeld van een wettelijk bewijsverbod is te vinden in artikel 1, § 3 van de wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective (*BS* 2 oktober 1991), dat voorschrijft dat informatie die wordt verkregen door een privédetective uitsluitend moet bestemd zijn voor de opdrachtgever en bedoeld zijn om in zijn voordeel te worden aangewend. Als bewijsmiddel is die informatie voor een ander dan de opdrachtgever ongeoorloofd.

Een derde voorbeeld van een wettelijk bewijsverbod is neergelegd in artikel 10 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen. In het belang van de staat geclassificeerde informatie is als bewijsmiddel slechts geoorloofd binnen de grenzen door de wet voorzien. Het gaat hier om een uitzondering op de regel dat, ingevolge het beginsel van de openbaarheid van het bestuur (art. 32 Gw.), bestuursdocumenten voor eenieder vrij toegankelijk zijn.

B. DE BEWIJSVERBODEN DIE VOORTVLOEIEN UIT DE BESCHERMING VAN GRONDRECHTEN OF MENSENRECHTEN

1002 In een aantal gevallen vloeit het bewijsverbod voort, niet uit een uitdrukkelijke wetbepaling, doch wel uit de bescherming van grondrechten of mensenrechten. In dergelijke gevallen is sprake van schending van de openbare orde of van de goede zeden.

1003 Ook hier kent ons recht meerdere toepassingsgevallen.

Een eerste toepassingsgeval betreft het bewijsverbod dat voortvloeit uit de bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven.

Meer bepaald zijn ongeoorloofd als bewijsmiddel, gegevens die gedekt zijn door het beroepsgeheim (dat strekt tot bescherming van het recht op privacy van de geheimgerechtigde). Briefwisseling of opnames van telefoongesprekken waarvan de inhoud onder het beroepsgeheim valt, maken bijgevolg altijd onrechtmatig bewijs uit. Dat is bijvoorbeeld ook het geval met het medisch dossier. Rechtsgrond voor die bewijsregel wordt gevonden in artikel 929 Ger.W. dat inzake getuigenbewijs voorschrijft dat als een wettige reden om te worden ontslagen van het afleggen van de eed of van het getuigenis onder meer wordt beschouwd, het beroepsgeheim waarvan de getuige bewaarder is (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 42, nr. 6). Het voorleggen van een bewijs door een persoon die daarmee zijn beroepsgeheim schendt, wordt ook strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 458 Sw.). De theorie van het beroepsgeheim moet daarbij dan wel correct worden toegepast, in het bijzonder wat betreft zijn toepassingsgebied. Briefwisseling tussen advocaten valt bijvoorbeeld niet onder die regeling. De vertrouwelijkheid van die briefwisseling is gericht op de bescherming van het private belang van de cliënt en enkel deontologisch geregeld (K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 164, nr. 40; *anders*: Corr. Dendermonde 13 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 157, noot).

In zijn arrest van 27 januari 2000 (Cass. 27 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 229, *JLMB* 2000, 1195, noot F. Aps en *RW* 2000-01, noot F. Aps; zie ook Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 123), dat betrekking heeft op een zaak van echtscheiding op grond van feiten (overspelige homoseksuele relatie van de echtgenoot), oordeelt het Hof van Cassatie dat noch artikel 8 EVRM, noch artikel 29, eerste lid Gw. verbod inhouden om brieven die men op regelmatige wijze in zijn bezit heeft gekregen, in rechte te gebruiken. Bij arrest van 13 mei 2008 oordeelde

ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat er ter zake geen sprake is van een inbreuk op artikel 8 van het verdrag (Hof Mensenrecht 13 mei 2008, nr. 65097/01 (N.N. en T.A./België), *RW* 2010-11, 1196). Op grond van die (cassatie)rechtspraak wordt vaak aangenomen dat er, ook buiten het raam van verhoudingen tussen echtgenoten, voor de partijen die daarbij rechtstreeks betrokken waren (of voor derden die deze gegevens op regelmatige wijze in hun bezit hebben gekregen), geen principiële verbod bestaat om in rechte als bewijsmiddel gebruik te maken van vertrouwelijke mededelingen gedaan in briefwisseling en in andere communicatiemiddelen die niet onder het beroepsgeheim vallen (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in *CBR, CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 442-443, nr. 8; B. ALLEMEERSCH, "De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen" (noot onder Gent 6 september 2006, Pol. Brugge 15 september 2005 en Kh. Kortrijk 24 juni 2004), *DAOR* 2007, 336, nr. 5; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 44-45; maar meer genuanceerd B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 166, nr. 4; anders in de zin van op zich ongeoorloofd: Antwerpen 4 april 2001, *AJT* 2001-02, 767; L. CORNELIS en L. SIMONT, "Bewijsrecht en technologische evolutie: enkele overwegingen" in P. DE VROEDE (ed.), *Technologie en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 160; S. BOULLART, "De opname van eigen telefoongesprekken: mét of zonder toestemming van de betrokkenen", *RW* 2002-03, 1610). Hetzelfde zou gelden voor een foto of een geluid- of video-opname gemaakt zonder toestemming van de persoon waarvan het beeld of de stem wordt vastgelegd (Brussel 14 maart 2001, *EJ* 2003, 9, noot N. VAN LEUVEN).

Inmiddels heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 september 2008 (Cass. 9 september 2008, *Soc.Kron.* 2010, 547, concl. M. TIMPERMAN) evenwel geoordeeld:

- dat, ofschoon de verdragrechtelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook betrekking heeft op privécommunicaties en de deelnemers daaraan elkaars privéleven moeten respecteren, het louter opnemen van een dergelijk gesprek waaraan men zelf deelneemt, niet ongeoorloofd is ook al geschiedt dit zonder medeweten van de andere deelnemers;
- dat het gebruik van die opname, buiten het geval van gebruik voor zichzelf (bv. als geheugensteun) en buiten het geval bedoeld bij artikel 314bis, § 2, tweede lid Sw. (met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden gebruikmaken van een wettig gemaakte opname van privécommunicatie of -telecommunicatie), evenwel een inbreuk kan zijn op artikel 8 EVRM en dat het aan de rechter staat dit te beoordelen op grond van de feitelijke gegevens van de zaak, rekening houdend met de redelijke privacyverwachting die de deelnemers konden hebben en die onder meer betrekking heeft op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond.

Een tweede toepassingsgeval vloeit voort uit de bescherming van het recht op familiale orde en verbiedt in zaken waarin ouders of grootouders tegengestelde belangen hebben, alle mogelijke bewijsmiddelen die een verklaring van bloedverwanten in de neerdalende lijn bevatten. Doel van die bewijsregel is voorkomen dat kinderen en kleinkinderen zouden betrokken worden in de twisten van hun bloedverwanten in de opgaande lijn (Cass. 11 oktober 1979, *Arr.Cass.* 1979, 185; Cass. 27 april 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1128; maar zie Gent 12 december 2001, *RW* 2002, 1347 voor een geval waarin slechts een van de ouders in het conflict betrokken is). Als rechtsgrond wordt artikel 931, tweede lid BW aangevoerd dat inzake getuigenverhoor bepaalt dat bloedverwanten in neerdalende lijn niet mogen worden gehoord in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 49-50, nrs. 31-33).

C. DE BEWIJSVERBODEN DIE HET GEVOLG ZIJN VAN ALGEMENE (PROCESRECHTELIJKE) BEGINSELEN

1004 Een laatste reeks bewijsverboden vindt zijn oorsprong in algemene (procesrechtelijke) beginselen.

Dat is bijvoorbeeld het geval met bewijselementen die vallen onder het geheim van het strafrechtelijk onderzoek dat is neergelegd in het Wetboek van Strafvordering, meer bepaald in artikel 28*quinquies* (opsporingsonderzoek) en in artikel 57 (gerechtelijk onderzoek) (Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot). Die gegevens zijn als bewijsmiddel principieel verboden (Antwerpen 18 december 2007, *FJF* 2009, 608; vgl. Rb. Hasselt 19 mei 2010, *FJF* 2011, 473, dat ervan uitgaat dat het hier een onrechtmatig verkregen bewijs betreft). Artikel 458 Sw. is van toepassing op degene die het geheim van het strafrechtelijk onderzoek schendt (bv. de politiedienst die de door hen bij het opsporingsonderzoek verzamelde gegevens meedeelt aan een sociale inspectiedienst).

Een ander toepassingsgeval vloeit voort uit het adagium *fraus omnia corrumpit*. Bewijselementen, waarvan de vervalsing op correcte wijze werd vastgesteld (zie art. 895-915 Ger.W. inzake de valsheidprocedure voor stukken en geschriften), zijn ongeoorloofd als bewijsmiddel. Bijna elk bewijsmiddel komt in aanmerking voor valsheid: geschriften, getuigenissen en onder eed afgelegde verklaringen. Niets ter zake doet of het daarbij gaat om een materiële valsheid (wanneer het stuk als bewijsmiddel door middel van een kunstgreep werd gewijzigd) dan wel om een intellectuele valsheid (wanneer de inhoud van het stuk via kunstgrepen werd gewijzigd) (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorlooftheid-vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 48-49, nrs. 25-30).

§ 2. De onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen

1005 Onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen zijn bewijsmiddelen die uit hun aard rechtmatig en dus op zich wel geoorloofd zijn, maar ongeoorloofd worden omdat ze onrechtmatig verkregen zijn (Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS en *Rev.dr.pén.* 2005, 661, noot C. DE VALKENEER; Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 437, nr. 1; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685; E. DIRIX, "De vruchten van de giftige boom" in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 263-273; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, 242, nr. 5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 67-68, nr. 50).

1006 De onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen kunnen worden onderverdeeld in de volgende groepen: de verkrijging door een strafrechtelijk misdrijf, door inbreuk op wetten die de fundamentele rechten van elke burger waarborgen, door inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven, door inbreuk op een regel van het strafprocesrecht, door inbreuk op het recht van verdediging, door inbreuk op het recht op menselijke waardigheid, maar ook indien bij de bewijsverkrijging gebruik werd gemaakt van immorele of deloyale middelen (vgl. Brussel 31 juli 2007, *AM* 2007, 497, noot J. CEULEERS).

A. VERKRIJGING DOOR EEN STRAFRECHTELIJK MISDRIJF

1007 Men mag de strafwet niet miskennen om zich het nodige bewijs te verschaffen. Het met miskennis van de strafwet verkre-

gen bewijsmiddel is ongeoorloofd. Wie bijvoorbeeld brieven heeft bekomen door zich schuldig te maken aan een strafrechtelijk misdrijf, is niet regelmatig in het bezit van die brieven die hij tot staving van zijn vordering voorlegt (Cass. 19 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 92, noot; Bergen 29 juni 1990, *TRV* 1990, 382, noot).

Van verkrijging door een strafrechtelijk misdrijf is bijvoorbeeld sprake ten aanzien van het bewijsmiddel dat werd verkregen door diefstal, misbruik van vertrouwen, afpersing, schending van het briefgeheim of het af luisteren van privécommunicatie of privételecommunicatie (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 51, nr. 37; L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 254, nr. 214; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685).

Dat is integendeel niet het geval wanneer de aangever nota neemt van documenten (de zwarte boekhouding van zijn werkgever) waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft (Cass. 4 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1).

B. VERKRIJGING DOOR SCHENDING VAN WETTEN DIE DE FUNDAMENTELE RECHTEN VAN ELKE BURGER WAARBORGEN

1008 Ter bescherming van het individu bakenen bepaalde wetten de grenzen af van het recht op bewijsgaring. Bewijsmiddelen verkregen met schending van die wetten die de fundamentele rechten van elke burger waarborgen, zijn ongeoorloofd.

Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 1016bis Ger.W. dat, inzake de vaststelling van overspel, in een aantal waarborgen voorziet. Zo moet de vaststelling gebeuren door een gerechtsdeurwaarder die ten laatste op het ogenblik van die vaststelling de beschikking tot huiszoeking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg moet betekenen. Miskenning van die waarborgen maakt het bewijsmiddel onrechtmatig verkregen (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 446-447, nr. 18).

C. VERKRIJGING DOOR SCHENDING VAN HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉLEVEN

1009 Ongeoorloofd is het bewijsmiddel dat is verkregen met schending van het recht op privacy, dat is neergelegd in artikelen 8 EVRM, 17, eerste lid IVBPR en in de artikelen 22 en 29, eerste lid Gw. en waaraan horizontale werking wordt toegekend (L. CORNELIS, *De verbintenissen*, 254, nr. 214).

Dat is bijvoorbeeld het geval met vaststellingen van feiten door de werkgever gedaan aan de hand van video- en geluidsopnames die door middel van een geheime en verborgen camera met microfoon werden gemaakt van de werknemer terwijl hij werkzaam was in de winkelruimte van de werkgever (Cass. 27 februari 2001, *AJT* 2000-01, 949, noot I. VERHELST en *RW* 2001-02, 1171, noot P. HUMBLET; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005, 23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; Antwerpen 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 1186, noot P. HUMBLET; Antwerpen 26 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006,

31, noot F. VERBRUGGEN; Arbrb. Luik 6 maart 2007, *JLMB* 2008, 389 en *RRD* 2006, 488, noot K. ROSIER, S. GILSON). Hetzelfde geldt in principe voor het zonder voorafgaand verwittigen controleren van e-mail en internetgebruik van het personeel (Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143; Arbh. Antwerpen 15 november 2005, *Limb.Rechtsl.* 2007, 315, noot S. RENETTE; Arbh. Gent, afd. Brugge 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Arbrb. Gent 1 september 2008, *TGR-TWVR* 2009, 275).

Een ander voorbeeld betreft het inbreken in de persoonlijke computer van een bijna meerderjarige dochter, alsmede de registratie en het afdrucken in het geheugen ervan – zonder kennis en voorafgaande toestemming van de minderjarige – van gevoerde chatgesprekken van de minderjarige met derden, *a fortiori* met de andere ouder (Gent 23 april 2009, *RABG* 2010, 807, noot E. DE MAEYER, C. VERGAUWEN).

1010 In zijn arrest van 9 januari 2001 (*Arr.Cass.* 2001, 26 en *Computerr.* 2001, 199, noot J. DUMORTIER) oordeelde het Hof van Cassatie evenwel dat hij die een telefoongesprek voert, het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling niet kan inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek (bv. ontvangers van telefoongesprekken die zich beklaagden over bedreigingen en die tot bewijs daarvan die gesprekken op geluidsband hadden opgenomen zonder dat de oproepers daarvan op de hoogte waren), daar hijzelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van dat recht. Van een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel is dus geen sprake ten aanzien van degene die door de beschermde partij zelf deelachtig werd gemaakt aan de vertrouwelijke informatie. Maar, voor een geval waarin integendeel de opbeller, de initiatiefnemer van het telefoongesprek, de conversatie had opgenomen zonder dat de ontvangers dit wisten, zie het hierboven reeds besproken cassatiearrest van 9 september 2008 (*Cass.* 9 september 2008, *Soc.Kron.* 2010, 547, concl. M. TIMPERMAN).

1011 De bestemming van een brief zal om dezelfde reden normalerwijze op rechtmatige wijze het bezit daarvan verkregen hebben, hetzij doordat deze hem door de auteur rechtstreeks werd afgegeven, hetzij doordat de brief hem werd bezorgd door een tussenpersoon aan wie de auteur de brief met dat oogmerk heeft toevertrouwd. Maar het bezit kan bijvoorbeeld toch onrechtmatig zijn ingeval de geadresseerde zich op ongeoorloofde wijze een brief heeft toegeëigend die de auteur daarvan niet zou hebben verzonden. Voor zover de brief hen regelmatig is overgemaakt, kunnen in principe ook de algemene rechtsopvolgers en de rechtsoptvolgers ten algemenen titel van de bestemming de brief als bewijsmiddel inroepen. Voor een geval waarin dit toch niet het geval was zie *Cass.* 19 september 1975, *Arr.Cass.* 1976, 92. Maar, in hoofde van derden die door toeval of ingevolge toezending bij vergissing in het bezit van brieven zijn gekomen, is er geen rechtmatige verkrijging (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2395, nr. 1772).

1012 Ook echtgenoten kunnen zich tegenover elkaar niet beroepen op bescherming van hun recht op privacy. Tussen echtgenoten bestaat immers de verplichting tot samenwoning en trouw. Echtgenoten mogen controleren of hun mede-echtgenoot zijn echtelijke verplichtingen nakomt en beschikken

dan ook over en weer over een recht op nieuwsgierigheid, aangezien zij ingevolge het huwelijk de verplichting op zich nemen om elkaar deelachtig te laten worden in hun intieme levenssfeer (F. APS, “Het ‘recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten’ en de toelaatbaarheid van geluidsmateriaal in een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten”, *EJ* 2001, 31 e.v.). Tussen hen kunnen bewijsmiddelen (brieven, e-mails, dagboek, foto’s, geluids- of video-opname) in principe niet onrechtmatig verkregen zijn om reden van inbreuk op het recht op privacy. Uitzondering daarop wordt evenwel gemaakt wanneer het recht op nieuwsgierigheid obsessieel of disproportioneel wordt uitgeoefend (Brussel 14 maart 2001, *EJ* 2003, 9, noot N. VAN LEUVEN; Gent 16 juni 2005, *RABG* 2006, 485, noot M. GOVAERTS; Antwerpen 19 december 2007, *RW* 2008-09, 1558, noot F. APS en *P&B* 2008, 235, noot; Rb. Mechelen 4 januari 2007, *P&B* 2008, 247, noot).

1013 In het cassatiearrest van 4 november 2010 (*Pas.* 2010, 2886) wordt, in het raam van de wet van 21 december 1998 betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden (die voorziet in administratieve geldboetes), geoordeeld dat uit de omstandigheid dat videobeelden (die het bewijs kunnen opleveren van de gestrafte feiten) op een internetsite werden ontdekt, niet kan worden afgeleid dat het om een ongeoorloofd bewijsmiddel gaat, dat eerbied voor het privéleven of het recht van verdediging van de betrokken personen miskent.

1014 Het al dan niet geoorloofd karakter van de bewijsverkrijging is ten slotte afhankelijk van een aantal wettelijke bepalingen die rechtstreeks of onrechtstreeks de grenzen afbakenen tussen het recht op bewijs en de bescherming van het privéleven (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR, CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 446-447, nr. 18). Dat is bijvoorbeeld het geval met:

- de hierboven reeds aangehaalde wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective (*BS* 2 oktober 1991): zie bijvoorbeeld Cass. 5 november 2004, *RW* 2006-07, 1605 inzake het bespioneren of het nemen van beelden van personen die zich bevinden in niet voor het publiek toegankelijke plaatsen;
- de wet van 8 december 1992 tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*BS* 18 maart 1993): zie bijvoorbeeld Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT;
- de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennismaken en opnemen van privécommunicatie en telecommunicatie (*BS* 24 januari 1995);
- de algemeen verbindend verklaarde cao’s nr. 68 (van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats) en nr. 81 (van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische online-communicatiegegevens) die respectievelijk het gebruik van verborgen of geheime camera’s op de werkvloer en de controle van het e-mailverkeer van werknemers regelen (P. HUMBLET, “Het gebruik van video-opnamen als bewijsmiddel: laat honderd bloemen bloeien” (noot onder Antwerpen 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 1187-1189; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 180-183).

D. VERKRIJGING DOOR MISKENNING VAN EEN REGEL VAN HET STRAFPROCESRECHT

1015 Bij de bewijsverkrijging moeten de regels van het strafprocesrecht worden geëerbiedigd.

Ongeoorloofd omwille van de reden hier aan de orde is bijvoorbeeld het bewijsmiddel dat onrechtmatig werd verkregen ingevolge onwettig doorzoeken van een voertuig in strijd met artikel 29 van de wet op het politieambt (Cass. 14 oktober 2003, *RW* 2003-04, 814, concl. Adv. Gen. M. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *NJW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS en *T.Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST) of ingevolge een onwettige huiszoeking (Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1829, concl. DUINSLAAGER, *CDPK* 2005, 610, noot A. VANDAELE, *RCJB* 2007, 36, noot J. VAN MEERBEECK, M. MAHIEU, *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER, *T.Strafr.* 2005, 285, noot R. VERSTRAETEN, S. DE DECKER en *Vigiles* 2004, 171, noot F. SCHUERMANS; Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1835, concl. DUINSLAAGER, *RABG* 2005, 511, noot F. SCHUERMANS, *RCJB* 2007, 40, noot J. VAN MEERBEECK, M. MAHIEU en *Rev.dr.pén.* 2005, 665, noot C. DE VALKENEER; Antwerpen 23 april 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 48, noot C. STUYCK).

In dezelfde zin werd beslist dat een ambtenaar van de Administratie van Douane en Accijnzen, die regelmatig belast is met een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van de douanewetgeving, alleen naar aanleiding van een dergelijke controle gemachtigd is om, met de onderzoeksmiddelen eigen aan de douanewetgeving, inlichtingen in te zamelen die dienstig zijn voor een juiste heffing van de door de gecontroleerde persoon verschuldigde directe belastingen. Buiten het geval dat enig vermoeden bestaat dat goederen worden vervoerd, heeft hij niet het recht een voertuig te controleren en personen te fouilleren uitsluitend om nuttige inlichtingen in te winnen voor de heffing van de directe belastingen (Cass. 23 april 1993, *Arr.Cass.* 1993, 393).

E. VERKRIJGING DOOR MISKENNING VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING

1016 Ongeoorloofd is het bewijsmiddel dat onrechtmatig werd verkregen door een daad die onverenigbaar is met de verplichting tot eerbiediging van het recht van verdediging, zelfs indien die daad niet uitdrukkelijk door de wet is verboden.

Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van bewijskrachtige gegevens bekomen onder de misleidende belofte dat geen vervolging zal worden ingesteld (Cass. 13 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1230).

F. VERKRIJGING DOOR MISKENNING VAN HET RECHT OP MENSELIJKE WAARDIGHEID

1017 Ongeoorloofd is verder het bewijsmiddel dat onrechtmatig werd verkregen met miskenning van artikel 3 EVRM en de artikelen 2 en 16 van het verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing.

G. VERKRIJGING DOOR IMMORALE OF DELOYALE MIDDELEN

1018 De bewijsverkrijging moet loyaal gebeuren. Alhoewel de loyauteit in de bewijsgaring vooralsnog enkel in strafzaken als een algemeen rechtsbegin-

sel werd erkend (Cass. 3 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 595; Cass. 5 maart 2003, *Arr.Cass.* 2003, 560; Cass. 25 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1498), niet in burgerlijke zaken (Cass. 5 maart 2002, *Pas.* 2002, 638), geldt de loyauteitsvereiste evenzeer in het burgerlijk bewijsrecht (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 241, nr. 4).

1019 Bewijsmiddelen verkregen door (fysiek of moreel) geweld of dwang of bedreiging zijn ongeoorloofd (Bergen 29 juni 1990, *TRV* 1990, 382, noot; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, 51-52, nr. 39-40; zie bv. Cass. 17 december 1998, *RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN, *R.Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS en *J.dr.jeun.* 1999, 44, noot J. JACKMAIN).

1020 Hetzelfde geldt voor bewijsmiddelen verkregen door bedrog of list.

Zo wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de opname van een (telefoon)gesprek (op zichzelf geen onrechtmatig bewijs als het gesprek geen betrekking heeft op het privéleven van de partijen maar op hun zakelijke relatie en geen van de partijen gebonden is door een beroepsgeheim) in beginsel (tenzij het gesprek niet werd uitgelokt door degene die het heeft opgenomen en het bewijs van het feit enkel op deze wijze kon geleverd worden) onrechtmatig verkregen is wanneer het gesprek heimelijk werd opgenomen (Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326; Gent 16 februari 2010, *TGR* 2010, 258; Kh. Kortrijk 24 juni 2004, *DAOR* 2007, 331, noot B. ALLEMEERSCH; Voorz. Kh. Brussel 12 maart 2008, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 752, noot B. GILLIS; B. ALLEMEERSCH, “De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen” (noot onder Gent 6 september 2006, *Pol. Brugge* 15 september 2005 en Kh. Kortrijk 24 juni 2004), *DAOR*, 2007, 337, nr. 7; F. MOURLON-BEIRNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 23, nr. 19). Hetzelfde geldt voor foto’s die zijn genomen of voor een filmopname die is gedaan buiten weten om van de gefotografeerde of gefilmde persoon.

Volgens een cassatiearrest van 18 april 1985 (*Arr.Cass.* 1984-85, 1102) kan een bekentenis die is gedaan op grond van op ongeoorloofde wijze verkregen bewijs elementen (bv. een schending van het beroepsgeheim), zelf niet als bewijs in aanmerking worden genomen (vgl. Cass. 30 maart 2010, *T.Strafr.* 2010, 276, noot K. BEIRNAERT, in welk arrest tevens wordt benadrukt dat de rechter zich wel nog kan steunen op andere bewijselementen die niet door die onregelmatigheid zijn aangetast; Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 8 december 2005, *JTT* 2006, 125, noot). Zie in dezelfde zin inzake bekentenissen na confrontatie met een onwettige video-opname (Arbh. Brussel 15 juni 2006, *JTT* 2006, 392, noot; Arbrb. Luik 6 maart 2007, *RRD* 2006, 488, noot K. ROSIER, S. GILSON), inzake bekentenissen na het onrechtmatig doorzoeken van de persoonlijke tas van de werknemer (Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *JTT* 2002, 181, noot), inzake bekentenissen na onrechtmatige controle op het e-mailverkeer (Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143) en inzake bekentenissen na het onrechtmatig schaduwen door een privédetective (Arbh. Bergen 22 mei 2007, *RDTI* 2008, 229, noot K. ROSIER, S. GILSON).

1021 In dit verband situeert zich ook de problematiek van het bewijsmiddel verkregen na uitlokking. Onder uitlokking wordt verstaan, de partij tegen wie men wil bewijzen, aan de hand van een voorafgaandelijk ontworpen scenario, in een toestand te brengen waarin zij zich aan het te bewijzen gedrag schuldig maakt, dit met de bedoeling dat

gedrag vast te leggen in een bewijsmiddel (stemopname, foto, film, vaststelling door een gerechtsdeurwaarder) (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeo-orloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 446-447, nr. 17; B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in *Themis 1: Gerechdelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 46, nr. 18; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 52; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour 'Antigoon'", *JT* 2012, 168, nr. 12; D. MERTENS, "Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken" (noot onder Antwerpen 27 juni 2005), *RW* 2005-06, 1509; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *DAOR* 2011, 252, nr. 19). Bij uitlokking wordt het gedrag niet alleen vastgesteld, dat gedrag zou niet zijn begaan zonder de abnormale handelingen van de uitlokker (K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 156, nr. 6). Van uitlokking is evenwel geen sprake wanneer bijvoorbeeld de opname van het telefoongesprek is gebeurd, niet door de opbeller, doch wel door de opgebeldde (Gent 7 november 2002, *NJW* 2003, 563, noot R.D.C.).

Volgens een meerderheidsopvatting is van een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel geen sprake in geval van een bewijsmiddel dat werd verkregen door uitlokking, voor zover het voor de partij op wie de bewijslast rust anderszins redelijkerwijs onmogelijk was om een even betrouwbaar bewijs te bekomen (Antwerpen 24 juni 1985, *TBH* 1985, 784; Voorz. Kh. Brussel 6 april 1981, *BRH* 1982, 308; Voorz. Kh. Hasselt 16 oktober 1992, *RW* 1994-95, 1202; Voorz. Kh. Doornik 26 maart 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & mededinging*, 1997, 178; Voorz. Kh. Kortrijk 4 december 2000, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2000, 268; Rb. Brussel 12 november 1991, *TBBR* 1995, 155; P. DE VROEDE en G.L. BALLON, *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 671; J. VERDONCK, "Het proces-vervaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder", *Jura Falc.* 1985-86, 300; anders in de zin van sowieso ongeoorloofd: Antwerpen 27 juni 2005, *RW* 2005-06, 1507; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT; Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111, noot D. MOUGENOT; Rb. Brussel 7 mei 1958, *JT* 1958, 364; Voorz. Kh. Brugge 29 april 1982, *RW* 1983-84, 2323; Arbrb. Hasselt 20 april 2009, *Limb.Rechtsl.* 2009, 310, noot; Pol. Brugge 15 september 2005, *DAOR* 2007, 328 en *TGR-TWVR* 2006, 244, noot V. DELIE en F. Moeykens; M. Briers, *De gerechtsdeurwaarder*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 152; *RPDB*, tw. *Huissier*, 233, nr. 133; anders in de zin van sowieso geoorloofd: Kh. Charleroi 5 november 1971, *BRH* 1974, 622, noot P. FRANCK).

§ 3. Belang van het onderscheid

1022 Onrechtmatig verkregen bewijs is slechts ongeoorloofd wanneer het aangewend wordt door degene die rechtstreeks of onrechtstreeks voor de onrechtmatigheid verantwoordelijk is. Geoordeeld werd dat de rechter kan weigeren een bewijs te weren dat door een onrechtmatige daad werd verkregen, wanneer de derde via wie dat bewijs in handen van degene die het naderhand in rechte aanwendt is terechtgekomen, zelf geen onrechtmatige daden heeft begaan (Cass. 18 mei 2011, *Pas.* 2011, 1356; vgl. Antwerpen 21 maart 2006, *TFR* 2011, 972). Die voorwaarde geldt niet voor de onrechtmatige bewijsmiddelen. Onrechtmatige bewijsmiddelen mogen door niemand worden aangewend (B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, 58; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 166, nr. 3; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 5; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685; zie en vgl. E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272).

AFDELING III

DE SANCTIE OP DE AANWENDING VAN ONGEOORLOOFDE BEWIJSMIDDELEN

§ 1. De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie

1023 Tot nu toe werd enkel onderzocht welke bewijsmiddelen een ongeoorloofd karakter hebben. Blijft nog de vraag hoe het gebruik in rechte van een ongeoorloofd bewijsmiddel wordt gesanctioneerd. In het Belgisch recht bestaat geen wetsbepaling die in het algemeen voorschrijft welke sanctie moet worden gehecht aan het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen. Ook in de rechtsleer werd tot voor kort weinig of geen aandacht besteed aan de vraag naar de sanctionering van ongeoorloofde bewijsmiddelen (B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 2012, nr. 2). Het leerstuk van de sanctionering werd in de rechtspraak ontwikkeld. Het antwoord op de gestelde vraag is meer bepaald terug te vinden in de (recente) Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie die het principe huldigt van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen (Antigoon is de naam van de zaak waarin het eerste arrest werd verleend), rechtspraak die weliswaar enkel spreekt van onrechtmatig verkregen bewijs maar evenzeer geldt voor op zichzelf onrechtmatig bewijs (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente

ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 55-56, nr. 34; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 73, nr. 56; zie evenwel meer genuanceerd B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 173, nr. 28).

1024 De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie is afkomstig uit het strafrecht. Zij is vooral bedoeld om een onverantwoorde toename te vermijden van het aantal gevallen van bewijsuitsluiting ingevolge het feit dat het strafrechtelijk vooronderzoek steeds meer vormvereisten voorschrijft (J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 10, nr. 23).

Of de Antigoonrechtspraak al dan niet ook geldt in alle burgerlijke zaken, wordt betwist. Er zijn argumenten zowel *pro* als *contra* (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 243 e.v., nr. 8).

Voor de gelijkstelling pleit dat ze een einde stelt aan de verschillende bewijsrechtelijke behandeling al naargelang de eiser een strafklacht neerlegt dan wel burgerrechtelijk dagvaardt. Bovendien leidt niet-gelijkstelling tot een overmatige bescherming van de persoon tegen wie men wil bewijzen en tot een gebrek aan sanctionering van de door hem begane onrechtmatigheden. Maar, aan de andere kant wordt erop gewezen dat een verschillende bewijsrechtelijke behandeling in burgerlijke en in strafzaken op zich onvoldoende is voor het bestaan van een ongerechtvaardigd onderscheid. Er moet daarenboven sprake zijn van een gebrek aan redelijke verantwoording. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat de verplichtingen inherent aan het begrip “eerlijk proces” niet noodzakelijk dezelfde zijn in geschillen betreffende burgerlijke rechten en verplichtingen als in zaken in verband met strafvervolgingen (Hof Mensenrechten 27 oktober 1993 (Dombo Beheer bv/ Nederland). Maar in dat geval liggen dan wel strengere regels in het strafrecht dan in het burgerlijk recht voor de hand (Hof Mensenrechten 9 maart 2004 (Pitkänen/Finland) en niet omgekeerd. Daarnaast wordt aangevoerd dat gelijkstelling aanzet tot aanwending van onrechtmatige bewijzen.

Doorgaans wordt de vraag naar de gelijkstelling vandaag toch bevestigend beantwoord (Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER; Arbh. Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535; Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, 398, noot S. DEFLOOR; Arbh. Gent, afd. Brugge 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; Arbrb. Gent 1 september 2008, *TGR-TWVR* 2009, 275; Rb. Antwerpen 4 maart 2011, *Fisc.Koer.* 2011, 317, noot W. DEFLOOR; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk

proces: enkele aandachtspunten” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 28; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 43, nr. 13; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 659; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 168, nr. 48; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 68-75, nrs. 51-59).

Maar dat standpunt wordt door de feitenrechters niet steeds gevolgd (Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc.Kron.* 2006, 141; Arbh. Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143; Antwerpen 27 juni 2005 *RW* 2006, 1507; Arbh. Antwerpen 15 november 2005, *Limb.Rechtsl.* 2007, 315, noot S. RENETTE; Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 8 december 2005, *JTT* 2006, 125, noot; Gent 12 januari 2006, *TGR-TWVR* 2006 117; Arbh. Brussel 3 mei 2006, *JTT* 2006, 262, noot; Arbh. Brussel 15 juni 2006, *JTT* 2006, 392, noot; Gent 6 september 2006, *DAOR* 2007, 326; Arbh. Luik, afd. Namen 11 januari 2007, *JTT* 2007, 249; Arbh. Bergen 22 mei 2007, *JTT* 2008, 177 en *RDTI* 2008, 229, noot K. ROSIER en S. GILSON; Antwerpen 18 december 2007, *FJF* 2009, 608; Arbh. Bergen 18 februari 2008, *RDTI* 2008, 229, noot K. ROSIER en R. GILSON; Arbh. Luik 15 december 2008, *RRD* 2008, 236, noot D. MOUGENOT; Gent 16 februari 2010, *TGR-TWVR* 2010, 258; Brussel 24 augustus 2010, *P&B* 2011, 111, noot D. MOUGENOT; Arbrb. Luik 6 maart 2007, *JLMB* 2008, 389 en *RRD* 2006, 488, noot K. ROSIER en S. GILSON; Pol. Rb. Brugge 15 september 2005, *TGR-TWVR* 2006, 244, noot V. DELIE en F. MOEYKENS; Rb. Hasselt 19 mei 2010, *FJF* 2011, 473; Voorz. Kh. Brussel 12 maart 2008, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 752, noot B. GILLIS; Raad van Beroep Orde van Geneesheren 22 december 2003, *NJW* 2004, 493, noot E. BREWAEYS; zie daarover ook K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 182-183).

Soms wordt verdedigd dat de Antigoonrechtspraak weliswaar geldt in burgerlijke zaken, maar dan enkel in materies die de openbare orde raken (zie o.m. D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 243, nr. 8; K. GRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht, Huldeboek voor mr. Jos van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179-180).

1025 In het bijzonder gelet op het algemeen karakter van de daarbij gebruikte bewoordingen, lijkt het Hof van Cassatie de toepasbaarheid van haar Antigoonrechtspraak in burgerlijke zaken te hebben bevestigd in zijn arrest van 10 maart 2008 (Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot; Arbh. Bergen 8 december 2010, *JLMB*

2011, 715; F. KEFER, “Antigone et Manon s’invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves”, *RCJB* 2009, 351-352, inzonderheid nr. 9; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 181, nr. 9 en 183, nr. 23; R. DE BAERDEMAEKER, “Admissibilité d’une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...”, *JLMB* 2009, 585; I. VERHELST en N. THOELLEN, “Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs”, *Or.* 2008, 205; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 168-169, nr. 49; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtigelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 52, nr. 28; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 172, nr. 22; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 68, nr. 51), dit naar aanleiding van volgende feiten.

De politie van Sint-Niklaas had tijdens een verhoor vernomen dat een werkloze aan de slag was in de winkel van zijn broer. Per faxbericht werd de RVA daarvan ingelicht, met als bijlage een kopie van het proces-verbaal van verhoor. De RVA startte daarop een onderzoek en besliste de betrokkene van werkloosheidsuitkeringen uit te sluiten. Daarop richtte de man, die niet akkoord ging met de wijze van bewijsgaring, zich tot de arbeidsgerechten die hem in het gelijk stelden. Het arbeidshof te Antwerpen oordeelde meer bepaald dat het proces-verbaal een akte van onderzoek is die derhalve onder het geheim van het strafonderzoek valt. Door zonder toestemming van het Openbaar Ministerie dit proces-verbaal door te sturen naar de RVA had de politie een misdrijf gepleegd en was het bewijs dat daaruit voortvloeide dus onrechtmatig verkregen. Het bestreden vonnis dat de beslissing van de RVA, gesteund op dat onrechtmatig verkregen bewijs, vernietigt, wordt bevestigd. Het Hof van Cassatie vernietigt dat arrest bij toepassing van de Antigoonrechtspraak waarover hieronder meer.

Omwille van het openbareordekarakter van de materie die aan het arrest van 10 maart 2008 ten grondslag ligt, meer bepaald de strafrechtelijk betoegelde werkloosheidsreglementering en de door het Hof van Cassatie aangewende formulering (die een letterlijke overname is van deze gebruikt in het strafrecht), wordt niettemin door sommigen nog in twijfel getrokken of deze rechtspraak wel kan veralgemeend worden naar alle burgerlijke zaken. Verdedigd wordt dat het besproken cassatiearrest niet uitsluit dat de Antigoonrechtspraak wel geldt in burgerlijke zaken, maar dan enkel in materies van openbare orde die strafrechtelijk gesanctioneerd worden, criterium van onderscheid dat ook geldt wat betreft de exceptie van verjaring, de subjectieve bewijslast en de exceptie van gewijsde (D. MOUGENOT, “Déetective privé et vie privée: un couple difficile à accorder” (noot onder Bergen 2 maart 2010), *JT* 2010, 298; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 246, nr. 11; K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs... Of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht, Huldeboek voor mr. Jos van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 179-181; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 14, nr. 32; T.

LEONARD en K. ROSIER, “La jurisprudence ‘Antigoon’ face à la protection des données: salvatrice ou dangereuse?”, *RTDI* 2009, 5 e.v.).

Met zijn arrest van 10 november 2008 (*JLMB* 2009, 347 en *JTT* 2009, 18) heeft het Hof van Cassatie de twijfels alleen doen toenemen.

In een geval waarin een werknemer zijn ontslag betwistte en daarbij gebruikmaakte van brieven van de advocaat-vereffenaar van zijn vennootschap-werkgever om bedrog aan te tonen, had de feitenrechter die brieven uit het debat geweerd omdat door de werknemer niet was aangetoond dat hij daarvan rechtmatig in het bezit was. De feitenrechter oordeelde dus conform de oude rechtspraak waarbij gebruik in rechte van briefwisseling onderworpen werd aan een dubbele voorwaarde, meer bepaald dat men op rechtmatige wijze het bezit ervan heeft verworven en dat er geen schending is van het beroepsgeheim (o.a. Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 123; Cass. 27 januari 2000, *RW* 2000-01, 812, noot F. Aps). Omdat door de werknemer niet was aangetoond dat aan de eerste voorwaarde was voldaan, werd de briefwisseling door de feitenrechter uit de debatten geweerd. Het Hof van Cassatie verbrak die beslissing niet en oordeelde dat wanneer een partij in rechte een brief wil overleggen die niet voor haar bestemd is, zij in geval van betwisting moet bewijzen dat ze rechtmatig in het bezit ervan is gekomen, en dat het arrest dat, overwegende dat de eiser, die zich samen met anderen meester heeft gemaakt van de brieven die hij overlegt om er een onregelmatige kopie van te maken, niet aantoont dat hij ze rechtmatig in bezit heeft, aan die eiser een onrechtmatig gebruik van de genoemde brieven ten laste legt, maar geen gebruiksdiefstal vaststelt en zich noch op het briefgeheim noch op het vertrouwelijke karakter van de bedoelde brieven baseert, zijn beslissing om ze uit de debatten te weren regelmatig met redenen omkleedt en ze naar recht verantwoordt.

In het cassatiearrest van 10 november 2008 wordt met geen woord gerept over de Antigoontoets. Een deel van de rechtsleer leidt daaruit af dat de Antigoonleer door het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken wordt verworpen (K. CRAUWELS, “Onrechtmatig bewijs... of wat ervan overblijft? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken” in M. FAURE en W. RAUWS (eds.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht, Huldeboek voor mr. Jos van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 180-181; K. VAN KILDONCK, “Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 182, nr. 10). Daartegenover wordt opgemerkt dat er, omwille van cassatietechnische redenen, geen aanleiding bestaat tot dergelijke besluitvorming. In burgerlijke zaken is de controle van het Hof van Cassatie beperkt door de draagwijdte van het door de eiser in cassatie aangevoerde middel, terwijl hier het middel enkel betrekking had op het feit dat de bewijslast van het rechtmatig karakter van het bezit van de aangewende brieven ten laste werd gelegd van de werknemer-eiser in cassatie, zonder te gewagen van de Antigoontheorie die slaat op de sanctie van het onregelmatig verkregen bewijs (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtig recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 57, nr. 36; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 174, nr. 30; F. KEFER, “Antigone et Manon s’invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve” (noot onder Cass. 10 maart 2008), *RCJB* 2009, 341-342, nr. 10; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 14, nr. 33, voetnoot 50; B. SAMYN,

Privaatrechtelijk bewijs, 74-75, nr. 59; anders in de zin dat het Hof van Cassatie wel degelijk de mogelijkheid had het middel wegens gebrek aan juridische grondslag te verwerpen omwille van een uitgangspunt strijdig met het geldende recht, meer bepaald het principe dat onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen uit de debatten moeten worden geweerd: D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 246, nr. 12).

§ 2. De aard van de sanctie: de uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen

1026 Traditioneel wordt aangenomen dat het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen, indien gesanctioneerd, leidt tot het uit de debatten weren van die bewijsmiddelen, dit is de zogenaamde *exclusionary rule* (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenisrecht*, 659; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2391, nr. 1768; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 685; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 594, nr. 6; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 254-255, nr. 214, die meent dat het uit de debatten weren van ongeoorloofde bewijsmiddelen het gevolg is van de voorafgaande vaststelling dat een of andere rechtshandeling tot bewijsvergaring, omwille van haar strijdigheid met rechtsregels van gebiedend of verbiedend recht of met de algemene begrippen openbare orde en goede zeden voor vernietiging vatbaar is).

In de rechtsleer wordt opgemerkt dat die regel verdere nuancering vereist omdat het (volstrekt) weren van ongeoorloofd bewijsmateriaal niet de enige mogelijke sanctie is (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 47, nr. 18; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 169, nr. 12). Zo kan bijvoorbeeld de onrechtmatige bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs niet volledig aantasten, doch alleen in twijfel trekken. Denkbaar is dat uit de omstandigheden blijkt dat de feiten zich niet op dezelfde wijze zouden voorgedaan hebben ten aanzien van een derde die wel te goeder trouw was en geen uitlokking heeft gepleegd. In dat geval kan het herleiden van de bewijswaarde een meer opportune sanctie zijn (zie bv. Voorz. Kh. Brussel 6 april 1981, *BRH* 1982, 308). Maar, aan de andere kant wordt benadrukt dat de wering uit de debatten van ongeoorloofde bewijsmiddelen een radicale sanctie is die als verdienste heeft dat ze duidelijk is. Elke poging tot onrechtmatige of deloyale bewijsgaring is bij voorbaat tot mislukken gedoemd, aangezien het resultaat ervan door de rechter in ieder geval wordt geweerd (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 5).

1027 Die sanctie van de bewijsuitsluiting, geldt zowel voor de onrechtmatige bewijsmiddelen als voor de onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen. Hij is ook van toepassing op alle bewijsmateriaal dat voortvloeit uit die ongeoorloofde bewijsmiddelen, de zogenaamde *fruits of the poisonous tree*-theorie (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 166, nr. 44; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 5).

In dat laatste verband vormt het cassatiearrest van 18 april 1985 (*Arr.Cass.* 1984-85, 1102) een treffende illustratie. Een bekentenis die is gedaan op grond van op ongeoorloofde wijze verkregen bewijselementen, zoals een schending van het beroepsgeheim, kan zelf niet als bewijs in aanmerking worden genomen. Zie recent nog in dezelfde zin *Cass.* 30 maart 2010, *T.Strafr.* 2010, 276, noot K. BEIRNAERT, in welk arrest tevens wordt benadrukt dat de rechter zich wel nog kan steunen op andere bewijselementen die niet door die onregelmatigheid zijn aangetast. Ook de rechtspraak van de feitenrechters vertoont dienaangaande talrijke illustraties: *Arbh.* Brussel 14 december 2004, *Soc.Kron.* 2006, 143; *Arbh.* Antwerpen, afd. Hasselt 8 december 2005, *JTT* 2006, 125, noot; *Arbh.* Bergen 22 mei 2007, *RDTI* 2008, 229, noot K. ROSIER, S. GILSON; *Arbrb.* Nijvel 8 februari 2002, *JTT* 2002, 181, noot; *Arbrb.* Luik 6 maart 2007, *RRD* 2006, 488, noot K. ROSIER, S. GILSON.

§ 3. Het principe van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen

1028 Tot voor kort nam een vaststaande cassatierechtspraak als uitgangspunt dat elk gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen automatisch bewijsuitsluiting tot gevolg had. De sanctie van de uitsluiting werd strak toegepast waarbij abstractie werd gemaakt van de omstandigheden van de zaak (*Cass.* 18 april 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1102; *Cass.* 19 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1135; *Cass.* 4 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1; *Cass.* 24 april 1996; *Cass.* 9 december 1997; *Cass.* 13 januari 1999; F. KUTY, “La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement”, *RCJB* 2004, 408 e.v.; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 5; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 34, nr. 56; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 1, nr. 1).

1029 In zijn arrest van 14 oktober 2003 (*Cass.* 14 oktober 2003, *RW* 2003-04, 814, concl. Adv. Gen. M. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *NJW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS en *T.Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST), dat betrekking heeft op een geval van onrechtmatig doorzoeken van een voertuig, keert het Hof van Cassatie de zaken evenwel om. De omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze werd verkregen, heeft in de regel niet tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat gegeven rechtstreeks noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen. In de regel moet de rechter steeds kunnen beoordelen of de begane onrechtmatigheid al dan niet moet leiden tot bewijsuitsluiting (*Arbh.* Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535; *Arbh.* Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; *Arbh.* Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; D. DE WOLF, “Nieuwe wending in de rechtspraak betreffende de sanctie bij onrechtmatig verkregen bewijs, het cassatiearrest van 14 oktober 2003”, *RW* 2003-04, 1235; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtigelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 58, nr. 37; E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272;

D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 242, nr. 6; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 2-3, nrs. 2-5; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, 74, nr. 57).

Die omkering in de cassatierechtspraak houdt verband met de toenemende zorg dat een proces ertoe moet leiden de objectieve waarheid te ontdekken. In strafzaken houdt dit bijvoorbeeld in dat een onschuldige niet mag worden veroordeeld. Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het recht van verdediging kan vereisen dat de feitenrechter toch acht slaat op de inhoud van nietig verklaarde, maar voor de beklagde voordelige stukken (Cass. 3 november 1999, *RW* 2000-01, 305, noot C. IDOMON). *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde in burgerlijke zaken.

1030 Die rechtspraak werd sindsdien herhaaldelijk bevestigd (Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS en *Rev.dr.pén.* 2005, 661, noot C. DE VALKENEER; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005, 23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; Cass. 12 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN en *Vigiles (N)* 2006, 105, noot S. VANDROMME; Cass. 8 november 2005, *RABG* 2006, 930, noot S. BERNEMAN en *Vigiles* 2006, 22, noot F. SCHUERMANS; Cass. 31 oktober 2006, *T.Strafr.* 2007, 53, noot F. SCHUERMANS, J. VAN GAEVER; Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot; Cass. 4 december 2007, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET; Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot; Cass. 23 maart 2010, *T.Strafr.* 2010, 274, noot J. VAN GAEVER; Cass. 29 november 2011, AR P.10.1766.N, www.cass.be, conclusie TIMPERMAN; zie verder B. DEJEMEPPE en L. KENNES, “Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – développements récents” in F. KUTY en D. MOUGENOT, *La preuve: questions spéciales*, Luik, CUP, vol. 99, 2008, 63-103; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 435-458).

Daarbij werd door het Hof van Cassatie nog gepreciseerd (Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1829, concl. DUINSLAEGER, *CDPK* 2005, 610, noot A. VANDAELE, *RCJB* 2007, 36, noot J. VAN MEERBEECK, M. MAHIEU, *RW* 2005-06, 387, noot P. POPELIER, *T.Strafr.* 2005, 285, noot R. VERSTRAETEN, S. DE DECKER en *Vigiles* 2004, 171, noot F. SCHUERMANS; Cass. 16 november 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1835, concl. DUINSLAEGER, *RABG* 2005, 511, noot F. SCHUERMANS, *RCJB* 2007, 40, noot J. VAN MEERBEECK, M. MAHIEU en *Rev.dr.pén.* 2005, 665, noot C. DE VALKENEER; Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot; Cass. 2 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1906 en *T.Strafr.* 2012, 17, noot F. SCHUERMANS), dat:

- noch uit artikel 6 EVRM (dat het eerlijk proces waarborgt), noch uit artikel 8 EVRM (dat het recht op eerbiediging van het privéleven, het gezinsleven, de woning en de briefwisseling waarborgt), noch uit enige grondwettelijke of wettelijke bepaling, volgt dat bewijs dat met miskenning van een door dit verdrag of door de Grondwet gewaarborgd grondrecht werd verkregen, altijd ontoelaatbaar is;
- behoudens wanneer een verdragsrechtelijke of wettelijke bepaling zelf de rechtsgevolgen van de miskenning van een wettelijk voorgeschreven pleegvorm betreffende bewijsverkrijging bepaalt, de rechter beslist welke gevolgen deze onrechtmatigheid meebrengt;
- de omstandigheid dat de pleegvorm, waarvan de miskenning wordt vastgesteld, betrekking heeft op een door de artikelen 6 en 8.2 EVRM en de artikelen 12, tweede lid en 15 Grondwet gewaarborgde grondrechten hieraan niets afdoet.

1031 De nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie ligt volledig in de lijn van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Steeds heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigd dat het vraagstuk van de geoorloofdheid van de aangewende bewijsmiddelen behoort tot het interne recht van de verdragsstaten (Hof Mensenrechten 12 mei 2000, nr. 35394/97 (Khan/Verenigd Koninkrijk), Hof Mensenrechten 25 september 2001, nr. 44787/98 (P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk), Hof Mensenrechten 5 november 2002, nr. 48539/99 (Allan/Verenigd Koninkrijk), Hof Mensenrechten 10 maart 2009, nr. 4378/02 (Bykov/Rusland), Hof Mensenrechten 28 juli 2009, nr. 18704/05, *JLMB* 2009, 1928, *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS en *Rev.dr.pén.* 2010, 312, noot N. COLETTE-BASECQZ). Dat blijkt inzonderheid uit het arrest van 28 juli 2009 (Hof Mensenrechten 28 juli 2009, nr. 18704/05 (LEE Davis/België), *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS en *Rev.dr.pén.* 2010, 312, noot N. COLETTE-BASECQZ).

Ook de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof sluit daarbij naadloos aan (GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, *RW* 2010-11, 895 en *RABG* 2011, 563, noot F. SCHUERMANS).

Geoordeeld werd aldus dat het loutere feit dat het niet-naleven van de in het geding zijnde bepaling (art. 34, § 1, tweede lid van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt inzake het controleren van de identiteit van een persoon) niet automatisch leidt tot nietigheid van het ermee verkregen bewijs, op zich niet kan worden beschouwd als een onevenredige beperking van de rechten van de personen die het voorwerp uitmaken van een onwettige identiteitscontrole. Noch de artikelen 12 en 22 van de Grondwet, noch de artikelen 6.1 en 8 EVRM vereisen de automatische nietigheid van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. De in het geding zijnde bepaling verhindert de rechter overigens niet om het met miskenning van die bepaling verkregen bewijs niet in aanmerking te nemen wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs zou hebben aangetast of wanneer het aanden van het bewijs zou leiden tot een schending van het recht van de betrokkene op een eerlijk proces, gewaarborgd door artikel 6.1 EVRM (in dezelfde zin GwH 27 juli 2011, nr. 139/2011, *Arr.GwH* 2011, 2357).

1032 Het gevolg van het principe van de niet-uitsluiting van het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen, blijkt uit het cassatiearrest van 10 maart 2008 (Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAE-

KER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot). In dat arrest overweegt het Hof dat de appelrechters die oordelen dat de omstandigheid dat een bewijselement op onrechtmatige wijze verkregen werd tot gevolg heeft dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, dat element noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks in aanmerking mag nemen en dat alle bewijsmateriaal dat voortvloeit uit het aldus onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal evenmin als regelmatig verkregen bewijs in aanmerking kan genomen worden, hun beslissing niet naar recht verantwoordt.

§ 4. De uitzonderingen op het principe van de niet-uitsluiting van de ongeoorloofde bewijsmiddelen

1033 Het principe van de niet-uitsluiting van het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen kent een aantal uitzonderingen. Die uitzonderingen kunnen in twee groepen worden onderverdeeld. De eerste groep uitzonderingen betreft gevallen waarin de rechter het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen hoe dan ook moet uitsluiten. In de tweede groep uitzonderingen situeren zich de gevallen waarin de rechter tot uitsluiting van het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen mag besluiten op grond van een belangenafweging, meer bepaald een afweging van de belangen van enerzijds degene tegen wie men wil bewijzen en anderzijds degene die een ongeoorloofd bewijsmiddel aanwendt.

A. DE VERPLICHTE UITSLUITINGEN

1034 Bewijsuitsluiting is voor de rechter verplicht wanneer het verdrag of de (grond)wet zelf in de sanctie van de bewijsuitsluiting voorziet (Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005, 23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot; Corr. Dendermonde 13 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 157, noot).

Zo schrijft bijvoorbeeld artikel 1728 Ger.W. voor dat het in om het even welke procedure voor het oplossen van conflicten verboden is als bewijsmiddel gebruik te maken van documenten die werden opgemaakt en mededelingen die werden gedaan in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure.

B. DE FACULTATIEVE UITSLUITINGEN

1. Enkel in drie gevallen

1035 De wering van ongeoorloofde bewijsmiddelen is niet verplicht (*anders* in de zin van het verplicht karakter van de bewijsuitsluiting: Arbh. Luik 9 maart 2006, *Soc.Kron.* 2006, 548; S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules” in *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 438-439, nr. 4), doch wel toegelaten in de drie hierna besproken gevallen: nietigheid, aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijsmiddel of inbreuk op het recht op een eerlijk proces (Cass. 14 oktober 2003, *RW* 2003-04, 814, concl. Adv. Gen. M. DE SWAEF, *RCJB* 2004, 405, noot F. KUTY, *NJW* 2003, 1367, noot E. BREWAEYS, *RABG* 2004, 333, noot F. SCHUERMANS en *T.Strafr.* 2004, 129, noot P. TRAEST; Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005, 23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; Cass. 12 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN en *Vigiles* (N) 2006, 105, noot S. VANDROMME; Cass. 8 november 2005, *RABG* 2006, 930, noot S. BERNEMAN; Cass. 31 oktober 2006, *T.Strafr.* 2007, 53, noot F. SCHUERMANS; Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot; Cass. 4 december 2007, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET; Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot; Cass. 23 maart 2010, *T.Strafr.* 2010, 274, noot J. VAN GAEVER; Corr. Dendermonde 13 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 157, noot).

Die drie gevallen hebben een exhaustief karakter in die zin dat uitsluitend in die gevallen een onrechtmatig bewijsmiddel mag worden geweerd. De cassatierechtspraak laat er immers geen twijfel over bestaan dat wering van een bewijsmiddel niet toegelaten is, “behalve” in de drie hierboven bedoelde gevallen (Arbh. Luik 9 maart 2006, *Soc.Kron.* 2006, 548; Brussel 31 juli 2007, *AM* 2007, 497, noot J. CEULEERS; Antwerpen 23 april 2008, *Limb. Rechtsl.* 2009, 48, noot C. STUYCK; Arbh. Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535; Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, 398, noot S. DEFLOOR; Arbh. Gent, afd. Brugge 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366; Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; Rb. Antwerpen 4 maart 2011, *Fisc.Koer.* 2011, 317, noot W. DEFOOR; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 51, nr. 26 en 58, nr. 37; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 168, nr. 11 en 171, nr. 20; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale

dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 248, nr. 15; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389-390, nr. 685; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 23, nr. 20; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 3, nr. 5).

De bewijslast rust op degene die een van de drie uitzonderingen inroept (Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot).

a. De nietigheid

1036 De uitsluiting van het ongeoorloofde bewijsmiddel is in eerste orde toegelaten wanneer de rechter vaststelt dat een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm werd miskend.

Nietigheid bij de bewijsgaring zal zich slechts uiterst zelden voordoen. Van nietigheid van bewijsrechtelijke handelingen kan slechts sprake zijn inzake deskundigenonderzoek (bv. bij afwezigheid van handtekening of van de eedformule) of inzake getuigenverhoor (art. 961 Ger.W.). Wering van bewijsmiddelen om die reden zal dan ook nauwelijks voorkomen (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 248, nr. 16).

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat de hierboven bedoelde regel niet discriminerend is in de mate waarin daardoor een verschil in behandeling in het leven geroepen wordt tussen rechtsonderhorigen die worden vervolgd voor het plegen van een misdrijf, naargelang de wetbepaling die fundamentele rechten beoogt te vrijwaren, het naleven van de erin vervatte voorschriften al dan niet op straffe van nietigheid heeft voorgeschreven (GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, *RABG* 2011, 563, noot F. SCHUERMANS).

De regel komt in burgerlijke zaken hoe dan ook bevreemdend over. In het burgerlijk procesrecht zijn alle proceshandelingen in principe onderworpen aan de leer van de nietigheden. Die leer kent verzachtingen in artikel 861 Ger.W. (belangenschade) en in artikel 867 Ger.W. (normdoel). Bij toepassing van de hierboven bedoelde regel worden die verzachtingen nu inzake burgerlijke bewijsrechtelijke handelingen uitgesloten, zodat de appreciatiebevoegdheid van de rechter dienaangaande beperkt wordt. Geopperd wordt dan ook dat dit wellicht niet meer is dan een ongewild gevolg van de letterlijke overname van de Antigootoets in strafzaken, waar de leer van de nietigheden in principe niet van toepassing is, en dat het derhalve niet de bedoeling van het Hof van Cassatie is de toepassing van artikel 861 e.v. Ger.W. hier uit te sluiten (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 50, nr. 23; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigooon’”, *JT* 2012, 170, nr. 18; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 249, nr. 16).

b. De aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijsmiddel

1037 Ingeval geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm werd miskend, moet de rechter nagaan of de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het aangewende bewijsmiddel al dan niet aantast. In bevestigend geval komt de juistheid van de waarheidsvinding onder druk te staan ingevolge de begane onrechtmatigheid bij de bewijsverkrijging.

De betrouwbaarheid van een bewijsmiddel houdt echter eerder verband met de bewijswaarde van dat bewijsmiddel dan met zijn geoorlooftheid. Onbetrouwbare bewijsmiddelen mogen door de rechter nooit worden aanvaard, ongeacht of zij al dan niet geoorloofd zijn (Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 249, nr. 17; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 47, nr. 18).

Niettemin zijn concrete toepassingen van deze regel denkbaar, op voorwaarde dat de onbetrouwbaarheid van het bewijsmiddel *in specie* en *in concreto* worden aangetoond (Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT). Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij:

- vervalsingen van allerhande aard, bijvoorbeeld een vervalste video-opname;
- bewijsverkrijging via manipulaties of kunstgrepen zoals in geval van opname van eigen telefoongesprekken of het onrechtmatig onderscheppen van elektronische communicatie (vgl. KG Rb. Luik 9 oktober 1992, *Pas.* 1992, III, 112);
- bekentenissen bekomen door fysiek geweld of morele dwang (miskenning van art. 3 EVRM en de art. 2 en 16 van het verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing) en door uitlokking zoals bijvoorbeeld ten aanzien van een gerechtsdeurwaarder die zijn identiteit niet heeft bekendgemaakt en handelingen stelt die uitlokking impliceren, terwijl andere efficiënte manieren voorhanden waren om even betrouwbaar bewijs te verkrijgen: zonder de begane onrechtmatigheden had de waarheid die uit het bewijsmiddel volgt, nooit bestaan; vaak wordt aangenomen dat het bewijsmiddel dat door uitlokking werd verkregen, een gebrek aan betrouwbaarheid vertoont, meer bepaald omdat het aangeklaagde gedrag geen permanent of systematisch karakter vertoont (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 252, nr. 19; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 169, nr. 12).

c. De miskenning van het recht op een eerlijk proces

1038 Ten slotte is bewijsuitsluiting ook toegelaten wanneer het gebruik in rechte van het ongeoorloofde bewijsmiddel het recht op een eerlijk proces in gevaar brengt.

Het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd door artikel 6 EVRM. Het is een op zichzelf staand grondrecht (duidelijk te onderscheiden van andere grondrechten zoals het recht op fysieke integriteit, het recht op privacy...) dat allerhande specifieke procedurele garanties omvat: het recht op toegang tot een bij wet ingestelde rechter, het recht op een voorspelbare rechtspleging, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter, het recht van verdediging en het recht op een tegensprekelijke procedure, het recht op een gemotiveerde uitspraak, de openbare behandeling en de openbaarheid van uitspraak, de wapengelijkheid en het recht op behandeling binnen redelijke termijn (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 47-48, nrs. 19 en 21; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 169, nr. 13). De rechter oordeelt onaantastbaar onder welke omstandigheden het gebruik van ongeoorloofde bewijsmiddelen in strijd dan wel verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces, voor zover de omstandigheden waarop hij dit oordeel grondt, zijn beslissing kunnen rechtvaardigen (Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot).

1039 Het is niet zo evident in te zien hoe een onrechtmatige bewijsverkrijging een van de hierboven bedoelde waarborgen in de burgerlijke rechtspleging in gevaar zou kunnen brengen (K. VAN KILDONCK, “Privacy werkne-

mers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk”, *NJW* 2010, 182). Dat zal slechts zelden het geval zijn.

Door het Hof van Cassatie werd in strafzaken geoordeeld dat uit de omstandigheid op zich dat een inlichting onregelmatig werd verkregen, niet volgt dat de eventuele misdrijven waarvan het bestaan aan de hand van die inlichting kan worden vermoed, niet meer wettig en met eerbiediging van de rechten die door artikel 6.1 EVRM zijn gewaarborgd, kunnen worden bezeten (Cass. 2 april 2008, *JT* 2008, 390, noot F. KUTY). Van een inbreuk op het recht van verdediging of op de wapengelijkheid zou bijvoorbeeld wel sprake kunnen zijn ten aanzien van de partij die zich houdt aan de regels bij het vergaren van bewijs tegenover zijn tegenstrever die wel deloyaal verkregen bewijs aanvoert, althans wanneer de partij die zich correct gedraagt ook geloofwaardig kan maken dat haar bewijspositie beter zou zijn geweest, mocht ook zij gebruik hebben kunnen maken van deloyaal verkregen bewijs (B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigooon’”, *JT* 2012, 169, nr.14). Maar, van zodra het ongeoorloofd bewijsmiddel het voorwerp heeft kunnen zijn van een tegensprekelijk debat voor de rechter, zal in principe van een inbreuk op het recht op een eerlijk proces geen sprake meer zijn (Arbh. Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535; Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RUCKAERT; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 250, nr. 18).

Ook volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens impliceert het gebruik van een bewijsmiddel dat verkregen werd met miskenning van een door het verdrag erkend grondrecht, niet noodzakelijk dat het recht op een eerlijk proces werd geschonden. Er moet worden onderzocht of het procesverloop in zijn geheel eerlijk was. Eén afzonderlijk element daarvan, zoals het al dan niet in aanmerking nemen van een ongeoorloofd bewijsmiddel, volstaat op zich niet (Hof Mensenrechten 12 juli 1988 (Schenk/Zwitserland); Hof Mensenrechten 12 mei 2000, nr. 35394/97 (Khan/Verenigd Koninkrijk); Hof Mensenrechten 25 september 2001, nr. 44787/98 (P.G. en J.H./Verenigd Koninkrijk); Hof Mensenrechten 5 november 2002, nr. 48539/99 (Allan/Verenigd Koninkrijk); Hof Mensenrechten 10 maart 2009, nr. 4378/02 (Bykov/Rusland); Hof Mensenrechten 28 juli 2009, nr. 18704/05, *JLMB* 2009, 1928, *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS, *Rev.dr.pén.* 2010, 312, noot N. COLETTE-BASECQZ). Een schending van het recht op een eerlijk proces ingeval waarin ongeoorloofd bewijs wordt aangewend, is evenwel niet uitgesloten, ook en zelfs wanneer het bewijsmiddel het voorwerp heeft uitgemaakt van een tegensprekelijk debat voor de rechter. Voorbeelden daarvan zijn Hof Mensenrechten 11 juli 2006, nr. 54810/00 (Jalloh/Duitsland); Hof Mensenrechten 25 februari 2010, nr. 20100 (Lisica/Kroatië).

De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof sluit daarbij naadloos aan (GwH 22 december 2010, nr. 158/2010, *RW* 2010-11, 895 en, *RABG* 2011, 563, noot F. SCHUERMANS).

1040 Over de vraag of de aanwending van een deloyaal verkregen bewijsmiddel het recht op een eerlijk proces aantast, bestaat betwisting.

Sommigen menen dat het recht op een eerlijk proces het verbod op deloyale bewijsgaring impliceert. Er bestaat een rechtstreeks verband tussen het recht op een eerlijk proces en de procesloyauteit, inzonderheid bij de bewijsgaring. De rechter kan soeverein oordelen dat de miskenning van de wet of van de rechten gewaarborgd door het EVRM neerkomt op deloyaal procesgedrag en dat dit deloyaal procesgedrag gelet op zijn ernst de schending van het recht op een eerlijk proces tot gevolg heeft (F. KEFER, “Antigone et Manon s’invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve” (noot onder Cass. 10 maart 2008), *RCJB* 2009, 325, nr. 16).

Die zienswijze verruimt de mogelijkheden tot wering van ongeoorloofde bewijsmiddelen sterk. In de meeste gevallen van onrechtmatig verkregen bewijs zal schending van het recht op een eerlijk proces kunnen ingeroepen worden. Een illustratie daarvan vormt Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot. In een geval van uitlokking in burgerlijke zaken werd aangenomen dat het recht op een eerlijk proces werd miskend om de enkele reden dat de persoon die door een privédetective telefonisch om informatie was verzocht, het werkelijk doel van dat telefonisch onderhoud niet kende (Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT).

Anderen nemen aan dat de procesloyauteit, alhoewel als dusdanig niet gelijk te stellen met het recht op een eerlijk proces, niettemin nauw verbonden is met dat recht. Zonder dat zulks automatisch het geval is, kan het gebruik van een deloyaal verkregen bewijsmiddel onder omstandigheden gesanctioneerd worden als een inbreuk op het recht op een eerlijk proces (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 251, nr. 19).

De rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens toont voorbeelden daarvan in gevallen van politiole uitlokking, zijnde het prototype van de deloyale bewijsgaring in strafzaken (bv. Hof Mensenrechten 9 juni 1998, nr. 25829/94 (Texeira de Castro/Portugal)). Een ander voorbeeld is te vinden in het cassatiearrest van 31 mei 2011 naar aanleiding van een geval van beweerde belastingfraude, waarbij werd vastgesteld dat bezwarende informatie was aangetroffen tijdens een in scène gezette huiszoeking (Cass. 31 mei 2011, *JT* 2011, 583, concl. J. GENICOT, noot M. BEERNAERT en *JLMB* 2011, 1524, noot A. DE NAUW; Brussel 10 december 2010, *JT* 2011, 54, noot). Nog een illustratie daarvan vormt het reeds aangehaalde arrest van 2 maart 2010 van het hof van beroep te Bergen (*JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT) naar aanleiding van een geval van uitlokking in burgerlijke zaken.

Nog anderen betwisten ten slotte dat de miskening van het recht op een eerlijk proces kan voortvloeien uit het enkele feit van de schending van de procesloyauteit door de aanwending van een ongeoorloofd bewijsmiddel. Het recht op een eerlijk proces en de procesloyauteit zijn immers twee onderscheiden concepten die elkaar slechts gedeeltelijk overlappen. Meer zelfs, de theorie van de procesloyauteit is erop gericht in te grijpen daar waar het recht op een eerlijk proces niet toepasselijk is of niet volstaat om aan een procedureprobleem te verhelpen (zie bv. Cass. 14 maart 2002, *NJW* 2002, 59, noot P. THION inzake het gedrag van een procespartij die weliswaar concludeert binnen de krachtens de wet opgelegde termijnen, maar pas incidenteel beroep aantekent in haar tweede conclusieronde zodat de andere partij niet meer de mogelijkheid heeft om daarop nog te antwoorden). De procesloyauteit is in het burgerlijk geding een autonoom beginsel dat niet in het Gerechtelijk Wetboek voorkomt, noch steun vindt in artikel 6 EVRM en eerder recent door het Hof van Cassatie wordt gehanteerd, zonder precisering van de theoretische grondslag daarvan. Enkel in strafzaken is voorsnog de loyautéit in de bewijsgaring erkend als een algemeen rechtsbeginsel (Cass. 3 april 2001, *Arr.Cass.* 2001, 595; Cass. 5 maart 2003, *Arr.Cass.* 2003, 560; Cass. 25 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1498), niet in burgerlijke zaken (Cass. 5 maart 2002, *Pas.* 2002, 638). In de rechtsleer wordt verwezen naar de autonomie van het begrip, die voortvloeit uit de noodzaak van de bescherming van de goede procesorde, soms ook naar het burgerlijk recht, meer bepaald naar de theorie van het rechtsmisbruik of naar deze inzake onrechtmatige daad. Daaruit volgt

dat de verwijzing naar het recht op een eerlijk proces in de Antigoonformule dus geen (onrechtstreekse) verwijzing impliceert naar het verbod op deloyaal procesgedrag. De hierbovenvermelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt daarvan de bevestiging (met dien verstande dat de rechtspraak inzake politionele uitlokking waarnaar MOUGENOT verwijst hier niet relevant zou zijn aangezien ze betrekking heeft op strafzaken). Dat alles neemt niet weg dat de schending van het recht op een eerlijk proces in voorkomend geval tegelijkertijd een miskenning van de procesloyauteit kan uitmaken, en omgekeerd, dat een dergelijke miskenning onder omstandigheden kan uitmonden in een schending van het recht op een eerlijk proces. Daarnaast kan de uitsluiting van een bewijsmiddel ook het gevolg zijn van deloyaal gedrag bij de aanwending van dat bewijsmiddel (bv. het zonder rechtvaardiging laattijdig aanwenden van dat bewijsmiddel). In dat laatste geval vormt de bewijsuitsluiting evenwel een sanctie, niet van het ongeoorloofd karakter van het bewijsmiddel, doch wel van de deloyale wijze waarop dat bewijsmiddel wordt aangewend (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 49-50, nr. 22; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 170, nr. 15).

2. Belangenafweging op grond van bijkomende criteria

1041 Volgens de Antigoonrechtspraak staat het, buiten de hierboven bedoelde gevallen van verplichte uitsluiting van het gebruik in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen, de rechter het al dan niet uitsluiten van een onrechtmatig verkregen bewijs, te beoordelen in het licht van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin de onrechtmatigheid werd begaan. Bij die afweging kan de rechter onder meer rekening houden met een of meer van volgende bijkomende criteria: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid, de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd, de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan, de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt, het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft, en het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt onevenredig is met de ernst van die inbreuk (Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot; vgl. Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061, noot F. SCHUERMANS; Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005,

23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; Cass. 12 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 25, noot F. VERBRUGGEN en *Vigiles* (N) 2006, 105, noot S. VANDROMME; Cass. 31 oktober 2006, *T.Strafr.* 2007, 53, noot F. SCHUERMANS en J. VAN GAEVER; Cass. 21 november 2006, *Soc.Kron.* 2008, 379, noot; Cass. 4 december 2007, *RW* 2008-09, 110, noot B. DE SMET; Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580, noot R. DE BAERDEMAEKER, *NJW* 2010, 195, noot K. VAN KILDONCK, *RCJB* 2009, 325, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 538, noot).

1042 De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie benadrukt al dus dat de theorie van de belangenafweging hier een belangrijke rol speelt (B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 166, nr. 3 en 172, nr. 23).

Het recht op bewijs van degene die wil bewijzen staat tegenover de vrijheden of de grondrechten van degene tegenover wie men wil bewijzen (Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; zie verder o.m. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 462; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht”, *RW* 2002-03, 60; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 168, nr. 10; E. DIRIX, “De vruchten van de giftige boom” in *Liber amicorum Jo Stevens*, Brugge, die Keure, 2011, 272; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 35; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 595, nr. 7).

Elke procespartij heeft recht op een eerlijk proces en daaruit afgeleid ook recht op bewijs, d.i. het recht om enerzijds de bewijzen waarover zij beschikt, voor te leggen en anderzijds te verzoeken dat de bewijzen waarover zij nog niet beschikt, zouden vergaard worden aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen (vgl. Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424 en *P&B* 2001, 114, noot; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 410 e.v. met de verwijzingen aldaar; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 172, nr. 23). Dat recht is een rechtstreekse afgeleide van het recht van verdediging, dat een algemeen rechtsbeginsel is en een van de beginselen van behoorlijke rechtsbedeling die worden beschermd door artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR (zie o.a. Hof Mensenrechten 9 juni 1998, arrest McGinley & Egan t. V.K., *Rec.Cour.Eur.D.H.* 1998, III, 1334; Hof Mensenrechten 27 oktober 1993, arrest Dombo Beheer bv t. Nederland, *Publ.Cour eur.D.H.*, Série A, vol. 274, 19). Dat recht op bewijs is evenwel niet ongelimiteerd.

Daartegenover staan de vrijheden of grondrechten van elke burger die ook geen van alle absoluut zijn. Het beroepsgeheim, de onschendbaarheid van de woonst, de bescherming tegen telefoontap... kennen uitzonderingen en grenzen (Cass. 3 november 1999, *RW* 2000-01, 305, noot C. IDOMON; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 23, nr. 19).

Een mooie illustratie van die belangenafweging door de rechter biedt het arrest van 30 juni 2010 van het hof van beroep te Brussel (*P&B* 2011, 48, noot). Het recht op eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM) heeft voor rechtspersonen in het bijzonder de bescherming van het bedrijfsgeheim tot voorwerp. Indien het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) wordt geschonden doordat documenten die essentieel zijn voor de oplossing van het geschil, niet worden medegedeeld aan een van de partijen, kan dit principe in het gedrang komen ingeval een strikte toepassing daarvan een manifeste schending van het recht op eerbiediging van het bedrijfsgeheim tot gevolg zou hebben. Bij de beoordeling van het opgeworpen vertrouwelijk karakter van bepaalde documenten, moet de rechter een afweging maken tussen de vereisten van een eerlijk proces en de vereisten van het bedrijfsgeheim.

1043 Onrechtmatige verkrijging van bewijsmiddelen (lees verkrijging van bewijsmiddelen met miskennis van die vrijheden of grondrechten) leidt niet automatisch tot uitsluiting, doch moet afgewogen worden in het licht van het recht op bewijs. Aan de andere kant is ook het recht op bewijs niet absoluut en kan het dus geen vrijgeleide zijn om allerlei inbreuken te plegen op de vrijheden of grondrechten van anderen. De rechter moet derhalve in beginsel een gepaste sanctie kiezen op basis van een nauwkeurige afweging van alle omstandigheden van de zaak (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtig recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 44, nr. 16).

Die belangenafweging door de rechter moet gebeuren conform de hierboven opgesomde bijkomende criteria. Die criteria zijn modaliteiten van de principiële legaliteitstest en bieden geen aanvullende mogelijkheden om ongeoorloofde bewijsmiddelen uit de debatten te weren (B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 171, nr. 20; anders in de zin van een autonoom karakter: D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 252, nr. 23). Sommigen achten die aanvullende criteria weinig pertinent (B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 171, nr. 20). Anderen benadrukken het belang van het normdoel en vooral van het proportionaliteitscriterium in het licht van het recht op een eerlijk proces (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 253, nr. 23).

a. Het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid

1044 Formele onregelmatigheden in de bewijsvoering zullen zich in burgerlijke zaken slechts zelden voordoen. Het burgerlijk recht inzake bewijsgaring is immers weinig formalistisch (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 252, nr. 21).

b. Het opzettelijk karakter van de onregelmatigheid

1045 Van een opzettelijke onregelmatigheid kan ook in burgerlijke zaken sprake zijn. Maar die onregelmatigheid kan dan uiteraard niet zijn begaan door de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van de misdrijven belast is (voor een strafzaak, zie bv. Brussel 31 juli 2007, *AM* 2007, 497, noot J. CEULEERS). Enkel de opzettelijke onregelmatigheid begaan door degene die een onregelmatig bewijsmiddel aanwendt, komt hier in aanmerking. Bij inbreuken op het recht op privacy en bij miskenning van het bedrijfsgeheim zal opzet vaak aanwezig zijn (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 252, nr. 22; S. GILSON en K. ROSIER, “La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore”, *Soc.Kron.* 2010, 289, nr. 4). In geval van opzet zal in principe vlugger moeten worden overgegaan tot bewijsuitsluiting. Maar, de omstandigheid dat bij de bewijsverkrijging opzettelijk een onrechtmatigheid werd begaan, moet niet noodzakelijk leiden tot bewijsuitsluiting door de rechter (Cass. 31 oktober 2006, *Vigiles* 2007, 93, noot F. SCHUERMANS, *T.Strafr.* 2007, 53, noot F. SCHUERMANS, J. VAN GAEVER; anders: Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot).

1046 In zijn arrest van 23 september.2008 (*T.Strafr.* 2009, 151, noot F. SCHUERMANS) lijkt het hof de mogelijkheden tot bewijsuitsluiting te hebben verruimd. Een huiszoeking werd gedaan met toestemming van de eigenaar, maar zonder toestemming van de huurder. Het bewijsmateriaal ontdekt naar aanleiding van die onrechtmatige huiszoeking was bijgevolg ongeoorloofd verkregen. Geoordeeld werd dat die onrechtmatigheid niet opzettelijk werd begaan. De voorziening in cassatie tegen de beslissing van de appelrechters om het aldus verkregen ongeoorloofd bewijs uit te sluiten, wordt niettemin afgewezen. Het Hof van Cassatie oordeelt dat niet alleen het doelbewust optreden, maar ook de grove veronachtzaming van de belangen van de beklaagde en van diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak, door de rechter in acht kunnen worden genomen.

c. Het normdoel en het proportionaliteitscriterium

1047 De rechter moet het leerstuk van het ongeoorloofd bewijs in burgerlijke zaken verder benaderen vanuit het oogpunt van het normdoel achter het bewijsverbod enerzijds en ook

en vooral vanuit het criterium van de proportionaliteit tussen de overtreden norm en de gevolgen van de bewijsuitsluiting anderzijds (R. DE CORTE, “De eerste 175 jaar van het ”of van Cassatie” in *Hof van Cassatie België 175^{ste} verjaardag*, Brussel, Larcier, 2008, 160, nr. 51; B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis I: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 44, nr. 16; K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 167, nr. 46; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 595, nr. 7). Het proportionaliteitscriterium komt hierop neer dat de rechter een vergelijking moet maken tussen enerzijds de ernst van de inbreuk die werd begaan bij de bewijsverkrijging en anderzijds de ernst van de inbreuk die men met het betrokken bewijsmiddel wil aantonen (Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot; Corr. Ieper 13 september 2010, *TMR* 2011, 491; Rb. Antwerpen 4 maart 2011, *Fisc.Koer.* 2011, 317, noot W. DEFOOR; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 253, nr. 23).

De belangenafweging waartoe de rechter aldus moet overgaan, kan worden geïllustreerd aan de hand van de hiernavolgende v o o r b e e l d e n.

1048 Krachtens artikel 901 BW moet men gezond van geest zijn om een schenking onder de levenden te kunnen doen of om een testament te kunnen maken. In een geschil waarin werd beweerd dat de erflater niet gezond van geest was op het ogenblik waarop hij zijn testament had opgesteld en op die grond de nietigverklaring van dat testament werd gevorderd, werd de vraag gesteld of het bewijs van die o n g e z o n d h e i d v a n g e e s t mocht worden geleverd aan de hand van een tijdens het leven van de erflater opgesteld doktersattest. Dat doktersattest valt onder het beroepsgeheim van de geneesheer, zodat het gebruik daarvan als bewijsmiddel in rechte in principe verboden is (zie hierboven). In zijn arrest van 7 maart 2002 (*TBBR* 2003, 55, noot B. ALLEMEERSCH, *JT* 2003, 290, noot I. MASSIN en *T.Gez.* 2002-03, 85, noot W. DIJKHOFFZ) oordeelt het Hof van Cassatie dienaangaande:

- dat, krachtens artikel 458 Sw., de geneesheren de geheimen waarvan zij kennis dragen omdat zij hen uit hoofde van hun staat of beroep zijn toevertrouwd, niet mogen bekendmaken buiten het geval dat zij opgeroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie te getuigen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken;
- dat dit medisch beroepsgeheim niet absoluut is en tot doel heeft de patiënt te beschermen, zodat het niet tot gevolg mag hebben dat de bescherming voortvloeiend uit artikel 901 BW, aan de geesteszieke wordt ontnomen en dat de geesteszieke niet wordt beschermd tegen zijn eigen daden;
- dat artikel 458 Sw. niet verhindert dat een doktersattest dat tijdens het leven van de geesteszieke regelmatig is afgeleverd, zoals met het oog op het opnemen van de testateur in een rust en verzorgingstehuis betreffende de evaluatieschaal van de staat van afhankelijkheid in tijd en ruimte op basis waarvan de residenten worden ingedeeld in meerdere categorieën van zorgbehoefte, wordt overgelegd in een latere procedure tot nietigverklaring van het testament van deze testateur.

Het normdoel achter de bewijsuitsluitingsregel wordt hier door het Hof van Cassatie aangewend om de toepassing van die regel uit te sluiten. Het beroepsgeheim is niet absoluut. Het bindt niet de persoon die erdoor wordt beschermd (zie ook Cass. 12 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1115; Brussel 27 januari 1998, *AJT* 1998-99, 57). Het belang dat artikel 901 BW nastreeft, wordt afgewogen met het belang van de testator en diens recht op bewijs.

1049 Eenzelfde belangenafweging is terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van Cassatie over artikel 931 BW aangaande het verbod op gebruik als bewijs van verklaringen van bloedverwanten in de nederdalende lijn in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben. Dergelijke verklaringen moeten niet als bewijs geweerd worden wanneer zij betrekking hebben op feiten waarvan de bloedverwanten in de nederdalende lijn persoonlijk het slachtoffer zouden geweest zijn (Cass. 30 april 1970, *Arr.Cass.* 1970, 801; Cass. 11 oktober 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 185, *RW* 1979-80, 1625, noot J.L. en *Rev.trim.dr.fam.* 1980, 55, noot N. GALLUS; Cass. 27 april 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1128). Het belang en het recht op bewijs van de bloedverwanten in de opgaande lijn wordt afgewogen tegen het belang dat artikel 931 BW nastreeft, te weten de bescherming van de familiale orde. Het normdoel achter de bewijsuitsluitingsregel leidt tot uitsluiting van die regel.

1050 Een geval waarin, naast het normdoel achter de bewijsuitsluitingsregel, ook het proportionaliteitscriterium werd gebruikt om de bewijsuitsluitingsregel niet toe te passen, is te vinden in het cassatiearrest van 2 maart 2005 (Cass. 2 maart 2005, *Arr.Cass.* 2005, 506, concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH, *JLMB* 2005, 1086, noot M. BEERNAERT, *Journ.proc.* 2005, 23, concl. OM en noot P. TOUSSAINT, *RABG* 2005, 1161, concl. OM en noot S. BERNEMAN en *Rev.dr.pén.* 2005, 668, concl. OM en noot C. DE VALKENEER; zie in dezelfde zin Cass. 27 februari 2001, *AJT* 2000-01, 949, noot I. VERHELST, *RW* 2001-02, 1171, noot P. HUMBLET, *Rev.dr.pén.* 2002, 252, noot P. MONVILLE, *T.Strafr.* 2002, 308, noot P. DE HERT en *Vigiles* 2001, 153, noot P. DE HERT). Een werknemster die zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten (valsheid in geschriften en oplichting) werpt op dat het tegen haar gebruikte bewijsmateriaal (verborgen video-opnames) onrechtmatig (want met miskennis van cao nr. 68) werd verkregen en diens gevolg uit het debat moet worden geweerd. Het Hof van Cassatie oordeelt dat:

- het middel kritiek uitoefent op de appelrechters dat zij artikel 9, § 1 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 68 van 16 juni 1998, bindend verklaard bij koninklijk besluit van 20 september 1998, hebben geschonden;
- eiseres het arrest verwijt het toepassingsgebied van die bepaling in te perken door, in essentie, te beslissen dat de werkgever, met behulp van een camera, een werknemer buiten diens weten om mag bewaken op voorwaarde dat die videobewaking geen afbreuk doet aan zijn persoonlijke levenssfeer;
- noch uit de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, noch uit enige grondwettelijke of wettelijke bepaling, en met name uit de collectieve arbeidsovereenkomst waarop eiseres zich beroept, blijkt dat de schending door de werkgever van zijn voorafgaande informatieverplichting, in de veronderstelling dat die verplichting hier van toepassing is, noodzakelijkerwijze elke strafvervolgning jegens de werknemer wiens werkinstrument buiten zijn weten om wordt gesurveilleerd, verbiedt;
- aangezien het aangeklaagde verzuim niet bij wet met nietigheid wordt bestraft, het aan de rechter staat om de gevolgen te beoordelen op de ontvankelijkheid van de bewijsmiddelen die tijdens het debat worden aangevoerd, van de onregelmatige wijze waarop deze werden verkregen;
- de rechter, wanneer de onrechtmatigheid die werd begaan het recht op een eerlijk proces niet in het gedrang brengt, de betrouwbaarheid van het bewijs niet aantast en geen vormvereiste miskent dat op straffe van nietigheid is voorgeschreven, met zijn beslissing dat er grond is om bewijselementen toe te laten die op onregelmatige wijze zijn verkregen, met name de omstandigheid in overweging kan nemen dat de onwettigheid die werd begaan niet in verhouding staat tot de ernst van het misdrijf dat door die onregelmatigheid kon worden vastgesteld, of dat die onregelmatigheid geen weerslag heeft op het recht of de vrijheid die door de miskende norm worden beschermd;
- het arrest aantoonde dat ten gevolge van een gewettigd vermoeden dat eiseres bij misdrijven is betrokken die zij ten nadele van haar werkgever zou kunnen hebben gepleegd, deze laatste, in de voor het publiek toegankelijke winkelruimte waar zij werkte, videobewakingsapparatuur heeft geïnstalleerd die alleen gericht is op de kassa waarop zij de aankopen van de klanten moet invoeren;

- het arrest oordeelt dat de maatregel, die beperkt is qua opzet en alleen misdrijven wil laten vaststellen waarvan eiseres al sedert meerdere jaren werd verdacht, toereikend en ter zake dienend is, geen afbreuk doet aan haar privéleven en haar recht niet belemmert om voor de vonnisgerechten de tegen haar aangevoerde gegevens vrij tegen te spreken;
- de appelrechters, over de grond van die vermeldingen, naar recht hebben kunnen beslissen dat het gebrek aan voorafgaande informatie bij de bewaking van het door eiseres gebruikte werk-instrument de strafrechter niet ertoe verplicht de vaststellingen die dankzij die bewaking zijn gebeurd uit het debat te weren.

1051 Gelijkaardige rechtspraak is denkbaar in alle gevallen waarin de rechter een afweging moet doen tussen twee onrechtmatigheden. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de verzekerde op bedrieglijke wijze arbeidsongeschiktheid voorhoudt en de verzekeraar die fraude enkel kan bewijzen door middel van beelden gemaakt met onrechtmatige indringing in de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde (bv. van handelingen die de verzekerde stelt in zijn tuin, vastgelegd met een telelens van op het dak van een nabijgelegen woning) (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 156-157, nr. 6). Een ander voorbeeld kan gevonden worden in het geval waarin de werknemer het imago van zijn werkgever herhaaldelijk had beschadigd en de werkgever de desbetreffende feiten, ingeroepen als dringende reden, had vastgesteld door een zonder voorafgaande verwittiging algemene controle van het e-mailverkeer van zijn werknemer en van de harde schijf op de aan hem ter beschikking gestelde computer (Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT; in dezelfde zin Arbrb. Gent 1 september 2008 *TGR-TWVR* 2009, 275).

1052 Belangenafweging op grond van het proportionaliteitscriterium is ten slotte ook aan de orde in de cassatierechtspraak over het deskundigenonderzoek op de persoon. Bij arrest van 17 december 1998 (*RW* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN, *R.Cass.* 1999, 197, noot S. BRUS en *J.dr.jeun.* 1999, 44, noot J. JACQMAIN) oordeelde het Hof:

- dat het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid, een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt;
- dat dit verbod inhoudt dat elke fysische dwanguitoefening op een persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is;
- dat het recht op de lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet uitgelegd worden in het licht van andere fundamentele rechten, zoals dit bepaald in artikel 8 EVRM;
- dat dit rechtsbeginsel het deskundigenonderzoek van een bloedproef of enig ander onderzoek, bepaald bij artikel 331octies BW niet verbiedt, voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan dat onderzoek te onderwerpen;
- dat de rechter de weigering om zich aan dergelijk onderzoek te onderwerpen, mag beoordelen;
- dat hij uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden.

Hier wordt het recht op lichamelijke integriteit afgewogen tegen het recht op bewijs.

3. De toepassing van de Antigoontest door de feitenrechters

1053 In de praktijk moet worden vastgesteld dat in de meerderheid van de gevallen de ongeoorloofde bewijsmiddelen de Antigoontest doorstaan en bijgevolg door de rechtspraak worden aanvaard (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 595, nr. 7). Het uiterst beperkte aantal tegenvoorbeelden illustreert dat de Antigoonrecht-spraak een werkelijke ommezwaai impliceert in het leerstuk van het ongeoorloofd bewijs.

Voorbeelden daarvan zijn: Antwerpen 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 1186, noot P. HUMBLET en *RABG* 2004, 1080, noot L. DELBROUCK; Antwerpen 26 oktober 2005, *T.Strafr.* 2006, 31, noot F. VERBRUGGEN (inzake bewijsmateriaal ten laste van een werknemer verkregen door middel van verborgen camerabewaking); Arbh. Luik 9 maart 2006, *Soc.Kron.* 2006, 548 (inzake de mededeling aan de RVA zonder toestemming van het OM van een proces-verbaal opgesteld naar aanleiding van een wegcontrole, met dien verstande dat het onregelmatig bewijs in dit geval toch uit de debatten werd geweerd); Antwerpen 23 april 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 48, noot C. STUYCK (inzake bewijs verkregen door een onregelmatige huiszoeking); Arbh. Antwerpen 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER (inzake de zonder voorafgaande verwittiging controle op en kennisneming van e-mailverkeer van de werknemer tijdens de werkuren); Arbh. Bergen 14 september 2009, *RRD* 2008, 535 (inzake een opname met een verborgen camera aangewend tegen een werknemer); Gent 18 maart 2010, *T.Gez.* 2010-11, 398, noot S. DEFLOOR (inzake de rechtstreekse mededeling door de behandelende arts van een geneeskundige verklaring aan de adviseerende arts van de verzekeraar); Arbh. Gent, afd. Brugge 28 juni 2010, *JTT* 2011, 366 (inzake het zonder verwittigen controleren van e-mails en internetgebruik van het personeel); Arbh. Luik 20 september 2010, *JLMB* 2010, 1899 (inzake het zonder verwittiging kennisnemen van e-mails van een personeelslid); Arbh. Bergen 8 december 2010, *Soc.Kron.* 2011, 399, noot O. RIJCKAERT (inzake controle door de werkgever van de e-mails en van de harde schijf op de aan de werknemer ter beschikking gestelde computer tot bewijs van laakbaar gedrag); Arbh. Luik 8 maart 2011, *Soc.Kron.* 2011, 404, noot (inzake video-opnames in een casino tot bewijs van bedrieglijke handelingen van een werknemer); Corr. Dendermonde 13 februari 2006, *T.Strafr.* 2006, 157, noot (inzake aanwending van vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten); Arbrb. Gent 1 september 2008, *TGR-TWVR* 2009, 275 (inzake het zonder verwittigen controleren van elektronische gegevens van een werknemer); Rb. Antwerpen 4 maart 2011, *Fisc.Koer.* 2011, 317, noot W. DEFOOR (inzake bewijsmateriaal verkregen met miskenning van de regels die gelden voor het verzamelen van informatie bij buitenlandse belastingdiensten); Corr. Ieper 13 september 2010, *TMR* 2011, 491 (inzake de onmogelijkheid om een toxicologische tegenexpertise te laten uitvoeren).

Tegenvoorbeelden zijn: Brussel 31 juli 2007, *AM* 2007, 497, noot J. CEULEERS (in een strafzaak, de aanwezigheid van een cameraploeg bij de aanhouding van een drugskoerier); Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, 296, noot D. MOUGENOT (in een geval van gebruik in rechte van een detectiverapport verkregen met miskenning van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens); Gent 16 juni 2011, *Juristenkrant* 2012, afl. 250, 3 (in een geval van het uitprinten en bijhouden door de werkgever van de e-mails van de werknemer).

§ 5. Kritiek in de rechtsleer

1054 De Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie wordt door de rechtsleer in principe gunstig beoordeeld. Zij maakt een genuanceerde aanpak mogelijk van de aanwending in rechte van ongeoorloofde bewijsmiddelen, inzonderheid wanneer de waarheidsgetrouwheid daarvan niet betwist(baar) is maar ze toch van doorslaggevend belang zijn voor de beslechting van het geschil (omdat er geen andere bewijsmogelijkheden voorhanden zijn), er sprake is van crimineel of zeer laakbaar gedrag van degene tegen wie het bewijs wordt geleverd en degene die zich het bewijsmiddel heeft verschafte, geen ernstig misdrijf of zware fout heeft begaan noch daartoe opdracht heeft gegeven. Aldus verkleint zij de discrepantie tussen de objectieve waarheid en de juridische waarheid, wat de geloofwaardigheid van het recht en het gerecht ten goede komt (K. WAGNER, "Actualia burgerlijk bewijsrecht", *P&B* 2009, 165-167, nrs. 43, 45 en 46). Zij heeft het voordeel van de duidelijkheid, consacreert het recht op bewijs, introduceert de theorie van de belangenafweging in geval van aanwending van ongeoorloofde bewijsmiddelen en maakt een einde aan de ongelijke behandeling in dat verband tussen procespartijen in een burgerlijk geding en deze in een strafgeding (B. ALLEMEERSCH, "Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte" in *Themis I: Gerechdelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 52-54, nrs. 28-31; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour 'Antigooon'", *JT* 2012, 167, nr. 7 en 172 nrs. 24-25). Al wordt er ook op gewezen dat eenzelfde resultaat kan worden bereikt via de theorie van het rechtsmisbruik (D.

MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 254, nr. 24), via het adagium *fraus omnia corrumpit* (K. WAGNER, “Actualia burgerlijk bewijsrecht”, *P&B* 2009, 167, nr. 46), of meer algemeen, via de toepassing van artikel 1382 BW (J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 15 e.v., nr. 35 e.v.).

1055 Niettemin maakt zij het voorwerp uit van kritiek, niet alleen in strafzaken (o.m. F. KUTY, “La règle de l’exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement”, *RCJB* 2004, 408-437; P. TRAEEST, “Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit”, *T.Strafr.* 2004, 136-139), doch ook in burgerlijke zaken, onder meer omdat het domein van de rechtszekerheid verlaten wordt ten gunste van dat van de casuïstiek (D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 253, nr. 24; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken. Willen wij de waarheid?*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, 9, nr. 20), alsook wegens de letterlijke kopiëring van de Antigooontoets in strafzaken naar burgerlijke zaken met als gevolg daarvan het gebruik van in burgerlijke zaken onaanpaste terminologie (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 54-56, nrs. 32-34; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigooon’”, *JT* 2012, 173, nr. 26; R. DE BAERDEMAEKER, “Admissibilité d’une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...” (noot onder Cass. 10 maart 2008), *JLMB* 2009, 584; D. MOUGENOT, “Antigone face aux juges civils. L’appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles”, *DAOR* 2011, 253, nr. 24; F. HENDRICKX, “Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spook) Antigooon in het arbeidsrecht?”, *RDS* 2006, 687). Minstens bepaalde van de door het Hof van Cassatie opgegeven bijkomende criteria voor de belangenafweging doen inderdaad vreemd aan in burgerlijke zaken. In dergelijke zaken is doorgaans geen sprake van een overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast en al evenmin van een inbreuk in de zin van een misdrijf dat vervolgd wordt en dat door het onrechtmatig verkregen bewijselement wordt aange-toond. Onbegrijpelijk in burgerlijke zaken is ook het criterium dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft. Gevolg daarvan is nodeloze verwarring (B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis 1: Gerechtelijk recht (cahier 59)*, Brugge, die Keure, 2010, 52, nr. 27; B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: une clone pour ‘Antigooon’”, *JT* 2012, 167, nr. 7, voetnoot 12, 171, nr. 21 en 173, nr. 27).

HOOFDSTUK II

BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJSCLAUSULES

1056 Naast het leerstuk van de ongeoorloofde bewijsmiddelen, vormt de wilsautonomie een tweede begrenzing van het burgerlijk bewijsrecht. Door middel van bewijsovereenkomsten (overeenkomsten waarbij de partijen een of meerdere aspecten van het bewijsrecht regelen, ook op eventuele toekomstige onderlinge geschillen) en bewijsclausules (bedingen waarbij de partijen een of meerdere aspecten van het bewijsrecht regelen in het kader van de uitvoering van de overeenkomst waarvan de bewijsclausule deel uitmaakt) kunnen de partijen afwijken van het wettelijk (formeel en materieel burgerlijk) bewijsrecht. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules zijn principieel geoorloofd en bindend (afdeling I). Diverse vormen van bewijsovereenkomsten en bewijsclausules zijn mogelijk (afdeling II). De contractvrijheid van de partijen op dat vlak wordt evenwel begrensd, zowel door het gemeen recht, als door bijzondere wetgeving (afdeling III).

AFDELING I

DE PRINCIPIËLE GEOORLOOFDHEID EN HET BINDEND KARAKTER VAN BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJSCLAUSULES

1057 Hierboven werd reeds uiteengezet dat, volgens een vaststaande cassatierechtspraak, het burgerlijk bewijsrecht in principe niet van openbare orde (Cass. 30 januari 1947, *Pas.* 1947, I, 29 en *RCJB* 1947, 211, noot J. DABIN; Cass. 30 september 1948, *Pas.* 1948, I, 520; Cass. 20 juni 1957, *Arr.Cass.* 1957, 885; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131) noch van dwingend recht (Cass. 19 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 229; Cass. 22 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 730; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 11 maart 2002, *Arr.Cass.* 2002, 762; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310; Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 22 februari 2010, *Pas.* 2010, 529, concl. J. LECLERCQ) is. Enkele private belangen zijn aan de orde (D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 593, nr. 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49; H. DE PAGE, *Traité*, 745-746, nr. 735).

1058 Vandaar dat de partijen in de loop van een geding (uitdrukkelijk of stilzwijgend) afstand kunnen doen van de geldende bewijsregels en dat de rechter die regels niet ambtshalve kan opwerpen. Wordt de miskenning van een dergelijke bewijsregel niet opgeworpen voor de feitenrechter, dan wordt de beschermde partij geacht daarvan stilzwijgend afstand te hebben gedaan (Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; P. WERY, D. GOBERT en L. KERZMANN, “La preuve (Modes de preuve)” in X.,

Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique, 2ème édition, Titre Prél., Livre 2, 13, nr. 040; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10). Op dezelfde wijze kunnen ook derden afstand doen van de bescherming die artikel 1328 BW hen biedt (Rb. Nijvel 19 oktober 2000, *T.Agr.R.* 2001, 223).

1059 Van de bewijsregels kan door de partijen ook vooraf (d.i. vooraleer een geding aanhangig is gemaakt) in onderling akkoord worden afgeweken, dit door bewijsovereenkomsten of bewijsclausules (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 410, 387, nr. 681; A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*”, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 1; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 16, nr. 12; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49 en 148, nr. 303; B. SAMYN, *Priyaatrechtelijk bewijs*, 42-43, nr. 14). Het gemeen bewijsrecht verstrekt niet steeds voldoening. Denk hier bijvoorbeeld aan de bewijsregeling inzake afschriften. Daarenboven creëert het bewijsrecht soms onzekerheid, bijvoorbeeld wat betreft de moderne technieken. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules laten de partijen toe daaraan te verhelpen door de wettelijke bewijsregeling aan te vullen of daartegen in te gaan en vrij het regime te regelen dat het bewijs van hun verbintenissen zal beheersen. Aldus kunnen de partijen hun bewijspositie versterken, hetzij door hun recht op bewijs te vergroten, hetzij door het recht op bewijs van hun tegenpartij te beperken. Daarbij kan de vrije bewijswaardering door de rechter worden beperkt door clausules inzake de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen of, omgekeerd, de afwezigheid van elke bewijswaarde.

1060 Algemeen wordt aangenomen dat bewijsovereenkomsten en bewijsclausules in de regel geoorloofd zijn (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeorloofde) bewijsclausules” in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451, nr. 28; G.L. BALLON, “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 99, nr. 3; B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – deel 2”, *P&B* 2010, 70, nr. 64; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 662; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 154, nr. 203; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 207, nr. 170; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2224, nr. 1628; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 387, nr. 681; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 44, nr. 71; H. DE PAGE, *Traité*, 746, nr. 735).

1061 Dergelijke overeenkomsten en clausules strekken de partijen tot wet (art. 1134, eerste lid BW). Ook de rechter is erdoor gebonden.

In een geval van betwiste afnames door een titularis van een bancontactkaart, werd aldus geoordeeld dat de bank gerechtigd was van de titularis de terugbetaling te vorderen van zodra de werkelijkheid van de genoemde afnames bleek uit de historische van de bancontactkaarten en van de journaalband, aangezien bij de bancontactovereenkomst was bepaald dat deze documenten een dwingend en voldoende procedé van bewijs door geschrift uitmaakte (Rb. Namen 30 mei 1988, *DIT* 1990, 60, noot J. BUYLE).

Bij gebrek aan andersluidende overeenkomst, moet de rechter uiteraard wel de gemeenrechtelijke bewijsregels toepassen, dit onder controle van het Hof van Cassatie (D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10).

AFDELING II

DE SOORTEN BEWIJSOVEREENKOMSTEN EN BEWIJSCLAUSULES

1062 Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules kunnen betrekking hebben op alle aspecten van het burgerlijk bewijsrecht (P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2225, nr. 1628). Vaak worden in dit verband onterecht enkel de bewijslast en de bewijsmiddelen vermeld. In werkelijkheid kunnen die overeenkomsten en clausules meer in het bijzonder tot voorwerp hebben: de bewijslast, de toegelaten bewijsmiddelen, de bewijskracht, het geoorloofd karakter van de aangewende bewijsmiddelen en de bewijsgaring (H. DE PAGE, *Traité*, 746-748, nrs. 736-737; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 593, nr. 2; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 388-389, nrs. 682-683).

§ 1. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules betreffende de bewijslast

1063 De artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. raken de openbare orde niet. Bijgevolg mogen de partijen bij overeenkomst in principe afwijken van de wettelijke regeling van de subjectieve bewijslast en van het bewijsrisico dat daarin is neergelegd (Cass. 21 november 1946, *RW* 1948-49, 173; Cass. 30 september 1948, *Pas.* 1948, I, 520; Cass. 20 juni 1957, *Arr.Verbr.* 1957, 885; Cass. 20 april 1978, *Arr.Cass.* 1977-78, 958; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; Cass. 31 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1061; Cass. 17 mei 2002, *Arr.Cass.* 2002, 1310; Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 167, noot S. DEJONGHE; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 387, nr. 681; D. MOUGENOT, *La preuve*, 69, nr. 10; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49 en 44, nr. 71; H. DE PAGE, *Traité*, 746, nr. 736). Sommigen spreken in dit verband van **bewijslastovereenkomsten** (B. SAMYN, “De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtpraak – deel 2”, *P&B* 2010, 70, nr. 64).

Zo konden partijen bijvoorbeeld (onder gelding van de vroegere cassatierechtspraak omtrent de subjectieve bewijslast dienaangaande) overeenkomen dat op de verzekeraar de last rustte te bewijzen dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van een grond tot uitsluiting bedongen in een verzekeringsovereenkomst (Cass. 20 april 1978, *Arr.Cass.* 1977-78, 958).

Zo ook werd aanvaard dat de contractuele regeling die de bewijslast van aan de bank gegeven beursorders bij de opdrachtgever legt, geen onrechtmatig beding vormt in de zin van artikel 32, 18° (oude) WHPC (Gent 13 december 2001, *Bank Fin.R.* 2002, 167, noot S. DEJONGHE; zie evenwel thans art. 74, 21° wet marktpraktijken).

In gevallen waarin algemeen genoeg wordt genomen met een bewijs van waarschijnlijkheid kunnen de partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat een zeker bewijs vereist is van het betwiste feit. Ook kunnen ze de feiten aanduiden die ze bij uitsluiting als afdoend zullen aanzien (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*,, 388, nr. 682; H. DE PAGE, *Traité*, 746, nr. 736).

1064 Contractuele afwijkingen van de wettelijke regeling inzake de subjectieve bewijslastverdeling kunnen rechtstreeks of onrechtstreeks gebeuren (A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 2). Rechtstreeks is dit mogelijk door te bedingen welke partij de bewijslast draagt van een welbepaald feit. Onrechtstreeks zijn afwijkingen mogelijk door te werken met feitelijke vermoedens.

1065 Afwijkingen van de wettelijke regeling inzake de subjectieve bewijslastverdeling kunnen werken in beide richtingen. Aan een partij kan een bijkomende bewijslast worden opgelegd of een partij kan worden vrijgesteld van een bepaalde bewijslast (S. RUTTEN, “Ongeoorloofd bewijs en (ongeorloofde) bewijsclausules” in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451, nr. 28; A. VAN OEVELEN, “Bewijsclausules” in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 124).

De partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat een verbintenis die volgens haar aard een resultaatsverbintenis is, tussen hen zal gelden als een inspanningsverbintenis, waardoor op de schuldeiser een zwaardere bewijslast wordt gelegd (S. STUJNS, *Verbintenissenrecht*, 166, nr. 223). Omgekeerd wordt de bewijslast van de schuldeiser verlicht, telkens wanneer de sanctie bij contractuele wanprestatie “van rechtswege” wordt bedongen (Cass. 23 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 357).

§ 2. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules betreffende de toegelaten bewijsmiddelen

1066 In principe mogen de partijen ook afwijken van de wettelijke regeling betreffende de toegelaten bewijsmiddelen die is neergelegd in de artikelen 1317-1369 BW (zie o.a. Cass. 14 december 1922, *Pas.* 1923, I, 111; Cass. 1 juli 1926, *Pas.* 1927, I, 37; Cass. 30 januari 1947, *Arr. Verbr.* 1947, 22 en *RCJB* 1947, 211, noot J. DABIN; Cass. 21 september 1950, *Arr. Verbr.* 1951, 8; Cass. 27 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1131; Cass. 22 maart 1973, *Arr. Cass.* 1973, 730; Cass. 24 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 661; D. MOUGENOT, “La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010”, *JT* 2011, 593, nr. 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la*

preuve, 29, nr. 49; H. DE PAGE, *Traité*, 747, nr. 737). Artikel 1696, 2 Ger.W. vormt een bevestiging van die regeling inzake arbitrage.

1067 De partijen kunnen aldus de toelaatbaarheid van de wettelijke bewijsmiddelen uitbreiden of inperken.

Zo kunnen ze bijvoorbeeld de toelaatbaarheid uitbreiden door overeen te komen dat, in afwijking van artikel 1341 BW, het bewijs met getuigen of met feitelijke vermoedens ook boven 375,00 EUR toegelaten zal zijn (Cass. 27 juni 1963, *RW* 1963-64, 1601), dat dergelijk bewijs eveneens toegelaten zal zijn tegen of boven de inhoud van een akte, of nog, dat het begin van schriftelijk bewijs niet moet worden aangevuld met getuigen of feitelijke vermoedens, terwijl dat ingevolge artikel 1347 BW wel noodzakelijk is (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 683).

Omgekeerd kunnen de partijen de toelaatbaarheid van de wettelijke bewijsmiddelen beperken door overeen te komen dat een akte ook vereist is voor rechtshandelingen onder de 375,00 EUR terwijl dat krachtens artikel 1341 BW niet het geval is, of, dat het begin van schriftelijk bewijs niet toegelaten is tot bewijs van een bepaalde rechtshandeling terwijl dat overeenkomstig artikel 1347 BW wel mogelijk is (A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 119-120, nr. 5; R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 389, nr. 683; H. DE PAGE, *Traité*, 748, nr. 737.B). Een toepassingsgeval betreft de *no oral modification-clausule* waarbij wordt voorgeschreven dat geen enkele wijziging of aanpassing van de overeenkomst kan gebeuren zonder dat dit schriftelijk werd vastgelegd en door alle partijen werd ondertekend (Gent 18 maart 2008, *DAOR* 2009, 381, S. DUGARDYN). De toegelaten bewijsmiddelen worden ook beperkt wanneer wordt bedongen dat het bewijs van een vereiste kennisgeving enkel op de overeengekomen wijze (bv. bij aangetekende brief of bij deurwaardersexploot) kan geschieden. Een zwaardere bewijslast wordt ten slotte opgelegd wanneer de partijen bedingen dat een stilzwijgende aanvaarding uitgesloten is in gevallen waarin het omstandig stilzwijgen als een buitengerechtigelijke betekenis of als een feitelijk vermoeden kan worden aangezien, zoals bijvoorbeeld in handelszaken na ontvangst van een factuur (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 388, nr. 682; H. DE PAGE, *Traité*, 747, nr. 736).

1068 Verder kunnen de partijen een afwijkende regeling bedingen inzake de geldigheidsvereisten die gelden voor bepaalde wettelijke bewijsmiddelen.

Terwijl artikel 1325 BW voorschrijft dat onderhandse akten die strekken tot bewijs van wederkerige overeenkomsten als bewijsmiddel slechts geldig zijn indien die akten zijn opgesteld in zoveel originele exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang en voor zover er in ieder origineel wordt vermeld hoeveel originelen er zijn opgemaakt, kunnen de partijen bijvoorbeeld bedingen dat de onderhandse akte die dient tot bewijs van hun wederkerige overeenkomst, slechts in één origineel exemplaar wordt opgemaakt en dat dit enkele origineel in bewaring wordt gegeven in handen van een door hen aangewezen derde (bv. een notaris) (D. MOUGENOT, *La preuve*, 210, nr. 132; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 247, nr. 209; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2352, nr. 1731; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 120, nr. 5).

1069 De mogelijkheid bestaat ten slotte dat de partijen in onderling akkoord ook de toelaatbaarheid vastleggen van bewijsmiddelen die niet wettelijk zijn geregeld, zoals bijvoorbeeld fotokopieën, bandopnames... Op die manier kunnen nieuwe technieken in het kader van een overeenkomst als bewijsmiddel worden toegelaten, hetgeen dikwijls een

oplossing biedt om op bewijsrechtelijk vlak een grotere rechtszekerheid aan het gebruik van deze technieken toe te kennen (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451, nr. 28; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 124; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 16, nr. 12).

§ 3. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de bewijskracht

1070 De partijen kunnen verder afspreken welke bewijskracht in hun onderlinge verhouding toekomt aan een welbepaald bewijsmiddel. Al evenzeer kunnen de partijen de onderlinge hiërarchie van de bewijsmiddelen bepalen. Ook hier vormt artikel 1696, 2 Ger.W. een bevestiging van die regeling inzake arbitrage.

1071 In principe kunnen de partijen in onderling akkoord vooreerst afwijken van de gemeenrechtelijke regelen betreffende de bewijskracht die aan de toegelaten bewijsmiddelen moet worden gehecht.

Zo zijn bijvoorbeeld afwijkingen mogelijk van de artikelen 1319, eerste lid en 1320 BW inzake de bewijskracht van akten (A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 2 en 120, nr. 6).

1072 Daarnaast en vooral gaat het hier om bedingen waarbij de partijen de bewijskracht regelen van bewijsmiddelen die niet wettelijk geregeld zijn, inzonderheid bewijsmiddelen die ontstaan zijn ingevolge allerhande moderne communicatietechnieken (e-mail, telefaxbericht, afschriften...), waarbij aan die bewijsmiddelen bijvoorbeeld dezelfde bewijskracht wordt toegekend als aan een onderhandse akte (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451, nr. 28). Al evenzeer kunnen de partijen daarbij overeenkomen welke elektronische handtekening bewijsrechtelijk in aanmerking zal komen, hoe de datum van verzending en ontvangst van een bericht zal kunnen worden bewezen...

§ 4. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de geoorloofdheid van de aangewende bewijsmiddelen

1073 In bepaalde gevallen kunnen de partijen ook afwijken van de wettelijke regeling inzake de geoorloofdheid van de aangewende bewijsmiddelen.

Zo kan een partij bij overeenkomst rechtsgeldig afstand doen van het recht op bescherming van haar privéleven (E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 78). Bijgevolg

kunnen de partijen, in afwijking van de gemeenrechtelijke regeling ter zake, overeenkomen dat bewijsmiddelen verkregen met miskening van dat grondrecht, geoorloofd zijn (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451-452, nr. 28). Omgekeerd kunnen de partijen ook overeenkomen dat de aanwending van op zich geoorloofde bewijsmiddelen, in hun onderlinge verhouding toch niet geoorloofd is. Zo kan worden bedongen dat briefwisseling een vertrouwelijk karakter heeft en derhalve door de bestemming ervan niet in rechte zal kunnen worden gebruikt.

§ 5. Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules inzake de bewijsgaring

1074 Daarnaast zijn ook bewijsovereenkomsten en bewijsclausules mogelijk omtrent de bewijsgaring.

Zo werd geoordeeld dat de beslissing om artikel 877 Ger.W. toe te passen het beschikkingsbeginsel miskent wanneer de partijen die verzocht werden uitleg te geven over die toepassing, ze hebben uitgesloten en het debat uitdrukkelijk hebben willen beperken tot de toepassing van artikel 319*bis* WIB (Cass. 2 juni 2005, *Arr. Cass.* 2005, 1173 en *JLMB* 2006, 452, concl. A. HENKES, noot).

§ 6. Allesomvattende bewijsovereenkomsten

1075 Bewijsovereenkomsten kunnen ook alle aspecten van de bewijsproblematiek gezamenlijk regelen.

Dat is bijvoorbeeld het geval bij de zogenaamde "digitale gegevensuitwisseling" (*electronic data interchange of EDI*) waarbij ondernemingen onderling digitale bestanden automatisch (zonder enige menselijke tussenkomst) wisselen. Dergelijke gegevensuitwisseling gebeurt altijd aan de hand van een voorafgaande overeenkomst die de juridische aspecten, inzonderheid de bewijsrechtelijke, regelt (zie daarover E. WERY, "Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique?" *DAOR* 1999, 154 e.v.; L. GODTS, "Overeenkomst voor elektronische gegevensuitwisseling (EDI)" in X., *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Mechelen, Kluwer, IV.554-1 – IV.554-26).

AFDELING III

DE BEPERKINGEN AAN DE CONTRACTVRIJHEID VAN DE PARTIJEN OP BEWIJSRECHTELIJK VLAK

1076 De contractvrijheid van de partijen op bewijsrechtelijk vlak is niet onbegrensd. Beperkingen vloeien voort, zowel uit het gemeenrecht, als uit bijzondere wetsbepalingen.

§ 1. De gemeenrechtelijke beperkingen

1077 Voor bewijsovereenkomsten en bewijsclausules gelden geen bijzondere geldigheidsvereisten.

Uiteraard zijn ze slechts geldig voor zover daarbij is voldaan aan de algemene geldigheidsvereisten die gelden voor iedere voor overeenkomst. Krachtens artikel 1108 BW zijn voor de geldigheid van een over-

eenkomst vier voorwaarden vereist: de toestemming van de partij die zich verbindt, haar bekwaamheid om contracten aan te gaan, een bepaald voorwerp als inhoud van de verbintenis en een geoorloofde oorzaak van de verbintenis.

Vooraf de vereisten van een geoorloofd voorwerp en van een geoorloofde oorzaak beperken de contractvrijheid van de partijen op bewijsrechtelijk vlak. Krachtens artikel 6 BW kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen. Overeenkomsten die dat toch doen hebben een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak (art. 1131 BW). Die regeling geldt ook voor bewijsovereenkomsten en bewijsclausules (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 154, nr. 203; D. MOUGENOT, *La preuve*, 70, nr. 11; H. DE PAGE, *Traité*, 747, nr. 737.A).

Het gemeen privaatrechtelijk bewijsrecht kent meerdere regels van openbare orde waarvan door de partijen dus niet met bijzondere overeenkomsten mag worden afgeweken.

A. GEVALLEN WAARIN DE WET EEN WELBEPAALD BEWIJSMIDDEL OPLEGT OF VERBIEDT

1078 Vooreerst wordt aangenomen dat, wanneer de wet voor bepaalde rechtshandelingen (bv. een contract van vennootschap, van verzekering...) een welbepaald bewijsmiddel (bv. een notariële of een onderhandse akte) oplegt, die regel van openbare orde is (R. DEKKERS, A. VERBEKE *et al.*, *Handboek Burgerlijk Recht*, 388, nr. 683; D. MOUGENOT, *La preuve*, 70, nr. 11; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 16, nr. 12).

Denk hier bijvoorbeeld aan artikel 10, § 1 wet landverzekeringsovereenkomsten.

1079 Hetzelfde geldt wanneer de aanwending van bepaalde bewijsmiddelen in specifieke materies door de wetgever verboden is (H. DE PAGE, *Traité*, 747, nr. 737.A).

Van openbare orde is aldus het verbod op bewijs door eed of door bekentenis inzake rechten waarover de partijen niet kunnen beschikken (H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Inleiding" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.1-2, nr. 5002; P. VAN OMME-SLAGHE, *Théorie des preuves*, 2226, nr. 1628; D. MOUGENOT, *La preuve*, 70, nr. 11; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 9). Zie bijvoorbeeld artikel 1255, § 4 Ger.W. (inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting).

Dat geldt evenzeer voor de regel dat in principe geen tegenbewijs kan worden geleverd tegen wettelijke onweerlegbare vermoedens (J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 239; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 2 en 121, nr. 7). Zo is nietig, het beding dat, in afwijking van artikel 1282 BW, de schuldeiser toelaat de niet-betaling door de schuldenaar te bewijzen met alle middelen van recht, ondanks de vrijwillige teruggave aan de schuldenaar van de oorspronkelijke onderhandse

akte waarin de schuldvordering is neergelegd (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 451-454, nr. 35).

Van openbare is verder de in artikel 1319 BW uitgedrukte regel van de onmogelijkheid om het tegenbewijs te leveren van authentieke vermeldingen in een authentieke akte op een andere wijze dan door een (civielrechtelijke of strafrechtelijke) valsheid procedure (Cass. 31 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 237; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Het bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijsmiddelen en hun bewijswaarde" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, VI.3-37, nr. 5294; L. CORNELIS, *De verbintenis*, 207, nr. 170; P. VAN OMMESLAGHE, *Théorie des preuves*, 2226, nr. 1628; D. MOUGENOT, *La preuve*, 70, nr. 11; H. DE PAGE, *Traité*, 748, nr. 737.A).

B. ARTIKEL 1326 BW

1080 Een meerderheidsopvatting verdedigt dat artikel 1326 BW inzake onderhandse akten die eenzijdige schuldbekentnissen bevatten, van openbare orde is, dit gelet op de *ratio legis* van deze wetsbepaling, meer bepaald het bemoelijken van vervalsing van bedragen en het tegengaan van het plaatsen van blanco-handtekeningen op schuldbekentnissen (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 453, nr. 34; A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 118, nr. 2 en 120, nr. 5; anders: H. DE PAGE, *Traité*, 834-835, nr. 806).

C. DE BASISPRINCIPES VAN HET PRIVAATRECHTELIJK PROCESRECHT

1081 Bewijsovereenkomsten en bewijsclausules mogen ook niet ingaan tegen fundamentele principes van het privaatrechtelijk procesrecht (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, 29, nr. 49), zoals het recht om zich tot de rechter te wenden, het recht van verdediging, het principe van het tegensprekelijk debat voor de rechter, het neutraliteitsbeginsel...

Zo bijvoorbeeld mag een overeenkomst inzake bewijs niet tot gevolg hebben dat zij elke betwisting of verhaal in rechte onmogelijk maakt of minstens onredelijk beperkt of dat daardoor het recht om zich te verdedigen verloren gaat (vgl. Vred. Zomergem 14 maart 2008, *RW* 2009-10, 938; G.L. BALLON, "Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelingen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument" in X., *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 105, nr. 10; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen" in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 312, nr. 28; O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, "Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve" in *Droit de la preuve*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 1997, 116; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 154, nr. 203 en 166, nr. 223; D. MOUGENOT, *La preuve*, 70, nr. 11; F. MOURLON-BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, 16, nr. 12). Dergelijke overeenkomst miskent de artikelen 6 en 13 EVRM waarin het van openbare orde zijnde recht van toegang tot de rechter (*ius agendi*) is neergelegd (vgl. art. 13 Gw.). In geval van toepassing van de wet marktpraktijken kan hier ook een beroep worden gedaan op de artikelen 2, 28°, 74, 21° en 30° en 75, § 1, eerste lid om de nietigverklaring te bekomen (vgl. Gent 20 december 2010, *Jaarboek Marktpraktijken* 2010, 182, noot P. CAMBIE). Om die reden verboden is bijvoorbeeld het beding waarbij

de mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs contractueel wordt uitgesloten (A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 121, nr. 7).

Zo ook belet de verplichting van de rechter om enkel te oordelen op grond van regelmatig voor hem aangevoerde en bewezen feiten dat de partijen zouden overeenkomen dat de rechter rekening mag houden met eenzijdig door hem buiten het geding om ingewonnen inlichtingen (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 452, nr. 30; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 73).

Om dezelfde reden verhindert het beginsel dat het burgerlijk proces strekt tot waarheidsvinding dat de partijen zouden bedingen dat zij in een gerechtelijke procedure informatie voor zich zullen houden en aan de rechter zullen onttrekken (S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 449, nr. 23).

Ook kan niet worden bedongen dat het gezag van gewijsde niet zal gelden als vermoeden *juris et de jure* en al evenmin dat het tegenbewijs daarvan wel zal kunnen worden geleverd door de bekentenis of de eed (H. DE PAGE, *Traité*, 747, nr. 737.A die erop wijst dat partijen wel afstand kunnen doen van het voordeel dat voor hen voortvloeit uit het gezag van gewijsde, aangezien het daar enkel gaat om de bescherming van private belangen).

§ 2. De beperkingen ingevolge bijzondere wetsbepalingen

1082 Naast de gemeenrechtelijke beperkingen begrenzen ook bijzondere wetsbepalingen de mogelijkheid voor de partijen om overeenkomsten inzake bewijs aan te gaan. Het gaat daarbij om de weerlegbare wettelijke vermoedens, om wettelijke bepalingen die de gemeenrechtelijke subjectieve bewijslastregeling bevestigen, alsook om talrijke bijzondere wetsbepalingen in specifieke materies. Vooral kort nader in te gaan op die bijzondere wetsbepalingen moet vooraf worden benadrukt dat, aangezien het hier vaak gaat om dwingend recht ter bescherming van private belangen, de partijen daarvan in onderling akkoord wel kunnen afwijken, zij het eerst na het ontstaan van het geschil. Aan het geschil voorafgaande bewijsovereenkomsten zijn evenwel uitgesloten (vgl. Cass. 6 december 2002, *RABG* 2003, 645, noot J. BAECK, *RW* 2003-04, 703, noot A. GOEGEBUER en *JLMB* 2003, 1485, noot P. WERY; Cass. 26 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1119; Brussel 10 april 2009, *Res Jur.Imm.* 2009, 200).

A. DE WEERLEGBARE WETTELIJKE VERMOEDENS

1083 Hierboven onder de nummers 433 e.v. werd reeds uiteengezet dat talrijke wettelijke bepalingen (doorgaans ter bescherming van een zwakkere partij) weerlegbare wettelijke vermoedens invoeren die telkens op dwingende wijze een omkering van de subjectieve bewijslast impliceren.

B. DE WETTELIJKE BEPALINGEN DIE DE GEMEENRECHTELIJKE SUBJECTIEVE BEWIJSLASTREGELING BEVESTIGEN

1084 Andere wettelijke bepalingen bevestigen integendeel op dwingende wijze de gemeenrechtelijke subjectieve bewijslastregeling. Ook dat werd hierboven onder nummer 130 reeds uitvoerig toegelicht.

C. BIJZONDERE WETSBEPALINGEN IN SPECIFIEKE MATERIES

1085 Daarnaast gelden heel wat dwingende bijzondere wetsbepalingen in specifieke materies, voornamelijk wat betreft overeenkomsten met consumenten en met werknemers. Meer bepaald zijn beperkingen op de contractvrijheid inzake bewijs te vinden in de wet marktpraktijken, de wet op de landverzekeringsovereenkomsten, de wet consumentenkrediet, de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten, de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en de arbeidsovereenkomstenwet (zie daarover o.a. O. CAPRASSE en A. BENOIT-MOURY, “Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve” in *Droit de la preuve*, Formation permanente CUP, Luik, CUP, 1997, 121-136). Ter illustratie worden hierna enkele voorbeelden aangehaald.

1. De wet marktpraktijken

1086 Artikel 74, 21° wet marktpraktijken luidt dat in de overeenkomsten gesloten tussen een onderneming en een consument in elk geval onrechtmatig (in de zin van art. 2, 28° van dezelfde wet) zijn, de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken: de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust. Artikel 75, § 1 wet marktpraktijken voegt daaraan toe dat elk onrechtmatig beding verboden en nietig is. De overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan. De consument kan geen afstand doen van de rechten die hem bij deze afdeling worden toegekend.

Op dwingende wijze verbieden deze wetsbepalingen bewijsovereenkomsten en bewijsclausules die ten nadele van de consument afwijken van de gemeenrechtelijke regeling van de subjectieve bewijslast en van de toegelaten bewijsmiddelen, dat laatste evenwel enkel voor zover dat op ongeoorloofde wijze gebeurt (R. STEENNOT, “Art. 74.21 Wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, X, *Marktpraktijken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1-5).

De consument wordt derhalve beschermd tegen contractuele bedingen waarbij hem het bewijs wordt opgelegd van elementen die normalerwijze (op grond van het gemeen recht of bij toepassing van enige bijzondere wetsbepaling) door de onderneming moeten worden aangetoond. Nietig is bijvoorbeeld het beding dat de consument, in afwijking van artikel 1315, tweede lid BW, (in ieder geval) verplicht te bewijzen dat de verkoper niet aan zijn leveringsplicht heeft voldaan. Hetzelfde geldt ten aanzien van een beding in een verzekeringsovereenkomst eigen schade dat bepaalt dat de

waarborg is uitgesloten bij schadegevallen die voortvloeien uit de grove schuld van de verzekerde (bv. het schadegeval overkomen terwijl de bestuurder zich in staat van dronkenschap bevindt), tenzij de verzekerde het bewijs levert dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de aangevoerde tekortkoming en het schadegeval (vgl. Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE en *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK; Cass. 13 september 2010, *Pas.* 2010, 2241; Pol. Brugge 21 januari 2010, *RW* 2012-13, 552). Maar geldig blijven bedingen die bepalen dat de consument conform het gemeen recht het bewijs moet leveren van de betaling. Hetzelfde geldt voor bedingen waarbij de subjectieve bewijslast van de onderneming wordt verzwaaard.

Krachtens artikel 32, 18° (oude) WHPC waren ook nietig, bedingen die ten nadele van de consument afwijken van de gemeenrechtelijke regeling van de toegelaten bewijsmiddelen. Werd aldus als onrechtmatig beding nietig verklaard, het beding waarbij de huurder van een mobilhome erkende aansprakelijk te zijn voor alle mogelijke schade die door de verhuurder vastgesteld werd (Vred. Zomergem 14 maart 2008, *RW* 2009-10, 938). Werd integendeel (maar onterecht) niet onrechtmatig geacht, een beding in een makelaarsovereenkomst met een consument krachtens hetwelk elke verkoop binnen de contractperiode onweerlegbaar wordt vermoed als zijnde tot stand gekomen door de inspanningen van de makelaar (Gent 31 januari 2007, *Jaarboek Handelspraktijken* 2007, 277).

Sinds de inwerkingtreding van de wet marktpraktijken zijn dergelijke clausules enkel nog nietig wanneer het ongeoorloofd karakter daarvan vaststaat. Van een ongeoorloofde beperking van de toegelaten bewijsmiddelen is sprake wanneer de overeenkomst of clausule in strijd is met bewijsregelen die de openbare orde aanbelangen. De vereiste dat de conventionele beperking van de toegelaten bewijsmiddelen een geoorloofd karakter moet hebben, voegt derhalve niets toe aan het gemeenrecht.

Geldig blijven overeenkomsten en clausules waarbij de partijen ten nadele van de onderneming de toegelaten bewijsmiddelen beperken, de onderlinge hiërarchie ervan wijzigen of de bewijskracht regelen van bepaalde bewijsmiddelen, voor zover dergelijke bedingen er niet onrechtstreeks toe leiden dat de consument op ongeoorloofde wijze wordt beperkt in zijn mogelijkheden om het tegenbewijs te leveren (E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-92, 570, nr. 28; D. MOUGENOT, "La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010", *JT* 2011, 594, nr. 3). Ook blijven bijvoorbeeld geldig bedingen die de onderneming toelaten tegenover de consument te bewijzen volgens de vrije bewijsregeling die in handelszaken geldt.

1087 Ten aanzien van overeenkomsten op afstand in de zin van artikel 2, 21° wet marktpraktijken, rust, ter bescherming van de consument op de onderneming een precontractuele informatieverplichting en wordt de totstandkoming van de overeenkomst aan allerhande vormvereisten onderworpen (art. 45-48 wet marktpraktijken). De subjectieve bewijslast van de nakoming van deze informatieverplichtingen en geldigheidsvoorwaarden wordt op dwingende wijze op de schouders van de onderneming gelegd. Artikel 56, § 1, eerste lid wet marktpraktijken schrijft immers voor dat het aan de onderneming toekomt het bewijs te leveren dat ze heeft voldaan aan de verplichtingen inzake de informatie aan de consument, de naleving van de termijnen, de toestemming van de consument met het sluiten van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de uitvoering ervan gedurende de herroepingstermijn. Krachtens artikel 56, § 1, tweede lid wet marktpraktijken zijn de bedingen en voorwaarden, of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken de bewijslast voor de naleving van alle of een deel van de hier bedoelde verplichtingen die rusten op de onderneming op de consument te leggen, verboden en nietig. Elk beding waarbij de consument verzaakt aan het voordeel van de rechten die hem in dit verband worden toegekend, wordt voor niet-geschreven gehouden (art. 56, § 2). Deze specifieke regeling neergelegd in artikel 56, § 1, tweede lid wet marktpraktijken is, voor zover zij de relatie tussen de consument en de onderneming betreft, eigenlijk overbodig ingevolge de algemene draagwijdte van artikel 74, 21° wet marktpraktijken.

1088 Soms wordt in dit verband ook verwezen naar de overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming (A. VAN OEVELEN, "Bewijsclausules" in

CBR (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Grondige studies. 2. Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 123, nr. 11; S. RUTTEN, "Ongeoorloofd bewijs en (ongeoorloofde) bewijsclausules" in CBR, *CBR Jaarboek 2006-2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 456-457, nr. 38). Krachtens artikel 60 wet marktpraktijken moeten dergelijke overeenkomsten gesloten met de consument, onverminderd de gemeenrechtelijke voorschriften inzake het bewijs, op straffe van nietigheid, het voorwerp uitmaken van een geschreven overeenkomst opgemaakt in zoveel exemplaren als er contracterende partijen met een onderscheiden belang zijn. De vereiste van een geschrift is hier evenwel een voorwaarde voor het geldig bestaan van de overeenkomst, hetgeen te onderscheiden is van het geval waarin het geschrift functioneert als bewijsmiddel en derhalve van de problematiek van de beperking van de contractvrijheid inzake bewijsovereenkomsten en bewijsclausules.

2. De wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen

1089 Krachtens artikel 7, § 1 van de wet is verboden en nietig, elk onrechtmatig beding in een overeenkomst gesloten tussen de titularis van een vrij beroep handelend in het kader van zijn beroepsactiviteit en diens cliënt. Als onrechtmatig beding wordt in principe aangezien, elk beding of voorwaarde waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dat het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de cliënt aanzienlijk verstoort (art. 7, § 2). Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandelingen te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingscontract, van tevoren is opgesteld en de cliënt dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben (art. 7, § 3, eerste lid). Artikel 7, § 3, derde lid voegt daaraan toe dat wanneer de titularis van een vrij beroep stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van een afzonderlijke onderhandeling, hij dit moet bewijzen. Op die manier wordt op dwingende wijze de conventionele omkering van de subjectieve bewijslast tussen partijen aangaande het afzonderlijk onderhandeld zijn van standaardvoorwaarden, verboden.

1090 Overeenkomstig artikel 7, § 4 van dezelfde wet zijn de bedingen opgesomd in de bijlage bij de wet verboden en nietig, zelfs als er over onderhandeld werd. In de bijlage van de wet worden onder punt l, q vermeld: bedingen die tot doel of tot gevolg hebben, het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de cliënt te beletten of te belemmeren, met name door de bewijsmiddelen waarop de cliënt een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldend recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust. Deze wettelijke beperking aan de vrijheid van de partijen inzake bewijsovereenkomsten en bewijsclausules is gelijklopend aan deze inzake onrechtmatige bedingen voorzien in de wet marktpraktijken. *Mutatis mutandis* kan hier bijgevolg worden hernomen wat hierboven reeds werd uiteengezet. Ook hier blijft de overeenkomst bindend voor de partijen indien zij zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan.

1091 Hetzelfde geldt wat betreft de op afstand gesloten overeenkomsten, waaronder hier moet worden verstaan, elke overeenkomst tussen een titularis van een vrij beroep en een cliënt inzake goederen of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de titularis van een vrij beroep georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruikgemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf (art. 2, 6°). Artikel 16 van de wet schrijft voor dat het bewijs van het bestaan van een voorafgaande inlichting, van een bevestiging in een geschrift of op een duurzame drager, van het naleven van de termijnen en van de instemming van de cliënt, toekomt aan de titularis van het vrij beroep. Het beding dat van deze subjectieve bewijslastregeling afwijkt ten nadele van de cliënt is verboden en (relatief) nietig.

3. De wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens

1092 Op basis van artikel 15bis van die wet rust op het slachtoffer van een schending van de persoonlijke levenssfeer de bewijslast van de schending van de wet en van de daardoor veroorzaakte schade. Om aansprakelijkheid te ontlopen moet de verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens aantonen dat de miskenning van de wet niet aan hem kan worden toegerekend. Hier wordt de subjectieve bewijslastregeling dus op dwingende wijze vastgelegd.

ZAAKREGISTER

A

- Aangetekende brief 657
- Aantekeningen op titels
 - Bewijsrechtelijke betekenis 817-818
 - Definitie 816
- Afschriften van titels
 - Aanvullend recht 836
 - Archivering 837
 - Authentieke akten 831-834
 - Bewijsrechtelijke betekenis 825-827
 - Definitie 819
 - Essentiële bestanddelen 820-824
 - Handelszaken 838
 - Nieuwe technieken 835
 - Ontbreken van een originele handtekening 823-824
 - Weergave van een origineel 821-822
- Afstand 69, 769, 1058
- Akte
 - Bewijskracht tussen de partijen onderling 605-621
 - Bewijskracht tegenover derden 622-644
 - Datum 518
 - Definitie 448
 - Essentiële bestanddelen 450-526
 - Formules 523
 - Geldsommen, maten en aantallen 525
 - Geschrift 453-459, 519-521
 - Handtekening 461-515, 522
 - Plaats 518
 - Registratie 524
 - Soorten 527-600
 - Taal 517
 - Uitlegging 645-648
 - Volledigheid 460
- Akte van bekendheid 281, 666
- Akte van erkenning
 - Bewijsrechtelijke betekenis 841-846
 - Definitie 839-840
 - Handelszaken 845
- Algemene bekendheid 281, 666
- Algemene ervaringsregels 88-89, 107
- Ambtshalve aanvulling van de rechtsgrond 66
- Andere geschriften dan de akten, de met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften en het begin van bewijs door geschrift 810-847
- Authentieke akte
 - Afschriften 831-834
 - Bewijskracht van de originaliteit van het geschrift en van de handtekening 606
 - Bewijskracht van oprechtheid van de inhoud 618-621, 624
 - Bewijskracht van niet-authentieke vermeldingen 612, 624
 - Bewijskracht van authentieke vermeldingen 610, 624
 - Bewijskracht van vermeldingen die geen verband houden met de inhoud van de akte 614-616, 624
 - Bijzondere vormvoorwaarden 531-538
 - Definitie 528
 - Moderne technieken 541-544
 - Niet-authentieke vermeldingen 611
 - Notariële akte 538
 - Onregelmatige authentieke akte 650-654
 - Opgesteld door of voor een bevoegde openbaar ambtenaar 532-533
 - Opgesteld in de wettelijke vormen 534-538
 - Sancties 539-540
 - Toelaatbaarheid 545

Authentieke vermeldingen 609

B

Basiskenmerken van het burgerlijk bewijsrecht 44-71

Begin van bewijs door geschrift

- Aanvullend recht 728
- Beweerde feit waarschijnlijk maken 721-723
- Bewijsrechtelijke betekenis 725-727
- Definitie 710
- Geschrift 712-716
- Gevallen waarin steeds een schriftelijk bewijs vereist is 727
- Toepassingsvoorwaarden 711-724
- Uitgaan van degene tegen wie het geschrift wordt ingeroepen 717-720
- Voorlegging in rechte 724

Bekentenis

- Aangaande een betwist en persoonlijk feit met nadelige rechtgevolgen 318-323
- Bewijs 343-349
- Bewijskracht 359-378
- Buitengerechtelijke bekendenis 340-341, 347-349
- Complexe of samengestelde of gekwalificeerde bekendenis 370
- Definitie 301
- Dubbele of meervoudige of parallelle bekendenis 370
- Eenvoudige bekendenis 370
- Eenzijdig 308-309
- Essentiële bestanddelen 302-334
- Gerechtelijke bekendenis 336-339, 346
- Mondelinge bekendenis 326, 348, 358
- Omstandig stilzwijgen van een partij 329-331
- Onherroepelijk karakter 374-376
- Onsplitsbaar karakter 369-373
- Rechtsfeit 310-312

– Relatieve werking 366-368

– Schriftelijke bekentenis 325

– Schriftelijk bewijs 325

– Soorten 335-342

– Stilzwijgende of impliciete bekentenis 328-334, 349

– Toelaatbaarheid 350-358

– Uitdrukkelijke bekentenis 327

– Uitgaan van degene tegen wie ze wordt ingeroepen 313-317

– Uitvoering van een overeenkomst of van een andere rechtshandeling 332-334

– Vrijwillig karakter 305

Beschikkingsbeginsel 62, 113, 235

Betwisten 115

Beweringen 280

Bewijsgaring

– Actieve rol van de rechter 226-243

– Begrip 4, 248

– Passieve houding van de verweerder 225

– Plicht van de partijen tot samenwerking 244-247

– Subjectieve bewijslast 224-247

Bewijskracht

– Begrip 292-294

– Hiërarchie 295-299

Bewijslast

– Begrip 3

– Objectieve bewijslast 72-116

– Subjectieve bewijslast 117-253

Bewijsmiddelen

– Beperkt aantal toegelaten bewijsmiddelen 279

– Bewijsmiddelen met een afdoende bewijskracht 296, 300-421

– Bewijsmiddelen met een bepaalde bewijskracht 297, 422-662

– Bewijsmiddelen met een vrije bewijswaarde 298, 663-847

– Geoorloofdheid 990-1055

– Hiërarchie 283-299

– Onvolmaakte bewijsmiddelen 298

– Volmaakte bewijsmiddelen 296

- Voorrang van de juridische waarheid 57
- Bewijsovereenkomsten**
 - Allesomvattende bewijsovereenkomsten 1075
 - Begrip 70, 769, 1056, 1059
 - Bewijsgaring 1074
 - Bewijskracht 1070-1072
 - Bewijslast 1063-1065
 - Bindend 1061
 - Dwingend recht 1082-1092
 - Geoorloofd 1060
 - Geoorloofde bewijsmiddelen 1073
 - Openbare orde 1077-1081
 - Toegelaten bewijsmiddelen 1066-1069
- Bewijsrecht**
 - Aanvullend karakter 68-71, 113
 - Administratiefrechtelijke zaken 32-33
 - Begrip 13, 16
 - Belang 22-25
 - Bronnen 35-42
 - Fiscale zaken 32-33
 - Formeel bewijsrecht 19, 72-116, 117-253
 - Gemeen burgerlijk bewijsrecht 34
 - Materieel bewijsrecht 20, 254-988
 - Privaatrechtelijk of burgerlijk vermogensrechtelijk bewijsrecht 27-28
 - Sociale zaken 32-33
 - Soorten 18
 - Strafzaken 29-31
- Bewijsrisico**
 - Begrip 251
 - Subjectieve bewijslast 248-253
- Bewijsstelsel**
 - Begrip 45-49
 - Burgerlijke zaken 49, 256-261, 267-847
 - Gemeen burgerlijk bewijsstelsel 50-53
 - Gemend bewijsstelsel 262-265, 873
 - Gereguleerd of wettelijk 47
 - Handelszaken 49, 257-261, 277-278, 857
 - Strafzaken 49
 - Vrij of moreel 46
- Bewijs van afdoende waarschijnlijkheid**
 - Voldoende bewijs 221
 - Negatieve feiten 222
- Bewijsvoering 62**
- Bewijswaarde 291**
- Bewijswaardering 62, 291**
- Bewijzen**
 - Definitie 6
 - Interpreteren 15
- Blanco-volmacht 522**
- Boekhouding**
 - Bewijskracht tegen de handelaar die ze bijhoudt 949, 954-957
 - Bewijskracht tegen een derde/handelaar 950, 965-968
 - Bewijskracht tegen een derde/niet-handelaar 950, 959-964
 - Definitie 945-947
 - Handelsverrichting 950
 - Openlegging van de boekhouding 978-981
 - Overlegging van de boekhouding 972-977
 - Regelmatig gehouden 950-951, 956
- Brieven en e-mails 655-662**
- C**
 - Certificat de coutume* 79
 - Conventionele gebruiken 82
- D**
 - Derden 274-276, 631-632, 702
 - Deskundigenverslagen 281
 - Dwingend recht 68, 768, 1082-1092

E

- Eenzijdige schuldbekentenissen
 - Aanvullend recht 599
 - Ambachtslieden, landbouwers, wijngaardeniers, dagloners of dienstboden 590
 - Begrip 584-587
 - Bijzondere vormvereisten 592-594
 - Eigenhandig geschreven formule “goed voor” of “goedgekeurd voor” en het geldbedrag of de hoeveelheid vervangbare zaken voluit in letters 594
 - Kooplieden 590
 - Kosteloze borgtocht 591
 - Langs elektronische weg gesloten overeenkomsten die eenzijdige schuldbekentenissen betreffen 600
 - Met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften 582
 - Onderhandse akte 580-583
 - Onderhandse akte die ook een wederkerige overeenkomst bevat 587
 - Sanctie 595-598
 - Verbintenis met als voorwerp een bepaalde geldsom of een waardeerbare zaak 588-590
 - Volledig met de hand geschreven 593
- Elektronisch aangetekende zending 662
- Elektronische handtekening
 - Artikel 1322, tweede lid BW 491-495
 - Digitale of numerieke elektronische handtekening 504
 - Geavanceerde elektronische handtekening 500-501
 - Gekwalificeerde elektronische handtekening 502-505
 - Gewone elektronische handtekening 497-499
 - Langs elektronische weg gesloten contracten 508
- Europees Justitieel Netwerk 79

F

- Factuur
 - Afwezigheid van protest 906, 919-920
 - Algemene (vorm)voorwaarden 892-895
 - Andere bewijsmiddelen 940
 - Andere overeenkomsten dan handelskoop-verkoop 902
 - Bewijskracht tegen de bestemming 932-943
 - Bewijskracht tegen de handelaar-verzender 942-943
 - Bijzondere voorwaarden 896-931
 - Definitie 891
 - Dubbel vermoeden 932
 - Elektronische factuur 895
 - Factuurvoorwaarden 892, 893, 934-937
 - Gericht aan handelaar 903-905
 - Gericht aan niet-handelaar 906
 - Handelskoop-verkoop 901
 - Ondertekende 818, 894
 - Ontvangst 912-913
 - Primaire verbintenissen 898
 - Protest 921-931
 - Schuldvordering in geld 899
 - Stilzwijgende of impliciete aanvaarding 918-920
 - Taal 893, 937
 - Uitdrukkelijke aanvaarding 917
 - Verzending 910-911
 - Vooraf bestaande overeenkomst 897
 - Wettelijk vermoeden 932, 938
- Feit
 - Algemeen bekende feiten 88-89, 107
 - Alle feiten 92
 - Conventionele gebruiken 82
 - Erkende feiten 114
 - Negatieve feiten 97-102
 - Niet pertinente of ter zake dienende feiten 104-106

- Plicht van de partijen tot aanvoering 84, 90
- Processuele feiten 108
- Recht van de partijen tot aanvoering 85
- Soorten feiten 93-96
- Voorwerp van objectieve bewijslast 74
- Vrijgestelde feiten 103-110
- Feitelijk of rechterlijk vermoeden
 - Aanvullend recht 802
 - Bedrog 801
 - Definitie 429, 784
 - Essentiële bestanddelen 785-798
 - Met elkaar overeenstemmend 805
 - Nieuwe technologieën 789
 - Gewichtig en bepaald 791-794
 - Redenering door afleiding van de rechter 786-788
 - Tegenbewijs 808
 - Toelaatbaarheid 799-802
 - Uitgaan van een vaststaand feit in het geding 789-790
 - Zekerheid omtrent het onbekende feit 795-797
- G**
- Gecodeerde telex- of telefaxberichten 830
- Gedingbeslissende eed
 - Aangaande een betwist en persoonlijk feit dat gunstig is voor degene die de eed heeft afgelegd 389
 - Aanvullende eed 388
 - Bewijskracht 412-421
 - Definitie 379-382
 - Definitief 13
 - Essentiële bestanddelen 383-401
 - Gedingbeslissend 396-397
 - Gerechtig karakter 384-385
 - Onherroepelijk 414
 - Relatieve werking 419-421
 - Schattingseed 388
 - Toelaatbaarheid 402-411
- Uitgaan van een procespartij 386-388
- Vormvoorwaarden 398-401
- Voorrang van de juridische waarheid 61
- Vrijgestelde feiten 110
- Gedragen naar de wijsheid van de rechter 115
- Gerechtelijke zekerheid
 - Definitie 59
 - Voorrang van de juridische waarheid 59
- Geschrift
 - Definitie 454, 712
 - Nieuwe technieken 455-459
- Getuigenbewijs
 - Aanvullend recht 768-771
 - Begin van bewijs door geschrift 709-728
 - Definitie 664-667
 - Door derden geschreven verklaringen of attesten 666
 - Enkel omtrent een betwist feit 667
 - Geen bewijskracht 782
 - Handelszaken 766-767
 - Niet in zaken met een waarde boven 375,00 EUR 678-685
 - Niet boven of tegen de inhoud van een akte 686-693
 - Nietigheid van het getuigenverhoor 782
 - Nooit toegelaten 708
 - Onmogelijkheid om zich een geschreven bewijs te verschaffen 729-748
 - Onrechtstreekse getuige 665, 670, 782
 - Rechtstreekse getuige 665
 - Soevereine appreciatie door de rechter 772-781
 - Steeds toegelaten 707
 - Tegenbewijs steeds mogelijk 783
 - Toelaatbaarheid 668-781
 - Toepassingsgebied 694-703
 - Uitzonderingen 704-767

- Vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik om geen geschrift op te stellen 749-751
- Verlies door overmacht van het schriftelijk bewijs 752-766
- Voorrang van de akte 673-676
- Wettelijke pleegvormen 666
- Gewoonten 81
- Goede trouw 67

H

Handelszaken

- Aanvaarde factuur 888-943
- Andere toegelaten bewijsmiddelen 858-859, 886-986
- Andere wettelijk geregelde bijzondere bewijsmiddelen 982-986
- Artikel 1353 BW 87
- Bewijs door getuigen of feitelijke vermoedens 860-861
- Geen bijzondere vormvereisten inzake akten 862-875
- Principe van de vrijheid van bewijs 849-851
- Regelmatig gehouden boekhouding 944-981
- Soevereine appreciatie door de rechter 877-879
- Toepasselijkheid van de bewijsregels in burgerlijke zaken 852-857
- Uitzonderingen op het principe van de vrijheid van bewijs 881-885

Handtekening

- Bestaan uit lettertekens 477-478
- Definitie 465-467
- Elektronische handtekening 487-515
- Essentiële bestanddelen 473-486
- Functies 468-472
- Handgeschreven 474-476
- Identificeerbaar 479-481
- Inhoud van het geschrift volledig dekken 484-486
- Paraaf 480

- Uitgaan van degene die zich verbindt 482-483
- Hiërarchie onder de toegelaten bewijsmiddelen 283-299
- Huishoudelijke registers en papieren
 - Bewijsrechtelijke betekenis 814-815
 - Definitie 813

I

Instrumentum 96, 449, 677

K

- Kennisgeving 662
- Kwalificatie van de bewijsmiddelen 67

L

- Lijdelijkheid van de rechter
 - Begrip 62-67
- Louter materiële feiten 94, 270, 696

M

- Medewerking van de partijen aan de bewijsvoering
 - Begrip 67
 - Sancties 235-243
- Met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften 649-662

N

- Negatieve feiten
 - Bewijs van afdoende waarschijnlijkheid 222
 - Definitie 97
 - Objectieve bewijslast 98-102
 - Subjectieve bewijslast 131-135
- Negotium* 96, 449, 677
- Niet-authentieke vermeldingen 611
- Niet betwisten 114

Nieuwe technieken 40, 282, 456-459, 487-515, 541-544, 575-576, 600, 644, 662, 835, 895

O

Objectieve bewijslast

- Aanvoeringslast 116
- Begrip 72-116
- Betwiste feiten 111-116
- Gedingbeslissende eed 110, 417
- Negatieve feiten 98-102
- Vrijgestelde feiten 103-110
- Wettelijke vermoedens 109, 447
- Omstandig stilzwijgen 329-331, 906, 919-920, 937, 987

Onderhandse akte

- Bewijskracht inzake de originaliteit van het geschrift en van de handtekening 607, 624
- Bewijskracht van de datum tegenover derden 626-644
- Bewijskracht van oprechtheid van de inhoud 618-621, 624
- Bewijskracht van vermeldingen 612, 624
- Bewijskracht van vermeldingen die geen verband houden met de inhoud van de akte 614-616, 624
- Bijzondere vormvoorwaarden 547-600
- Definitie 546, 629-630
- Derden 631-632
- Die eenzijdige schuldbekentissen bevat 577-600
- Die wederkerige overeenkomsten bevat 549-576
- Door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte 523, 546, 552, 560, 607, 630
- Langs elektronische weg gesloten contracten 644
- Vaste datum 626, 633-642

Onderzoeksmaatregelen

- Begrip 231-234
- Taak van de rechter 66, 87

Ongeoorloofd bewijs

- Aantasting van de betrouwbaarheid 1037
- Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie 1023-1025
- Belangenafweging 1041-1052
- Begrip 992
- Beroepsgeheim 997, 1003
- Facultatieve uitsluitingen 1035-1052
- Miskenning van het recht op een eerlijk proces 1038-1040
- Nietigheid 1036
- Normdoel 1047-1051
- Onrechtmatige bewijsmiddelen 997-1004
- Onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen 1005-1021
- Opzettelijke onregelmatigheid 1045-1046
- Principe van de niet-uitsluiting 1028-1032
- Proportionaliteitscriterium 1047, 1050-1052
- Sanctie 1026-1027
- Toelaatbaarheid 991
- Uitlokking 1021
- Verplichte uitsluitingen 1034
- Voorrang van de juridische waarheid 58
- Zuiver formele onregelmatigheid 1044
- Onmogelijkheid om zich een geschreven bewijs te verschaffen
 - Aanvullend recht 748
 - Absolute onmogelijkheid 731
 - Bewijsrechtelijke betekenis 745-747
 - Definitie 730-733
 - Effectieve onmogelijkheid 734-737
 - Geen bewijskracht 803-805
 - Gevallen waarin steeds een schriftelijk bewijs vereist is 747
 - Materiële of fysische onmogelijkheid 738-741

- Morele of psychische onmogelijkheid 742-744
 - Relatieve onmogelijkheid 732
 - Openbaar ambtenaar 532
 - Openbare orde 68, 377, 574, 599, 643, 728, 748, 768, 802, 836, 961, 1057, 1077-1081
 - Overlegging van bewijsmateriaal 227-230
- P**
- Paraaf 480
 - Parère 860
 - Partijautonomie 62
 - Partijen 272-273, 701
 - Plichten van de partijen
 - Aanvoering van bewijsstukken 67
 - Aanvoering van feiten 84, 90-91, 116
 - Aanvoering van middelen in rechte 76
 - Betwisting van aangevoerde feiten 116
 - Samenwerking aan de bewijsgaring 244-247
 - Proceseconomie 67
 - Procesloyauteit 67
 - Processuele feiten 108
 - Proces-verbaal van vaststelling van materiële feiten 281
- Q**
- Quasi*-wettelijke vermoedens 148, 429
- R**
- Recht
 - Gewoonterecht 80-82
 - Objectief recht 74, 77
 - Vreemd recht 78-79
 - Recht op bewijs 224, 1043
 - Recht op recht 10
 - Recht op verdediging 224, 1043
- Rechtsfeiten 95, 270-271, 696, 853
 - Rechtshandelingen 96, 268-269, 271, 695-699, 853
 - Registratie 639-642, 644
- S**
- Schriftelijke verklaringen van derden 666
 - Schriftonderzoek 607, 812
 - Subjectieve bewijslast
 - Aangevoerde feiten 122-123
 - Afwijkende bijzondere wetsbepalingen 143-145
 - Afwijkende overeenkomsten 141-142
 - Begrip 117-253
 - Bewijsgaring 224-247
 - Bewijsrisico 248-253
 - Concrete toepassingen 149-215
 - Negatieve feiten 131-135
 - Rangorde 120-121
 - *Ratio legis* 124-127
 - Toepassingsgebied 128-148
 - Uitzonderingen 139-148
 - Weerlegbare wettelijke vermoedens 146-148, 447
 - Wijze waarop verweer wordt gevoerd 136-138
- T**
- Taak van de rechter 64-67, 75, 86 87
 - Tegenbrieven 625
 - Toelaatbaarheid
 - Begrip 284, 991
 - Geoorloofdheid 285, 992
 - Hiërarchie 287-289
 - Sanctie 286
- U**
- Uitlegging 645-648, 690

V

Valsheidprocedure 610, 812
 Vaststaand, zeker en algemeen nagevolgd gebruik om geen geschrift op te stellen 749-751
 Verlies door overmacht van het schriftelijk bewijs
 – Authentieke akte 765
 – Bewijsrechtelijke betekenis 762-765
 – Definitie 752
 – Gevallen waarin steeds een schriftelijk bewijs vereist is 765
 – Toepassingsvoorwaarden 753-761
 – Vooraf bestaan van een titel 754-756
 – Verlies 757
 – Verlies ingevolge overmacht 758-761
 Vermoeden 423
 Verstek 115
 Verbod van eigenrichting 9
 Voorziening in cassatie 71, 377-378, 771

W

Waarheid

– Begrip 54-61
 – Juridische of wettelijke waarheid 54, 67, 796
 – Objectieve of absolute waarheid 54, 67
 – Voorrang van de juridische waarheid 55-60

Wederkerige overeenkomsten

– Aanvullend recht 574
 – Begrip 555-557
 – Door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte 546, 552
 – Handelszaken 558
 – Langs elektronische weg gesloten wederkerige overeenkomsten 575-576

– Met onderhandse akten gelijkgestelde geschriften 554
 – Onderhandse akte 549-577
 – Ontvangst van een origineel door elke partij met een onderscheiden belang 571
 – Originaliteit van elk exemplaar 563-566
 – Sanctie 572-573
 – Vermelding van het aantal origineelen 567-570
 – Voorgescreven aantal exemplaren 560-562

Wettelijk vermoeden

– Bewijskracht 443-447
 – Bewijskracht van de bekentenis en van de eed 438
 – Definitie 423-424
 – Essentiële bestanddelen 425-430
 – Gemengd wettelijk vermoeden 431, 446
 – Gevolgtrekking door de wetgever 429-430
 – Gevolgtrekking gebaseerd op een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit 425-428
 – Gezag van gewijsde 436-437
 – Onweerlegbare wettelijke vermoedens 431, 446
 – Soorten 431-432
 – Subjectieve bewijslast 146-148
 – Vermoedens van wetsontduiking 434
 – Vermoedens van eigendomsrecht of van bevrijding van schuld 435
 – Voor eensluidend verklaarde kopieën 829
 – Vrijgestelde feiten 109
 – Weerlegbare wettelijke vermoedens 431, 446

Z

Zeker bewijs

– Vereiste 221