

RECHTSLEER DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht¹

Benoît Allemeersch² en Anne-Sophie Houtmeyers³

A. De context: een nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek	626
B. Krachtlijnen van de hervorming	626
1. <i>Opzet</i>	626
2. <i>Belangrijkste wijzigingen</i>	627
C. Algemene bepalingen	628
1. <i>Bewijsrecht is aanvullend recht</i>	628
2. <i>Voorwerp van het bewijs</i>	628
3. <i>Bewijslast</i>	629
4. <i>Bewijsstandaard</i>	630
5. <i>Wettelijke vermoedens</i>	631
D. Toelaatbaarheid van bewijzen	631
1. <i>Begrip en uitgangspunt</i>	631
2. <i>Het gereglementeerde bewijsstelsel</i>	631
a. <i>Begrip</i>	631
b. <i>Toepassingsvoorwaarden</i>	632
c. <i>Inhoud</i>	632
d. <i>Eerste uitzondering: onmogelijkheid van waardering</i>	632
e. <i>Tweede uitzondering: onmogelijkheid om te bewijzen aan de hand van een geschrift</i>	632
f. <i>Derde uitzondering: bekentenis, eed, begin van geschreven bewijs</i>	632
g. <i>Vierde uitzondering: eenzijdige rechtshandelingen</i>	632
h. <i>Vijfde uitzondering: bewijs door en tegen derden</i>	633
i. <i>Andere uitzondering in bijzondere wetten</i>	634
E. Bewijsmiddelen	634
1. <i>Begripsverduidelijking: bewijsmiddel, bewijswaarde en bewijskracht</i>	634
2. <i>Bewijs door ondertekend geschrift</i>	634
a. <i>Begripsverduidelijking</i>	634
b. <i>De authentieke akte</i>	635
c. <i>De onderhandse akte</i>	635
d. <i>Vermelding van betaling of bevrijding; teruggave van een akte</i>	636
e. <i>Afschriften en kopieën</i>	636
3. <i>Getuigenbewijs</i>	636
4. <i>Feitelijke vermoedens</i>	636
a. <i>Begrip</i>	636
b. <i>Toelaatbaarheid</i>	637
c. <i>Bewijswaarde</i>	637

¹ De bijwerking van deze tekst werd afgesloten op 31 juli 2019.

² Deeltijds hoogleraar KU Leuven.

³ Advocaat aan de balie te Brussel.

5. Bekentenis	637
a. Begrip en kenmerken	637
b. Bestaansvoorwaarden	637
c. Toelaatbaarheid	638
d. Bewijswaarde	638
6. Eed	638
F. Het nieuwe ondernemingsbewijsrecht	639
1. Toepassingsgebied	639
2. Vrij bewijs	639
3. Boekhouding	639
4. Factuur	640
G. Inwerkingtreding en overgangsrecht	641

SAMENVATTING

De wet van 13 april 2019 voert een nieuw Burgerlijk Wetboek in, dat geleidelijk het bestaande Burgerlijk Wetboek zal vervangen. Het nieuwe wetboek is net als het bestaande, “oude” wetboek ingedeeld in meerdere boeken. Voorlopig bevat het echter nog maar één boek, Boek 8 “Bewijs”, dat een nieuw bewijsrecht in ons rechtsstelsel introduceert. “Nieuw” is overigens veel gezegd, want de wetgever heeft zeker geen tabula rasa gemaakt maar vooral ingezet op codificatie van vaste rechtspraak, het toegankelijker maken van het bewijsrecht en het aanpakken van een aantal concrete vraagstukken.

In deze bijdrage bespreken we de inhoud van dit Boek 8. Daarbij komen achtereenvolgens aan bod: de context waarbinnen de hervorming tot stand kwam, de krachtlijnen ervan, de algemene principes van bewijsrecht die de wet vastlegt, het gereglementeerde bewijs, het ondernemingsbewijsrecht en het overgangsrecht.

RÉSUMÉ

La loi du 13 avril 2019 a introduit un nouveau Code civil, qui remplacera progressivement le Code civil existant. Le nouveau code est identique à l’« ancien » code existant, divisé en plusieurs livres. Pour l’instant cependant, le nouveau code ne contient qu’un seul livre, le Livre 8 « Preuve », qui introduit un nouveau droit de la preuve dans notre système juridique. « Nouveau » c’est en réalité beaucoup dire, parce que le législateur n’a pas fait table rase du passé. Il s’est surtout attelé à codifier la jurisprudence constante, à rendre le droit de la preuve plus accessible et à traiter un certain nombre de questions spécifiques.

Dans cet article, nous allons discuter du contenu de ce Livre 8. Ensuite, seront successivement abordés: le contexte dans lequel la réforme a vu le jour, les lignes de force de celle-ci, les principes généraux du droit de la preuve que la loi établit, la preuve réglementée, le droit de la preuve entre entreprises et le droit transitoire.

1. Op 14 mei 2019 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* de wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van Boek 8 “Bewijs” in dat wetboek. Deze wet introduceert een nieuw bewijsrecht in ons rechtsstelsel door de opname ervan in het wetboek dat het bestaande, binnenkort “oude”, Burgerlijk Wetboek zal vervangen⁴. In deze bijdrage bespreken we niet zozeer het project van de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek maar beperken we ons tot de inhoud van het nieuwe bewijs-

recht. Binnen het bestek van deze bijdrage is het uiteraard niet mogelijk om een diepgaande, kritische analyse van het nieuwe bewijsrecht te maken; de bedoeling is vooral een beknopt overzicht te bieden van wat de hervorming in petto heeft voor de rechtspracticus. Daarbij komen achtereenvolgens aan bod: de context waarbinnen de hervorming tot stand kwam, de krachtlijnen ervan, de algemene principes van bewijsrecht die de wet vastlegt, het gereglementeerde bewijs, het ondernemingsbewijsrecht en het overgangsrecht.

⁴ Zie voor andere, recente commentaren bij deze wet: F. GEORGE en J. HUBIN, “La réforme du droit de la preuve” in F. GEORGE, B. HAVET en A. PÜTZ (eds.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, 179-219; S. VAN BREE, “La réforme du droit de la preuve” in P. BRULEZ, H. CASMAN en C. DE MUYNCK (eds.), *Le droit civil en mouvement – Het burgerlijk recht in beweging*, Brussel, Larcier, 2018, 95-124. Specifiek over bewijslast en bewijsstandaard: V. RONNAU, “La charge de la preuve: dix ans d’évolution (2009-2019) et une réforme” in F. GEORGE, B. HAVET en A. PÜTZ (eds.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, 221-258.

A. DE CONTEXT: EEN NIEUW BELGISCH BURGERLIJK WETBOEK

2. De overzichtelijkheid van ons recht was de voorbije decennia jammer genoeg zelden een prioriteit voor de ministers van Justitie. Dat is de voorbije legislatuur veranderd. Met het project “de sprong naar het recht van morgen” stelde minister van Justitie GEENS zich tot doel de basiswetgeving in ons land te hercodificeren. Eén van de pijlers van deze hervorming was het privaatrecht, met als koninginnenstuk een volledig vernieuwd Burgerlijk Wetboek. Het is in het kader van dit project dat het nieuwe bewijsrecht zijn intrede doet.

3. Reeds meer dan 214 jaar was het Burgerlijk Wetboek voor een groot deel trouw gebleven aan de oorspronkelijke structuur en tekst. Al die tijd was er natuurlijk de rechtspraak om interpretatiekwesties uit te klaren, lacunes in te vullen en het privaatrecht beter te laten beantwoorden aan de hedendaagse noden. Al te vaak liet de wetgever vervolgens na om de tekst van het wetboek aan te passen aan de nieuwe stand van het recht. Daardoor geeft het Burgerlijk Wetboek geen getrouw beeld meer van het vigerend recht. De wetgever zorgde in het verleden soms wel voor punctuele ingrepen in specifieke domeinen (vooral in het personen- en familierecht en het vastgoedrecht) maar dat deed dan weer afbreuk aan de eenvormigheid en samenhang van het Burgerlijk Wetboek. De enige oplossing was een nieuw Burgerlijk Wetboek, waarmee de wetgever nu dus een begin heeft gemaakt. De nieuwe structuur zal er als volgt uitzien:

- Boek I. Algemeen deel;
- Boek II. Personen-, familie- en relatievermogensrecht;
- Boek III. Goederenrecht;
- Boek IV. Erfrecht, schenkingen en testamenten;
- Boek V. Verbintenissen;
- Boek VI. Bijzondere overeenkomsten;
- Boek VII. Zekerheden;
- Boek VIII. Bewijsrecht;
- Boek IX. Verjaring.

4. Net zoals het geval was met het Wetboek van economisch recht, en naar analogie met wat o.m. in onze buurlanden gebeurde, heeft de wetgever de begrijpelijke keuze gemaakt om niet in één beweging een nieuw Burgerlijk Wetboek in te voeren. In deze legislatuur stonden enkel het verbintenissenrecht, het goederenrecht, het bewijsrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het persoonlijke zekerhedenrecht op de agenda. Voor elk van deze rechtsgebieden stelde de minister een commissie aan, samengesteld uit wetenschappelijke experts, om teksten voor te bereiden⁵.

5. De commissie tot hervorming van het bewijsrecht leverde haar teksten af in het najaar van 2017. Deze teksten vormden de basis voor het wetsontwerp dat op 31 oktober 2018 werd ingediend bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers, die het ontwerp vervolgens op 4 april 2019 goedkeurde. De bekrachtiging vond plaats op 13 april 2019. De inwerkingtreding volgt (pas) op 1 november 2020, zijnde de eerste dag van de 18de maand na de publicatie in het *Belgisch Staatsblad*, die plaatsvond op 14 mei 2019.

6. Ook de andere commissies leverden teksten aan, die intussen ook gepubliceerd werden⁶. Ten gevolge van de politieke strubbelingen heeft helaas enkel het bewijsrecht de eindmeet gehaald. Het valt te betreuren dat het nieuw verbintenissenrecht er vooralsnog niet doorgekomen is. Het wetsontwerp inzake het bewijsrecht hing immers nauw samen met dat van het nieuw verbintenissenrecht.

Het nieuwe wetboek, dat gewoon “het Burgerlijk Wetboek” zal heten, zal vanaf 1 november 2020 wel bestaan uit drie boeken aangezien de nieuwe hervormingen van het familierecht en het successierecht een coördinatiebepaling bevatten, zodat zij onmiddellijk zullen worden opgenomen als Boek 2 “Personen-, familie-, en relatievermogensrecht” en Boek 4 “Erfrecht, schenkingen en testamenten”.

B. KRACHTLIJNEN VAN DE HERVORMING

1. Opzet

7. Met de hervorming wordt het bewijsrecht geïntegreerd in een afzonderlijk boek van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Het vormt evenwel geen breuk met het verleden, maar eerder een opknapbeurt. De essentie van het Belgisch bewijsrecht blijft ongewijzigd.

8. De beste illustratie van deze keuze voor continuïteit is het behoud van het wettelijk of gereguleerd stelsel voor het bewijs van vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Dit stelsel houdt in dat voor vermogensrechtelijke handelingen vanaf een bepaalde waarde het de wet is die bepaalt welke bewijsmiddelen toegelaten zijn, welke bewijswaarde de verschillende bewijsmiddelen hebben en welke de onderlinge hiërarchie is⁷. Voor al hetgeen daarbuiten valt, d.w.z. voor

⁵ BS 10 september 2017. Van de commissie tot hervorming van het bewijsrecht maken deel uit: D. MOUGENOT (voorzitter), B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE.

⁶ X, *Hervorming van het Burgerlijk Wetboek*, Brugge, die Keure, dln. I-IV, 2019.

⁷ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 22, nr. 50; D. MOUGENOT, *La Preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 72, nr. 4.

bewijs van vermogensrechtelijke rechtshandelingen onder de door de wet bepaalde waardegrens en voor bewijs van (rechts)feiten die geen vermogensrechtelijke rechtshandelingen zijn, evenals voor bijzondere rechtsgebieden zoals het ondernemingsrecht, geldt het vrije bewijsstelsel⁸. Het gereglementeerde bewijs blijft dus behouden, ook al hebben een aantal andere landen daar recent afstand van gedaan. De wetgever acht de ratio achter de keuze voor een gereglementeerd bewijs nog steeds actueel, met name het responsabiliseren van de rechtsonderhorigen om belangrijke zaken schriftelijk vast te leggen om zo de rechtszekerheid te verhogen⁹. Bovendien is het principe van het gereglementeerde bewijs in de Belgische rechtsleer weinig controversieel¹⁰.

9. De hervormingswet stuurt het bewijsrecht hier en daar bij, om het beter aan te passen aan de noden van onze moderne samenleving (*cf. infra, sub 2.*), en voor het overige heeft de tekst ook een belangrijke didactische bedoeling. Om het bewijsrecht toegankelijker te maken voor de rechtspracticus zet het voornamelijk in op het verduidelijken en codificeren van de bestaande oplossingen. Zo neemt het enkele beginselen op die thans nog afwezig zijn in de vigerende wetgeving maar die de rechtspraak reeds geruime tijd toepast, zoals het niet-intentionele karakter van de bekentenis en de vrijstelling van bewijs voor algemeen bekende feiten. Voorts bevat Boek 8 voor een aantal cruciale begrippen, zoals de verschillende bewijsmiddelen, duidelijke definities, hetgeen ontbrak in de huidige wetgeving¹¹.

10. De wetgever heeft ervoor gekozen om geen exhaustieve codificatie van het bewijsrecht door te voeren. Het zou immers geen enkele meerwaarde bieden om werkelijk alle regels en interpretaties die de rechtspraak reeds lange tijd toepast en die geheel niet ter discussie staan, te integreren in de wet¹².

Voorts zijn de regels die ressorteren onder het procesrecht niet betrokken in de codificatie. Het gaat bijvoorbeeld om het recht op bewijs en het in rechte aanwenden van ongeoorloofde bewijzen. Zij krijgen geen plaats in Boek 8 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek omdat deze regels het burgerlijk recht overstijgen en eerder in het Gerechtelijk Wetboek passen¹³. Daarop werd één uitzondering gemaakt. Artikel 8.6 inzake het bewijs door waarschijnlijkheid (*cf. infra*) verwijst naar de plicht tot medewerking van partijen aan de bewijsvoering, wat toch eerder als een procesrechtelijke norm aan-

voelt. In zekere zin werd hier dus wel een procesrechtelijk beginsel gecodificeerd.

Tot slot heeft de wetgever ook de gelegenheid te baat genomen om een aantal verouderde concepten af te schaffen. Het gaat om bewijsrechtelijke instrumenten uit het huidige Burgerlijk Wetboek, zoals de huishoudelijke registers en papieren, de kerven en de akten van erkenning en bevestiging. Zij verhuizen naar het vak rechtsgeschiedenis omdat ze bijna niet meer gebruikt worden en weinig gekend zijn bij de rechtspractici. Voorts kunnen de regels van het gemeen bewijsrecht hun rol perfect overnemen¹⁴.

2. Belangrijkste wijzigingen

11. Om het bewijsrecht beter aan te passen aan de hedendaagse noden voert het nieuwe Boek 8 drie belangrijke wijzigingen door ten opzichte van het huidig bewijsrecht¹⁵.

Een eerste wijziging is de aanzienlijke inperking van het toepassingsgebied van het gereglementeerde bewijsstelsel. Bedoeling is het bewijsformalisme, dat men heden ten dage als te rigide aanvoelt, te versoepelen. Dit gebeurt aan de hand van de volgende vier wijzigingen:

- (i) het plafond voor de verrichtingen waarboven het gereglementeerde bewijsstelsel geldt, wordt aanzienlijk verhoogd van 375 EUR onder de huidige wet naar 3.500 EUR;
- (ii) het vrij bewijsstelsel wordt uitgebreid naar alle ondernemingen (en zal dus niet langer enkel gelden voor handelaars);
- (iii) het vrij bewijsstelsel wordt veralgemeend voor alle eenzijdige rechtshandelingen, ongeacht hun waarde;
- (iv) het vrij bewijsstelsel wordt veralgemeend voor het bewijs van partijen tegen derden, met uitzondering voor wat betreft de datum.

Ten tweede verleent de wetgever aan de rechter de bevoegdheid om in uitzonderlijke situaties de bewijslast te herverdel-

Een derde wijziging bestaat in de versoepeling van het bewijs van positieve feiten die onmogelijk op zekere wijze bewezen kunnen worden.

Deze drie wijzigingen komen verder in deze bijdrage aan bod.

⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 911-912, nrs. 395-396.

⁹ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 23, nr. 52.

¹⁰ Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende de invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek – *memorie van toelichting, Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3349/001, p. 4 (hierna: "MvT").

¹¹ *MvT*, p. 4-5.

¹² *MvT*, p. 4.

¹³ *MvT*, p. 4.

¹⁴ *MvT*, p. 31-32.

¹⁵ *MvT*, p. 4-5.

C. ALGEMENE BEPALINGEN

12. Hoofdstuk 1 van Boek 8 omvat de algemene bepalingen inzake bewijs. In dit hoofdstuk vinden we in de eerste plaats een aantal definities terug (art. 8.1). De wetgever heeft ervoor gekozen om de definities te beperken tot een aantal kernbegrippen, zoals geschrift, onderhandse akte, bewijswaarde, bewijskracht en toelaatbaarheid van bewijs. Vervolgens komen een aantal basisbeginselen van het bewijsrecht aan bod, die we hierna kort overlopen.

1. Bewijsrecht is aanvullend recht

13. Boek 8 stelt het principe voorop dat alle regels van bewijsrecht van aanvullend recht zijn, met uitzondering van de definities (wat logisch is) of wanneer de regel het uitdrukkelijk anders bepaalt. Daarmee maakt de wetgever de weg vrij voor het afsluiten van bewijsovereenkomsten of -clausules die afwijken van het wettelijk bewijsrecht. Dit is niet nieuw maar slechts een wettelijke verankering van wat de rechtbanken reeds lang aanvaarden. De principiële rechtsgeldigheid van bewijsafspraken stond in het verleden al buiten kijf (met uiteraard een voorbehoud voor de regels die van openbare orde zijn of van louter dwingend recht)¹⁶.

14. Anders dan het huidige Burgerlijk Wetboek maakt Boek 8 voldoende duidelijk welke bewijsregels niet van aanvullend recht zijn. Het bevestigt vooreerst het dwingend karakter van de regel over de bewijswaarde van authentieke vermeldingen (art. 8.17) en de vormvereisten voor het geschrift dat een eenzijdige verbintenis bevat om een geldsom te betalen of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken te leveren (art. 8.21). Voorts voert het nog een nieuwe uitzondering in die zeer relevant is voor ondernemingen, namelijk in artikel 8.11, § 4. Luidens deze bepaling geldt het gebrek aan betwisting van een factuur door een persoon die geen onderneming is, niet als een aanvaarding van die factuur behalve wanneer het om een omstandig stilzwijgen gaat (*cf. infra*, randnr. 80). Iedere overeenkomst die van deze regel afwijkt en afgesloten is voor het ontstaan van het geschil, is nietig.

15. Uitzonderingen op het aanvullend karakter van het bewijsrecht kunnen uiteraard ook terug te vinden zijn in andere wetgeving dan Boek 8. Het beste voorbeeld is allicht artikel VI.83, 21° van het Wetboek van economisch recht, naar luid waarvan elk contractueel beding dat op ongeoorloofde wijze de bewijsmiddelen beperkt waarop de consument een beroep kan doen of hem een bewijslast oplegt die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust, in

elk geval onrechtmatig is. Deze regel geldt enkel in relaties tussen ondernemingen en consumenten, en enkel ten voordele van de consument.

Voor contractuele relaties tussen ondernemingen geldt het voorgaande dus niet, zij het dat men wel moet rekening houden met de wet van 4 april 2019 houdende de wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen (de zogenaamde “B2B-wet”)¹⁷. De B2B-wet, waarvan het grootste deel pas in 2020 in werking treedt, voert in het Wetboek van economisch recht een aantal nieuwe regels in voor relaties tussen ondernemingen, waaronder een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid en een verbod op oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen. Beide verbodsregels kunnen een impact hebben op de afdwingbaarheid van bewijsclausules. Wat de oneerlijke bedingen betreft, luidt het dat elk beding dat een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de contractpartijen onrechtmatig is (toekomstig art. VI.91/3 WER). Daarnaast voert de nieuwe wet een “zwarte” en “grijze” lijst van onrechtmatige bedingen in. De bedingen die zijn opgenomen in de zwarte lijst, zijn zonder verdere beoordeling onrechtmatig en verboden (toekomstig art. VI.91/4 WER). De bedingen vervat in de grijze lijst worden daarentegen vermoed onrechtmatig en verboden te zijn, waardoor het mogelijk is om tegenbewijs te leveren (toekomstig art. VI.91/5 WER). De grijze lijst viseert onder meer de bedingen die ertoe strekken de bewijsmiddelen te beperken waarop de andere partij een beroep kan doen (toekomstig art. VI.91/5, 7° WER). Deze nieuwe regels gelden voor alle overeenkomsten die vanaf 1 december 2020 worden afgesloten, hernieuwd of gewijzigd. Zonder twijfel gaat het hier om een opvallende uitzondering op het principe van de contractvrijheid op het stuk van het bewijsrecht in relaties tussen ondernemingen.

2. Voorwerp van het bewijs

16. Vervolgens verwoordt artikel 8.3 de algemene en sinds lang aanvaarde regel inzake het voorwerp van het bewijs, met name dat men louter de betwiste feiten en rechtshandelingen dient te bewijzen. Op dit beginsel bestaan twee uitzonderingen.

Ten eerste dienen algemeen bekende feiten en ervaringsregels niet bewezen te worden. Algemeen bekende feiten zijn feiten die elk ontwikkeld mens kent of uit algemeen toegankelijke bronnen dient te kennen¹⁸. Ervaringsregels zijn

¹⁶ Raadpl. B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “De rol van de rechter bij bewijsafspraken tussen partijen” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Le juge et le contrat – De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 143 *et seq.*

¹⁷ Wet van 4 april 2019 houdende de wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen (BS 24 mei 2019).

¹⁸ B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard. Over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 14.

regels die behoren tot het “algemene weten”, met name feiten die universeel zijn en die eenieder in zijn dagelijks leven kan ondervinden¹⁹.

Ten tweede bevestigt Boek 8 uitdrukkelijk dat men het recht, zelfs buitenlands recht, niet hoeft te bewijzen: *iura novit curia*. Zoals het Hof van Cassatie en de rechtsleer reeds lang aanvaardden, is het de rechter die met eerbiediging van het recht van verdediging de inhoud en draagwijdte van het vreemd recht vaststelt, zonder dat partijen daarvan het bewijs moeten leveren²⁰.

3. Bewijslast

17. In het vigerend recht zijn het de artikelen 1315 BW en 870 Ger.W. die de bewijslast regelen. In het nieuwe wetboek vindt men dit terug in artikel 8.4, waarvan de formulering geïnspireerd is op die van het nieuwe artikel 1353 van het Franse Burgerlijk Wetboek. De basisregel blijft dezelfde als in het huidige artikel 1315 BW: hij die meent een aanspraak te hebben op een ander, dient de rechtshandelingen of feiten te bewijzen die daaraan ten grondslag liggen; hij die stelt bevrijd te zijn, dient eveneens de rechtshandelingen of feiten te bewijzen die zijn bewering ondersteunen. De nieuwe formulering heeft als voordeel dat ze algemener is dan die van artikel 1315 BW, dat zich beperkt tot (de uitvoering en bevrijding van) verbintenissen.

18. Vervolgens bekrachtigt artikel 8.4 ook nog twee beginselen die nauw samenhangen met de bewijslastverdeling.

Het eerste, dat terug te vinden is in het derde lid van artikel 8.4, is dat van de medewerking aan de bewijsvoering. Het Hof van Cassatie heeft deze regel reeds als een algemeen rechtsbeginsel erkend²¹. De wettelijke erkenning van dit beginsel beoogt om een einde te maken aan de controverse over het toepassingsgebied van dit beginsel²². Artikel 8.4 bevestigt dat de (loyale) medewerking aan de bewijsvoering een verplichting is voor *alle* partijen, dus ook voor diegenen

die niet de bewijslast dragen. Het gaat bovendien niet alleen om medewerking aan de uitvoering van onderzoeksmaatregelen, maar om de bewijsvoering in het algemeen, zelfs wanneer de rechter (nog) geen onderzoeksmaatregelen heeft bevolen²³. Dat betekent dat partijen zich niet achter de regels van de bewijslast kunnen verschuilen om een passieve houding in de waarheidsvinding te verantwoorden.

Het tweede beginsel, opgenomen in het vierde lid van artikel 8.4, is de theorie van het bewijsrisico, die de rechtspraak en rechtsleer sinds geruime tijd volgen²⁴. Die theorie komt erop neer dat indien, ondanks de inspanningen van partijen, er toch twijfel blijft bestaan, het de partij is die de bewijslast draagt, die in het ongelijk gesteld wordt. De bewijslastverdeling is dus geen rangorde, d.w.z. dat iemand die een bewering betwist, niet vrijgesteld wordt van bewijs tot diegene die de bewering maakt daarvan zelf bewijs heeft geleverd. Ze is evenmin een verdeling van taken want elke partij moet meewerken aan de waarheidsvinding. Bewijslast is dus enkel een kwestie van verdeling van risico, die pas op het einde van het debat aan de orde is, in geval van aanhoudende twijfel. Daarmee bevestigt de wetgever opnieuw dat een procespartij zich niet achter de bewijslastverdeling kan verschuilen om zich volstrekt passief te gedragen in de bewijsvoering; iets anders zou overigens geen loyale medewerking uitmaken (*cf. supra*).

19. Een opvallende vernieuwing staat in het vijfde lid van artikel 8.4, naar luid waarvan de rechter de bevoegdheid heeft om de bewijslast te herverdelen in buitengewone omstandigheden, met name in situaties waarin de toepassing van de regels inzake bewijslast kennelijk onredelijk zou zijn.

Hiermee voert Boek 8, naar Nederlands en Oostenrijks voorbeeld, een zogenaamde “veiligheidsklep” in om te verhinderen dat de regels inzake de bewijslast zouden leiden tot onbillijke gevolgen, d.w.z. dat de spanning tussen de juridische waarheid en de materiële waarheid te groot zou worden²⁵. Het idee dat de regels inzake de bewijslast de (materiële) waarheidsvinding niet helemaal onderuit mogen halen,

¹⁹. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597), 644, nr. 41.

²⁰. Cass. 9 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 159; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 328-329, nr. 8; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 43, nr. 78; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 119, nr. 112.

²¹. Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424. In de rechtsleer en rechtspraak is vaak sprake van “loyale” medewerking aan de bewijsvoering, maar dat adjectief is eigenlijk overbodig. Ook het Hof van Cassatie laat het achterwege (zie bv. Cass. 4 juni 2015, C.14.0479.F).

²². Aanvaardden het bestaan van een veralgemeend beginsel van medewerking aan de bewijsvoering niet: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, p. 214, nr. 177; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gent, Story Publishers, 2012, p. 134, nr. 125.

²³. *MvT*, p. 13. Zie ook I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 128.

²⁴. Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 467; Cass. 19 januari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 127; Cass. 20 maart 2006, *Pas.* 2006, I, 629; Cass. 4 mei 2007, *Pas.* 2007, I, 835; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 684-685, nrs. 87-89; H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Bewijslast en bewijsrisico” in J. ROODHOOF, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., 3, nr. 5104; D. MOUGENOT, *La Preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 109-110, nr. 27.

²⁵. Vgl. art. 150 Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering: “De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.” Eigen benadrukking.

is niet nieuw: de rechtsleer heeft deze gedachte reeds ontwikkeld en men vindt er sporadisch toepassingen van in de rechtspraak²⁶. Deze regel zal de rechter toelaten om bijvoorbeeld rekening te houden met de verdwijning van bepaalde bewijsstukken ten gevolge van het tijdsverloop of om een partij te bestraffen wanneer die op foutieve wijze weigert aan de bewijsvoering mee te werken (of zelfs obstructie pleegt). Voorts stelt deze regel de rechter in de mogelijkheid om een aanzienlijk onevenwicht in de bewijsgeschiktheid van partijen in rekening te brengen, bijvoorbeeld wanneer het leveren van een bepaald bewijs buitensporig zwaar of duur zou zijn voor een partij²⁷.

Het moge wel duidelijk zijn dat de bewijslastherverdeling een *ultimum remedium* is: de rechter dient uiterst voorzichtig te zijn bij het hanteren van deze veiligheidsklep. Vandaar dat de wet het toepassingsgebied ervan beperkt tot situaties waarin de toepassing van de regels inzake bewijslast *kennelijk onredelijk* zou zijn²⁸. Daarnaast legt artikel 8.4, vijfde lid nog een tweede voorwaarde op. De rechter mag slechts gebruik maken van deze mogelijkheid wanneer hij alle nuttige onderzoeksmaatregelen heeft bevolen en erover gewaakt heeft dat de partijen meewerken aan de bewijsvoering, zonder op die manier voldoende bewijs te verkrijgen.

De mogelijkheid voor de rechter om in uitzonderlijke gevallen de bewijslast te herverdelen is niet in strijd met artikel 6 EVRM, integendeel. Artikel 6 EVRM laat de bevoegdheid van de nationale wetgever om het bewijs te regelen ongemoeid maar vereist wel dat elk proces in zijn geheel, alle omstandigheden in acht genomen, eerlijk verloopt. Dat noodzaakt het bestaan van een “veiligheidsklep” voor uitzonderlijke omstandigheden. Uiteraard mag een rechter de bewijslast niet arbitrair toewijzen, maar dat is ook niet het geval gezien de uitzondering duidelijk is afgelijnd in de wet en het gebruik van deze bevoegdheid enkel op gemotiveerde wijze kan gebeuren. Een en ander is een vooruitgang ten opzichte van de huidige situatie, waarin rechters die geconfronteerd worden met de onredelijke gevolgen van de bewijslastverdeling in een concrete zaak, daar op verdoken wijze iets proberen aan te doen, bijvoorbeeld door de bewijstandaard zeer streng of juist zeer soepel toe te passen.

4. Bewijsstandaard

20. De rechter is in beginsel vrij om zijn overtuiging te vormen over het al dan niet bewezen zijn van betwiste feiten: dit is de leer van de innerlijke overtuiging. Uitzondering daarop maakt men enkel in een gereguleerd bewijsstelsel, wanneer de wet de rechter verplicht om de bewijswaarde van een bepaald bewijselement te aanvaarden (de zgn. wettelijke bewijswaarde; *cf. infra*). Maar hoe overtuigd moet een rechter eigenlijk zijn? Op die vraag geeft artikel 8.5, over de bewijsstandaard, een antwoord. De bewijsstandaard is de mate van overtuiging die vereist is opdat een rechter een betwist feit bewezen kan verklaren²⁹. Het Hof van Cassatie eist in de regel een “zeker” bewijs³⁰. Artikel 8.5 herneemt deze maatstaf maar voegt eraan toe dat het om een redelijke mate van zekerheid moet gaan. Een absolute of wetenschappelijke zekerheid is dus niet vereist, zoals overigens de rechtsleer nu al unaniem aanvaardt³¹. Wel moet het een overtuiging zijn die elke redelijke twijfel uitsluit³².

21. Artikel 8.6 voorziet in twee uitzonderingen waar de bewijsstandaard uitzonderlijk lager ligt, in die zin dat het aantonen van de “waarschijnlijkheid” van het betwiste feit kan volstaan. Dit betekent dat er zwaarwegende gronden bestaan die de juistheid van de feitelijke aanvoering op objectieve wijze ondersteunen en dat alternatieven, hoewel niet volledig onmogelijk, niet geloofwaardig lijken³³. De *memorie van toelichting* spreekt van een zekerheid van 75%.

De waarschijnlijkheid is de maatstaf in de volgende twee gevallen.

Ten eerste kan degene die een negatief feit dient te bewijzen, volstaan met het aantonen van de waarschijnlijkheid van dat feit³⁴. Het voorontwerp bevestigt bijgevolg het klassieke standpunt van het Hof van Cassatie dat de partij die een negatief feit dient te bewijzen, niet zomaar vrijgesteld wordt van dat bewijs, maar het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid moet worden geleverd als het bewijs van een bevestigend feit³⁵. Ook de lagere rechtspraak stelde zich onder de huidige wetgeving reeds minder streng op bij het

²⁶ *MvT*, p. 14. Zie hieromtrent vooral W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 812 p. en verder ook B. CATTOIR, “Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak” in P. TAELEMAN, *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, (459) 461-476, nrs. 3-18.

²⁷ *MvT*, p. 15.

²⁸ De keuze voor het begrip “kennelijke onredelijkheid” sluit aan bij art. 5.91 van het voorontwerp van wet dat een Boek 5 invoert in het Burgerlijk Wetboek, dat het concept zal invoeren in het verbintenissenrecht.

²⁹ Of nog: de intensiteit waarmee een partij een feit moet bewijzen (I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 132).

³⁰ Cass. 19 december 1963, *Pas.* 1964, I, 416; Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759.

³¹ *MvT*, p. 16; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 94 *et seq.*; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 775-776, nr. 203; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 111, nr. 221; D. MOUGENOT, *La Preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 90-91, nr. 17.

³² *MvT*, p. 16.

³³ Dit concept komt uit de Zwitserse rechtspraak (zie ook W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 621, nr. 724).

³⁴ Met “negatief feit” bedoelt de wetgever een oneindig negatief feit, dat wil zeggen “een feit dat bewezen zou moeten worden door een onbegrensd aantal hypothesen” (*MvT*, p. 11). Raadpl. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 218.

³⁵ Cass. 16 december 2004, C.03.0407.N, *Arr. Cass.* 2004, 2081; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, I, 3022.

beoordelen van het bewijs van negatieve feiten³⁶. Bovendien kan de partij die een negatief feit moet bewijzen, zich ook beroepen op de plicht van haar tegenpartij om loyaal mee te werken aan de bewijsvoering, zoals verankerd in artikel 8.4.

Ten tweede aanvaardt artikel 8.6, naar Zwitsers voorbeeld, een bewijs door waarschijnlijkheid voor quasi onbewijsbare feiten, d.w.z. positieve feiten waarvan het omwille van de aard van het feit niet mogelijk of niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen. Een voorbeeld hiervan levert de rechtspraak die in het kader van een diefstalverzekering het bewijs van de waarschijnlijkheid van de diefstal aanvaardt wanneer het zekere bewijs van een diefstal onmogelijk te leveren is³⁷. De nieuwe wetbepaling maakt het mogelijk om de leer van die rechtspraak uit te breiden naar andere toepassingsgevallen³⁸.

5. Wettelijke vermoedens

22. Tot slot licht artikel 8.7, naar Frans voorbeeld³⁹, de werking van wettelijke vermoedens toe. Het wettelijk vermoeden is geen bewijsmiddel maar een bewijsregel. Het wijzigt het voorwerp van het bewijs of stelt degene ten voordele van wie het bestaat ervan vrij het bewijs te leveren (juister: het bevrijdt die partij van het bewijsrisico).

23. Het tweede lid van artikel 8.7 herneemt de regel uit artikel 1352 van het huidige Burgerlijk Wetboek, die omschrijft in welke drie gevallen een wettelijk vermoeden als onweerlegbaar kan worden beschouwd: wanneer de wet anders bepaalt, wanneer het vermoeden tot nietigheid van een rechtshandeling leidt (zoals huidig art. 909 BW), en wanneer het tot de onontvankelijkheid van een vordering in rechte leidt (zoals bij het gezag van gewijsde tussen de procespartijen).

D. TOELAATBAARHEID VAN BEWIJZEN

1. Begrip en uitgangspunt

24. Hoofdstuk 2 van Boek 8 regelt de toelaatbaarheid van bewijzen. Het begrip toelaatbaarheid betreft de verenigbaarheid van het bewijs met de regels van het gereglementeerde of wettelijke bewijsstelsel, indien dit toepasselijk is.

Dit begrip dient men te onderscheiden van het begrip geoorloofdheid, dat niets te maken heeft met het wettelijk bewijs maar doelt op de legitimiteit van het bewijs in het licht van fundamentele regels uit andere rechtsgebieden dan het bewijsrecht⁴⁰. Boek 8 gaat niet in op het geoorloofde bewijs, wat opmerkelijk is gezien dit leerstuk het voorbije decennium heel wat ophef heeft gemaakt. De wetgever was van mening dat de theorie van het geoorloofde bewijs nog niet rijp is voor codificatie omdat de rechtspraak daaromtrent nog in evolutie is. Meer bepaald wacht men af of het Hof van Cassatie zijn zogenaamde *Antigoon*-rechtspraak in burgerlijke zaken al dan niet zal bevestigen en/of verfijnen⁴¹.

25. Wat de toelaatbaarheid betreft, heeft de wetgever er niet voor gekozen om het gereglementeerde bewijs helemaal af te schaffen. Wel maakt de wetgever duidelijk dat het vrij bewijs de regel is, en het gereglementeerde bewijs de uitzon-

dering. In artikel 8.8 luidt het immers dat het bewijs met alle bewijsmiddelen geleverd kan worden behoudens de wettelijk bepaalde uitzonderingen. Hoewel dit in de praktijk niets verandert tegenover het vigerend recht, is deze verduidelijking wel van groot symbolisch belang. Thans leeft nog bij veel rechtspractici het misverstand dat het gereglementeerde bewijs het uitgangspunt is.

2. Het gereglementeerde bewijsstelsel

a. Begrip

26. Op de regel van het vrij bewijs maakt de wet uitzondering voor het bewijs van rechtshandelingen met betrekking tot een som of waarde die gelijk is aan of hoger is dan 3.500 EUR (art. 8.9). Voor deze rechtshandelingen gelden strengere regels op het stuk van de toelaatbaarheid van bewijs. Dit is dus wat men het gereglementeerde bewijsstelsel noemt. De bedoeling is om rechtsonderhorigen ertoe aan te zetten afspraken die aanzienlijke vermogensrechtelijke rechtsgevolgen beogen, altijd vast te leggen in een ondertekend geschrift.

³⁶. Luik 5 januari 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, 238, noot Ph. DE PAGE; Gent 26 mei 2005, *TBBR* 2008, 186, noot S. BOUFFLETTE; Gent 20 februari 2003, *NJW* 2003, 1304, noot B.W.

³⁷. Bergen 11 februari 2009, *JLMB* 2010, noot N. SCHMITZ; Gent 20 maart 2008, *TGR-TWVR* 2008, 263; Antwerpen 5 oktober 2005, *NJW* 2006, 652, noot G. JOCQUE; Brussel 28 mei 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.770; Gent 10 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.660; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 780-785, nrs. 209-214.

³⁸. Zoals het bewijs van de inhoud van een kluis of het bewijs van iets wat zich in een heel ver verleden heeft afgespeeld (de voorbeelden zijn ontleend aan I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 134).

³⁹. Art. 1354 C.civ.

⁴⁰. B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *RW* 2002-03, 41.

⁴¹. Zie daarover o.m. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 671-681.

b. Toepassingsvoorwaarden

27. Net als onder het huidige Burgerlijk Wetboek geldt het gereglementeerde bewijsstelsel enkel voor rechtshandelingen. Het bewijs van (gewone) feiten valt daar niet onder en is bijgevolg altijd vrij. Dat ziet men in de praktijk soms wel eens over het hoofd.

28. Het moet bovendien gaan om vermogensrechtelijke rechtshandelingen, die m.a.w. een patrimoniale waarde hebben. Daarenboven moet de waarde zoals gezegd voldoende hoog zijn. De waardegrens voor de toepassing van het gereglementeerde bewijsstelsel ligt in Boek 8 gevoelig hoger dan in het oude Burgerlijk Wetboek: 3.500 EUR in plaats van 375 EUR. Het bedrag van 375 EUR werd niet geïndexeerd en was dan ook niet meer aangepast aan de huidige samenleving. Door een vrij hoog bedrag te bepalen (dat bovendien in de toekomst nog opnieuw geïndexeerd kan worden middels KB), wenst de wetgever het bewijsformalisme verder af te zwakken en de bewijsvoering te vergemakkelijken in kleine dossiers en courante omstandigheden⁴².

De waarde die in aanmerking komt met het oog op het plafond van 3.500 EUR is de waarde van de rechtshandeling, niet de waarde van de vordering in rechte. Men kan deze grens dus niet omzeilen door voor een rechtshandeling van bijvoorbeeld 5.000 EUR tweemaal een vordering van 2.500 EUR in te stellen. Voor contracten met meerdere prestaties gespreid over een bepaalde termijn (“duurcontracten”) is de waarde die in rekening moet worden genomen de waarde van de vergoeding van de prestaties voor één jaar.

c. Inhoud

29. Wat betekent dit nu concreet voor de bewijspraktijk? Het gereglementeerde bewijsstelsel komt in wezen neer op twee bewijsregels.

Ten eerste kan men het bewijs van deze rechtshandelingen enkel leveren aan de hand van een ondertekend geschrift, d.w.z. een onderhandse of authentieke akte. Niet-ondertekende geschriften, vermoedens, getuigenissen en andere bewijzen volstaan dus in beginsel niet (behoudens de in de wet bepaalde uitzonderingen die hierna aan bod komen).

Een tweede regel van het gereglementeerde bewijs is dat men het bewijs boven of tegen een akte enkel kan leveren middels een (meestal andere) onderhandse of authentieke akte, zelfs als de som of de waarde niet hoger is dan 3.500 EUR.

30. De wet voorziet in een aantal uitzonderingen op het gereglementeerde bewijsstelsel voor rechtshandelingen (dit zijn dus a.h.w. uitzonderingen op de uitzondering; *cf. supra*,

randnr. 25). Op het bewijs tegen en tussen ondernemingen na (dat verder aan bod komt), komen deze uitzonderingen onmiddellijk hierna aan bod.

d. Eerste uitzondering: onmogelijkheid van waardering

31. Indien het onmogelijk is om het voorwerp van de handeling te waarderen omdat de waarde niet bepaald of bepaalbaar is tijdens het ontstaan van de rechtshandeling, is het bewijs vrij (art. 8.9, § 4).

e. Tweede uitzondering: onmogelijkheid om te bewijzen aan de hand van een geschrift

32. Artikel 8.12 erkent formeel de onmogelijkheid om te bewijzen aan de hand van een geschrift als een uitzondering op de principes van het gereglementeerde bewijs. Dat is op zich geen innovatie want voorheen hield de rechtspraak die het oude artikel 1384 toepaste, al rekening met die uitzondering. De wet onderscheidt drie vormen van onmogelijkheid, met name (i) wanneer men in de materiële of morele onmogelijkheid is om zich een akte te verschaffen, (ii) in situaties waarin het gebruikelijk is om geen akte op te stellen en (iii) wanneer de akte verloren is gegaan door overmacht. In deze situaties vinden de regels inzake de vereiste van een ondertekend geschrift vervat in artikel 8.9 dus geen toepassing.

f. Derde uitzondering: bekentenis, eed, begin van geschreven bewijs

33. Een ondertekend geschrift kan men altijd vervangen door een bekentenis of een beslissende eed, alsook door een begin van bewijs door geschrift mits het wordt aangevuld met een ander bewijsmiddel (art. 8.13). Een zuiver mondelinge buitengerechtigde bekentenis is echter niet toelaatbaar in het burgerlijk bewijsstelsel (art. 8.31)⁴³.

Een begin van bewijs door geschrift definieert de wet als elk geschrift dat uitgaat van degene die een rechtshandeling betwist of van degene die hij vertegenwoordigt, en dat de aangevoerde rechtshandeling waarschijnlijk maakt (art. 8.1, 7°).

g. Vierde uitzondering: eenzijdige rechtshandelingen

34. Het nieuw bewijsrecht maakt een einde aan de onduidelijkheid over het bewijs van eenzijdige rechtshandelingen door in artikel 8.10 het vrij bewijs te veralgemenen voor eenzijdige rechtshandelingen, ongeacht hun waarde en ongeacht

⁴² *MvT*, p. 18-19.

⁴³ *Cf. infra*, randnr. 64.

de persoon (d.w.z. of het de steller van de handeling is die wil bewijzen, of een derde). De ratio die schuilt achter het gereglementeerde bewijsstelsel, zijnde het responsabiliseren van rechtsonderhorigen om belangrijke zaken op papier te zetten wanneer ze met elkaar afspraken maken, geldt niet bij eenzijdige rechtshandelingen. Dergelijke rechtshandelingen worden immers in essentie door één persoon gesteld, waardoor men van de begunstigde niet kan verlangen dat hij van de steller van de handeling eist dat hij de aangegane verbintenis op papier zet. Daarom staat de wetgever de begunstigde toe om het bestaan van de eenzijdige rechtshandeling met alle bewijsmiddelen aan te tonen. De steller van de handeling geniet hetzelfde voordeel omdat de wetgever de regeling niet nodeloos wou compliceren met een bijkomend onderscheid.

35. Het voorontwerp van Boek 8 bevatte oorspronkelijk tevens een bepaling die uitdrukkelijk bevestigde dat ook het bewijs van een verrichte betaling vrij is⁴⁴. Deze bepaling heeft men op advies van de Raad van State geschrapt omdat het voorontwerp van Boek 5 aangaande het verbintenissenrecht reeds uitdrukkelijk bepaalde dat een betaling een eenzijdige rechtshandeling uitmaakt⁴⁵. Doordat het Parlement uiteindelijk het voorontwerp van Boek 5 niet heeft aangenomen, vertoont Boek 8 op dit punt een beperkte lacune. Op zich hoeft dit evenwel niet tot controverse te leiden. Het voorontwerp van Boek 5 deed op dit punt immers niets anders dan de meerderheidsstrekking in de rechtsleer te bevestigen. Luidens die strekking is de betaling geen rechtsfeit maar een eenzijdige rechtshandeling⁴⁶. Het moge duidelijk zijn dat ook de penhouders van het ontwerp van Boek 8 ervan uitgingen dat een betaling uit haar aard een eenzijdige rechtshandeling uitmaakt en de nieuwe bepaling niets meer zou zijn dan een bevestiging hiervan⁴⁷. De oude cassatierechtspraak naar luid waarvan het gereglementeerde bewijs (oud art. 1341 BW) van toepassing was op de betaling⁴⁸, is dus zeker achterhaald.

36. Het principe dat het bewijs van eenzijdige rechtshandelingen vrij is, betekent niet dat de regel van de vaste datum van een onderhandse akte (vervat in art. 8.22) daarvoor niet geldt. Het tegendeel is waar. De wetgever heeft het wetsontwerp geamendeerd om dat voldoende duidelijk te maken in

artikel 8.10, derde lid. De datum van een eenzijdige rechtshandeling is immers even vatbaar voor manipulatie als die van een meerzijdige rechtshandeling⁴⁹.

37. Tot slot, op het principe van het vrij bewijs voor eenzijdige rechtshandelingen maakt artikel 8.21 een belangrijke uitzondering. Een eenzijdige verbintenis om een geldsom te betalen of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken te leveren zal, onafhankelijk van de waarde ervan, enkel bewijs opleveren indien (i) deze verbintenis de handtekening van de steller ervan bevat en (ii) een door hemzelf geschreven vermelding van de som of hoeveelheid, uitgedrukt in letters. Hiermee wenst de wetgever partijen goed te laten nadenken over het aangaan van een schuldbekentenis en hen te beschermen tegen het ondertekenen van schuldbekentenissen waarvan zij het bedrag niet beseffen⁵⁰. De wetgever was van oordeel dat een zeker bewijsformalisme ter bescherming van de partijen dient te primeren op de vrijheid van bewijs in het kader van schuldbekentenissen.

Deze bepaling vormt de tegenhanger van huidig artikel 1326 BW maar versoepelt deze regel door niet langer te vereisen dat de steller van de verbintenis met de hand “goed voor” of “goedgekeurd voor” schrijft.

h. Vijfde uitzondering: bewijs door en tegen derden

38. Artikel 8.14 bevestigt het reeds gevestigde principe dat voor derden het bewijs vrij is, d.w.z. dat derden het bewijs van andermans rechtshandeling met alle bewijsmiddelen kunnen leveren⁵¹. Dit is logisch aangezien derden in de regel niet deelnemen aan de opmaak van een akte en bijgevolg in principe geen origineel exemplaar ter beschikking zullen hebben.

Daarnaast voert dit artikel het vrije bewijsstelsel tevens in voor het bewijs van partijen tegen derden. De wetgever wenste het bewijsformalisme te beperken tot het hoogstnoodzakelijke. De ratio van het vereisen van een geschrift, met name partijen ertoe aanzetten om belangrijke zaken op papier te zetten, geldt enkel ten aanzien van de partijen die deelnemen aan de bewuste rechtshandeling. Een derde is geen partij bij die rechtshandeling, waardoor men het niet

⁴⁴. Het bewijs van een gedane *betaling* is te onderscheiden van de problematiek van het bewijs van een eenzijdige *verbintenis* tot betalen, dat *infra* in randnr. 37 behandeld wordt.

⁴⁵. *MvT*, p. 21. Zie art. 5.268 van het wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.*, nr. 3709-1.

⁴⁶. S. STIJNS, *Verbintissenrecht*, vol. 2, Brugge, die Keure, 2009, nr. 118; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Les obligations: le régime général de l’obligation. Chronique de jurisprudence (1985-1995)”, *JT* 1999, 839; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 611; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. III, Brussel, Bruylant, 2010, 2011 *et seq.*

⁴⁷. Zie ook I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis 108, Verbintissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 137-138.

⁴⁸. Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2670; Cass. 26 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2125.

⁴⁹. Amendement nr. 5 van mev. BECQ en cons., *Parl.St.*, nr. 3349-2, p. 6.

⁵⁰. *MvT*, p. 29-30.

⁵¹. Cass. 17 november 2010, *Pas.* 2010, I, 2963; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 914, nr. 401; D. MOUGENOT, *La Preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 140-141, nr. 51; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 238-240, nrs. 249-250.

logisch achtte om te vereisen dat er een geschrift voorhanden is om bestaan van een rechtshandeling te bewijzen. Bovendien kan deze versoepeling van het bewijsformalisme de derde niet benadelen vermits hij niet gebonden is door overeenkomsten waarbij hij geen partij is⁵². Aan een derde zijn enkel het bestaan van de akte en de inhoud ervan tegenwerpe-lijk.

Het vrij bewijsstelsel voor het bewijs van partijen ten aanzien van derden geldt niet voor wat betreft de datum van een rechtshandeling. De datum van een rechtshandeling is slechts tegenwerpe-lijk aan derden in de gevallen waarin een onderhandse akte vaste datum kan hebben zoals uiteengezet in artikel 8.22 (*cf. infra*).

E. BEWIJSMIDDELEN

1. Begripsverduidelijking: bewijsmiddel, bewijswaarde en bewijskracht

40. Hoofdstuk 3 van Boek 8 bevat de regels inzake de verschillende categorieën van bewijzen, zijnde het bewijs door ondertekend geschrift, het getuigenbewijs, de vermoedens, de bekentenis en de eed.

41. Vooraleer in te gaan op de concrete bewijsmiddelen, past het om te wijzen op de terminologische verduidelijking die Boek 8 aanbrengt op het stuk van de bewijswaarde van bewijsmiddelen en -elementen. Artikel 8.1, 14° omschrijft de bewijswaarde (“*valeur probante*”) als de mate waarin een bewijselement de rechter overtuigt. De algemene regel is dat de rechter de bewijswaarde vrij beoordeelt. Dit is logisch, gezien ons bewijsrecht steunt op de leer van de innerlijke overtuiging van de rechter (*cf. supra*, randnr. 20). Wanneer de wet evenwel per uitzondering bepaalt in welke mate een bepaald bewijselement bewijs oplevert en de rechter en de partijen door dit bewijsmiddel gebonden zijn, spreekt men van wettelijke bewijswaarde (“*force probante*”).

Deze begripsverduidelijking zal hopelijk een klassiek misverstand uit de wereld helpen, namelijk de vaak voorkomende verwarring van de wettelijke bewijswaarde (“*force probante*”) met de bewijskracht (“*foi due à l’acte*”). Dat laatste is niet zozeer een bewijsregel maar eerder een interpretatieregel, namelijk het verbod om een akte te doen “*liegen*”, d.w.z. er een uitleg aan te geven die onvereenigbaar is met de bewoordingen ervan. Vandaar dat het begrip bewijskracht niet in Boek 8 voorkomt.

i. Andere uitzondering in bijzondere wetten

39. Bijzondere wetten en wetsbepalingen kunnen nog gevallen toevoegen aan de lijst van vier uitzonderingen hierboven. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om daarvan een overzicht te geven, maar een klassiek voorbeeld is artikel 12 van de arbeidsovereenkomstenwet naar luid waarvan het bewijs van een arbeidsovereenkomst mogelijk is bij getuigenis indien er geen geschrift is, en dit ongeacht de waarde van het geschil. Of nog: sinds de wet van 22 juli 2018 is zowel het bewijs tussen echtgenoten van eigendom van (eigen) goederen als het bewijs van eigendom van (eigen) schuldvorderingen vrij (nieuwe art. 1399, derde lid en 1467 BW).

2. Bewijs door ondertekend geschrift

a. Begripsverduidelijking

42. Afdeling 1 van Hoofdstuk 3 behandelt het bewijs door een ondertekend geschrift. Met het begrip ondertekend geschrift doelt de wetgever op alle akten, zowel onderhandse als authentieke.

43. Artikel 8.1, 1° definieert een *geschrift* als “een geheel van alfabetische tekens of van enige andere verstaanbare tekens aangebracht op een drager die de mogelijkheid biedt toegang ertoe te hebben gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen en waarbij de integriteit ervan wordt beschermd, welke ook de drager en de transmissiemogelijkheden zijn”. Ook digitale dragers (zoals e-mail of sms-berichten) kunnen dus een geschrift uitmaken in de bewijsrechtelijke zin, zolang zij begrijpelijk zijn, een zekere duurzaamheid vertonen en de integriteit ervan waarborgen. Geen enkele drager kan natuurlijk een absolute waarborg op integriteit geven, zodat een en ander altijd relatief is. Belangrijk is dat eventuele manipulaties minstens detecteerbaar kunnen zijn. Een louter twijfel over de integriteit volstaat niet om het stuk niet als een geschrift te beschouwen.

44. Van een *akte* is slechts sprake indien op het geschrift een handtekening staat. De handtekening wordt gedefinieerd als “een teken of een opeenvolging van tekens, aangebracht met de hand, elektronisch of via ieder ander procedé, waarmee een persoon zich identificeert en waaruit zijn wilsuiting blijkt” (art. 8.1, 2°).

Ook de elektronische handtekening komt in de definities van Boek 8 aan bod (art. 8.1, 3°). De ongelukkige omschrijving uit artikel 1322 van het huidige Burgerlijk Wetboek wordt

⁵² *MvT*, p. 25.

geschrapt en vervangen door een definitie die aansluit op de e-IDAS-verordening⁵³. Daardoor omvat de definitie van elektronische handtekening in Boek 8 zowel de (gewone) elektronische handtekening, de geavanceerde elektronische handtekening als de gekwalificeerde elektronische handtekening⁵⁴. Luidens artikel 25 van de e-IDAS-verordening mogen het rechtsgevolg van een elektronische handtekening en de toelaatbaarheid ervan als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures trouwens niet worden ontkend louter op grond van het feit dat de handtekening elektronisch is of niet aan de eisen voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen voldoet. Een gekwalificeerde elektronische handtekening, ten slotte, heeft hetzelfde rechtsgevolg als een handgeschreven handtekening.

45. Doordat de definities van geschrift en handtekening in artikel 8.1 voldoende open gehouden zijn, bevestigt Boek 8 de uitbreiding van het geschriftsbegrip naar digitale geschriften, die ook al in het huidig recht bestaat. Het loutere feit dat iets digitaal op schrift is gesteld, sluit dus zeker niet uit dat het een akte in de bewijsrechtelijke zin kan uitmaken⁵⁵.

b. De authentieke akte

46. De authentieke akte wordt geregeld door de artikelen 8.15 tot en met 8.17, die de huidige bepalingen inzake de authentieke akte grotendeels hernemen (art. 1317 *et seq.* BW).

Artikel 8.15 bevestigt dat de authentieke akte op eender welke drager geplaatst kan worden mits zij wordt opgesteld conform de wettelijk vastgestelde voorwaarden. Hiermee wordt duidelijk ruimte gelaten voor o.m. de notariële akte in gedematerialiseerde vorm.

Luidens artikel 8.16 heeft een akte die geen authentieke akte is ten gevolge van een onbevoegdheid of onbekwaamheid van de openbare of ministeriële ambtenaar of door een gebrek in de vorm, de waarde van een onderhandse akte indien zij door de partijen is ondertekend.

Artikel 8.17 bevestigt dat een authentieke akte een wettelijke (en dus bindende) bewijswaarde heeft, die evenwel beperkt is tot datgene wat de openbare ambtenaar persoon-

lijk verricht of vastgesteld heeft (“*ex propriis sensibus*”). Dit sluit aan bij hetgeen de rechtspraak en de rechtsleer reeds sinds jaar en dag aanvaardden⁵⁶.

c. De onderhandse akte

47. De artikelen 8.18 tot en met 8.22 regelen het statuut van de onderhandse akte. De onderhandse akte heeft een wettelijke bewijswaarde: luidens artikel 8.18 levert zij (volledig) bewijs op tussen de ondertekenaars, alsook ten aanzien van hun erfgenamen en rechtverkrijgenden.

Het nieuwe artikel 8.18 is een herformulering van het ongelukkig verwoorde artikel 1322 BW. Artikel 1322 stelt de wettelijke bewijswaarde van de onderhandse akte gelijk aan de “bewijskracht” van de authentieke akte (*cf. supra*, randnr. 41). Die gelijkstelling – die niets bijdraagt maar wel verwarring scheidt, want bewijskracht en wettelijke bewijswaarde zijn niet hetzelfde – heeft de wetgever dus geschrapt. Verder herneemt Boek 8 evenmin de vermelding in huidig artikel 1322 BW dat de onderhandse akte “erkend” dient te worden om als bewijs te kunnen gelden. Deze formulering zou verkeerdelijk de indruk kunnen wekken dat een positieve handeling van de opsteller van de akte vereist zou zijn om er bewijswaarde aan te verlenen, terwijl die erkenning in de regel stilzwijgend is⁵⁷.

48. Krachtens artikel 8.19 kan een partij haar handschrift of handtekening ontkennen, tenzij de wet anders bepaalt. Ook de erfgenamen en rechtverkrijgenden van een partij kunnen dit doen of zij kunnen eenvoudig verklaren dat zij het handschrift of de handtekening niet kennen. In die gevallen zal de echtheid van het schrift of de handtekening onderzocht moeten worden overeenkomstig artikelen 883 *et seq.* Gerechtelijk Wetboek. Er bestaat controverse over de toepassing van het schriftonderzoek op elektronische onderhandse akten, met name omdat een gekwalificeerde elektronische handtekening een zeer hoog beveiligingsniveau biedt. De wetgever heeft in artikel 8.18 een voorbehoud geformuleerd om erop te wijzen dat de mogelijkheid van betwisting van dergelijke handtekeningen beperkt is⁵⁸.

49. Artikel 8.20 herneemt de bewoording van huidig artikel 1325 BW, met name dat een onderhandse akte die een

^{53.} Een handtekening conform art. 3, 10° tot 3, 12° van de verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn nr. 1999/93/EG.

^{54.} Zie daarover meer uitgebreid I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 121-122 en de verwijzingen aldaar.

^{55.} Zie overigens ook art. XII.15 en XII.16 WER, zoals aangepast door de wet van 20 september 2018 (“Digital Act II”).

^{56.} Cass. 10 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1772; Antwerpen 24 maart 2010, *Rev. trim. dr. fam.* 2012, 880; Bergen 11 maart 2003, *JLMB* 2004, 1089; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 793-797, nrs. 226-229; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 334-343, nrs. 608-612; D. MOUGENOT, *La Preuve* in *Rép. not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 182-183, nrs. 93-95; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 247-249, nr. 268.

^{57.} *MvT*, p. 28.

^{58.} *MvT*, p. 28.

wederkerig contract vaststelt slechts bewijs oplevert indien zij is opgemaakt in zoveel originele exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang en daar tevens melding van maakt. Hij die (deels) uitvoering gegeven heeft aan het contract, kan zich evenwel niet beroepen op artikel 8.20. Opgelet, omdat deze bepaling moeilijk toegepast kan worden op elektronische contracten, bepaalt het derde lid dat de vereiste van meervoudige originelen geacht wordt vervuld te zijn voor een elektronisch contract wanneer het is opgemaakt conform de definitie van een geschrift vervat in artikel 8.1, 1° en het gebruikte procedé aan elke partij toelaat om over een schriftelijk exemplaar te beschikken of daar toegang toe te hebben. Bovendien zijn de vereisten i.v.m. het aantal originele exemplaren niet van toepassing op contracten afgesloten via briefwisseling, hetzij verstuurd via de post, hetzij elektronisch.

50. Artikel 8.22 somt op limitatieve wijze de situaties op waarin een onderhandse akte vaste datum verkrijgt ten aanzien van derden. Het toepassingsgebied van huidig artikel 1328 BW wordt verruimd. Conform artikel 1328 BW verkrijgt een akte vaste datum vanaf (i) de dag waarop zij geregistreerd is, (ii) vanaf de dag waarop de hoofdinhoud ervan wordt vastgesteld in een authentieke akte en (iii) vanaf de dag van het overlijden van één van de partijen. Deze laatste hypothese wordt in artikel 8.22 veralgemeend naar de dag waarop de partijen de akte of de datum ervan niet langer hebben kunnen wijzigen. Naast het overlijden van één van de partijen zou bijvoorbeeld een ziekte of ongeval tot toepassing van deze hypothese kunnen leiden voor zover het één van de partijen verhindert om wijzigingen aan te brengen aan de akte⁵⁹.

d. Vermelding van betaling of bevrijding; teruggave van een akte

51. Artikel 8.24 vormt de tegenhanger van huidig artikel 1332 BW en bepaalt dat de vermelding van een betaling of een andere reden van bevrijding aangebracht door de schuldeiser op een originele akte die steeds in zijn bezit is geweest, geldt als een weerlegbaar vermoeden van bevrijding van de schuldenaar. Hetzelfde geldt voor de vermelding die op het dubbel van een akte wordt aangebracht, mits het in handen van de schuldenaar is.

52. Artikel 8.27 regelt het bijzonder bewijsmiddel van de vrijwillige teruggave van de akte door de schuldeiser aan de schuldenaar, hetgeen de bevrijding van de schuldenaar doet vermoeden. Dit vermoeden is weerlegbaar. Dit artikel vormt de tegenhanger van huidige artikelen 1282 tot en met 1284 BW. Het daarin gemaakte onderscheid tussen de teruggave van een onderhandse titel en de grosse werd niet hernomen.

^{59.} *MvT*, p. 30-31.

^{60.} *MvT*, p. 32.

e. Afschriften en kopieën

53. Het juridisch statuut van afschriften, tot slot, vinden we terug in artikel 8.25, dat grotendeels huidig artikel 1334 BW herneemt. Een afschrift gemaakt door middel van een gekwalificeerde elektronische archiveringsdienst conform Boek XII, Titel 2 van het Wetboek van economisch recht, heeft dezelfde bewijswaarde als een onderhands geschrift, waarvan het behoudens bewijs van het tegendeel, verondersteld wordt een getrouwe en duurzame kopie te zijn. Artikel 8.25 bepaalt voorts uitdrukkelijk dat het origineel niet moet worden voorgelegd. In alle andere gevallen vormt een afschrift een feitelijk vermoeden of een begin van bewijs door geschrift indien de voorwaarden vervat in artikel 8.1, 7° vervuld zijn. Indien het origineel nog bestaat, kan de overlegging ervan steeds gevorderd worden. Deze bepaling oogt op het eerste gezicht misschien streng, maar men dient in het achterhoofd te houden dat het gebruik van afschriften in rechte geen enkel probleem vormt wanneer daaromtrent geen betwisting bestaat, zoals meestal het geval zal zijn. Bovendien dient benadrukt te worden dat het dankzij de moderne technologieën voor het maken van kopieën zeer eenvoudig is om een origineel te wijzigen, waardoor dergelijke documenten zeer broos zijn op bewijsrechtelijk vlak⁶⁰. Buiten het geval waarin de kopie gemaakt is via een gekwalificeerde elektronische archiveringsdienst, wordt de bewijswaarde van een afschrift aan de vrije beoordeling door de rechter overgelaten.

Artikel 8.26 bepaalt de bewijswaarde van de verschillende soorten afschriften van authentieke akten, wanneer het origineel niet meer bestaat. Het herneemt grotendeels de bepalingen vervat in de huidige artikelen 1335 en 1336 BW.

3. Getuigenbewijs

54. Onder het getuigenbewijs wordt zowel de mondelinge als de schriftelijke getuigenis begrepen (resp. art. 915 *et seq.* en art. 961/1 *et seq.* Ger.W.). Het bewijs door getuigen is conform artikel 8.28 enkel toelaatbaar in de gevallen waarin het vrij bewijsstelsel van toepassing is. De bewijswaarde van getuigenissen wordt overgelaten aan het vrije oordeel van de rechter.

4. Feitelijke vermoedens

a. Begrip

55. Een feitelijk vermoeden is een bewijsmiddel waarbij de rechter het bestaan van één of meer onbekende feiten afleidt uit het voorhanden zijn van één of meer bekende feiten (art. 8.1, 9°).

b. Toelaatbaarheid

56. Het bewijs door middel van feitelijke vermoedens is luidens artikel 8.29 enkel toegestaan wanneer de wet het bewijs met alle bewijsmiddelen toelaat.

c. Bewijswaarde

57. De bewijswaarde van feitelijke vermoedens wordt overgelaten aan het vrije oordeel van de rechter, waarbij wordt verduidelijkt dat de rechter het bewijs door feitelijke vermoedens enkel mag aannemen indien het op ernstige en precieze aanwijzingen berust. Indien het vermoeden op meerdere aanwijzingen steunt, dienen deze aanwijzingen met elkaar overeen te stemmen. De nieuwe wet maakt komaf met de formulering in huidig artikel 1353 BW dat het dient te gaan om “*gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens*”. De wetgever heeft ervoor geopteerd om de bewoording van artikel 8.29 beter te laten aansluiten bij de effectieve taak van de rechter. Vermits één enkel vermoeden reeds kan volstaan⁶¹, heeft de huidige formulering die laat uitschijnen dat er minstens twee vermoedens aanwezig zouden moeten zijn, praktisch gezien weinig relevantie⁶².

5. Bekentenis

58. De bekendenis wordt geregeld door artikelen 8.30 tot en met 8.32.

a. Begrip en kenmerken

59. De bekendenis is een erkenning door een persoon (of haar bijzonder gevolmachtigde vertegenwoordiger) van een feit dat rechtsgevolgen tegen hem kan hebben (art. 8.1, 10°). Zij kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn.

60. Een bekendenis kan ook gerechtelijk of buitengerechtelijk zijn. Zij is gerechtelijk wanneer ze wordt afgelegd voor een rechter in het geding dat betrekking heeft op het punt waarover de bekendenis gaat⁶³. Artikel 8.31, tweede lid bevestigt dat een buitengerechtelijke bekendenis kan voortvloeien uit het gedrag van een partij, zoals de uitvoering van

een contract, hetgeen de rechtspraak en de rechtsleer nu reeds aanvaardden⁶⁴.

In het nieuw bewijsrecht heeft het onderscheid tussen de gerechtelijke en buitengerechtelijke bekendenis nog maar een heel beperkt belang. Beide regimes zijn grotendeels op dezelfde leest geschoeid. Op het vlak van bestaansvoorwaarden en bewijswaarde zijn er geen verschillen meer; enkel voor de toelaatbaarheid van de zuiver mondelinge bekendenis speelt het onderscheid nog een rol (*cf. infra*, randnr. 62, 64 en 66)⁶⁵.

61. Een bekendenis is onherroepelijk, zo bevestigt artikel 8.32, behalve wanneer ze nietig is uiteraard. De wet verduidelijkt dat de bekendenis onderworpen is aan alle nietigheidsgronden en niet enkel aan de dwaling, zoals huidig artikel 1356 BW bepaalt. De rechtsdwaling, zijnde de dwaling inzake de rechtsgevolgen van de bekendenis, blijft evenwel uitgesloten. Deze uitsluiting is onder de nieuwe wet eens te meer verantwoord aangezien artikel 8.30 uitdrukkelijk erkent dat een bekendenis niet intentioneel hoeft te zijn. De beweegredenen van de persoon die de bekendenis doet, zijn bijgevolg niet relevant⁶⁶.

b. Bestaansvoorwaarden

62. Een bekendenis moet uitgaan van de persoon ten aanzien waarvan het betwiste feit rechtsgevolgen kan hebben, of diens bijzonder gevolmachtigde vertegenwoordiger. Die persoon moet oprecht zijn, anders is de bekendenis niet geloofwaardig en levert zij geen bewijs op tegen de persoon die de bekendenis heeft gedaan (art. 8.32, tweede lid). Het nieuwe Boek 8 maakt hier geen onderscheid tussen de gerechtelijke en buitengerechtelijke bekendenis. Het rechtsgeleerde standpunt als zou de rechter geen controle mogen uitoefenen op de geloofwaardigheid van de gerechtelijke bekendenis maar enkel op die van de buitengerechtelijke bekendenis⁶⁷, is dus achterhaald.

63. Artikel 8.30 bevestigt dat een bekendenis niet noodzakelijk intentioneel dient te zijn, zoals de rechtspraak en de rechtsleer unaniem aanvaardden sinds de 3 cassatiearresten van 20 december 2007, 25 mei 2009 en 23 januari 2012⁶⁸.

61. Cass. 30 januari 1962, *Pas.* 1962, I, 630; Cass. 12 september 1961, *Pas.* 1962, I, 61.

62. *MvT*, p. 34.

63. Vaste cassatierechtspraak, zie o.m. Cass. 28 juni 2018, *TBBR* 2019, 350, noot I. SAMOY en S. DECLERCQ.

64. Bergen 23 april 2013, *JLMB* 2013, 1549; Gent 24 juni 2009, *NJW* 2010, 367, noot R. STEENNOT; Antwerpen 28 februari 2000, *AJT* 2 000-01, 833; Pol. Brugge 11 januari 2006, *T.Pol.* 2006, 98, noot; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 880, nr. 349; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 180, nr. 332-333; D. MOUGENOT, *La Preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larquier, 2012, 360, nr. 271.

65. Zie ook I. SAMOY en S. DECLERCQ, “De gerechtelijke en buitengerechtelijke bekendenis: zoek de verschillen” (noot onder Cass. 28 juni 2018), *TBBR* 2019, 351 *et seq.*, i.h.b. randnr. 29.

66. *MvT*, p. 36.

67. B. MAES, P. VANLERSBERGHE, N. CLIJMANS en S. VAN SCHEL, “De gerechtelijke bekendenis” in S. RUTTEN en B. VANLERSBERGHE (eds.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Brugge, die Keure, 2015, 115. Raadpl. ook B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 884-888, nrs. 354-359.

68. Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, afl. 1, 184; Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, afl. 5, 1379; Cass. 20 december 2007, *Pas.* 2007, I, 2418; Gent 24 juni 2009, *NJW* 2010, 367, noot R. STEENNOT; Rb. Antwerpen 25 maart 2013, *RW* 2014-15, 1427; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 884-888, nrs. 354-359; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 164-165, nr. 311; D. MOUGENOT, *La Preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larquier, 2012, 352-354, nr. 366.

Een bekentenis kan dus ook op onopzettelijke wijze tot stand komen. Indien een bekentenis enkel aanvaard zou kunnen worden wanneer zij op intentionele wijze tot stand kwam, zou degene die de bekentenis deed daar al te gemakkelijk op kunnen terugkomen. Dit is vooral van belang voor de buitengerechtelijke bekentenis, want bij een gerechtelijke bekentenis is er meestal weinig twijfel over de intentie. Wel moet men rekening houden met een belangrijke nuance die het Hof van Cassatie maakt. Een buitengerechtelijke bekentenis moet weliswaar niet gedaan zijn met de intentie om aan een wederpartij een bewijs te verschaffen maar onderstelt wel de bedoeling (of de toerekenbare schijn hiervan) om de juistheid van de beweerdde feiten te bevestigen⁶⁹.

c. Toelaatbaarheid

64. Een bekentenis is in beginsel steeds toegelaten, zelfs tegen en boven de inhoud van een geschrift⁷⁰.

Een zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis, daarentegen, is enkel toegelaten in de gevallen waarin de wet het bewijs met alle bewijsmiddelen toelaat (art. 8.31, eerste lid, naar analogie met huidig art. 1355 BW). Dat betekent dat een zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis niet toegelaten is voor het bewijs van vermogensrechtelijke rechtshandelingen boven de waardegrens van 3.500 EUR, en dit in afwijking van artikel 8.13. Deze uitzondering dient strikt geïnterpreteerd te worden en is bijgevolg niet van toepassing op een schriftelijke buitengerechtelijke bekentenis en uiteraard evenmin op een gerechtelijke bekentenis⁷¹.

d. Bewijswaarde

65. De bekentenis heeft wettelijke bewijswaarde. Dat betekent dat de rechter verplicht is zich erdoor te laten overtuigen.

66. Nieuw is dat voortaan een buitengerechtelijke bekentenis dezelfde wettelijke bewijswaarde zal hebben als een gerechtelijke bekentenis (art. 8.31, derde lid). De huidige wetgeving bepaalt niets omtrent de bewijswaarde van een buitengerechtelijke bekentenis. Terwijl de rechtsleer unaniem oordeelt dat een buitengerechtelijke bekentenis dezelfde bewijswaarde heeft als een gerechtelijke bekentenis

van zodra zij als geloofwaardig beschouwd wordt en er dus geen beoordelingsbevoegdheid toekomt aan de rechter⁷², heeft het Hof van Cassatie per arrest van 3 december 2007 niettemin geoordeeld dat de bewijswaarde van een buitengerechtelijke bekentenis aan de vrije beoordeling van de rechter wordt overgelaten⁷³. Om de juridische waarheid zo nauw mogelijk te laten aansluiten bij de echte waarheid heeft de wetgever ervoor geopteerd om het standpunt van de rechtsleer te codificeren. Er is immers geen reden om een onderscheid te maken tussen een gerechtelijke en een buitengerechtelijke bekentenis op het vlak van de bewijswaarde⁷⁴.

67. Voorts bevestigt het laatste lid van artikel 8.32 de onsplitsbaarheid van een samengestelde bekentenis. Wanneer een partij een samengestelde bekentenis aanvoert, mag zij de verschillende onderdelen ervan niet van elkaar scheiden en enkel datgene in aanmerking nemen wat haar goed uitkomt. Men dient de bekentenis met andere woorden als één geheel te beschouwen. Artikel 8.32 voorziet evenwel in een uitzondering, met name wanneer één van de onderdelen vals, onwaarschijnlijk of in tegenspraak met een ander onderdeel blijkt te zijn. Zoals de rechtspraak en de rechtsleer thans reeds aanvaarden, is het een partij in dat geval toegelaten om slechts één van de onderdelen aan te voeren, onafhankelijk van de andere onderdelen⁷⁵.

6. Eed

68. Hoewel er nauwelijks nog gebruik van wordt gemaakt, heeft de wetgever er toch voor geopteerd om de bepalingen inzake de eed te behouden in het nieuwe Boek 8. Enerzijds laat het de rechter en partijen toe om er gebruik van te blijven maken wanneer zij dat opportuun achten. Anderzijds maakt de eed deel uit van een aantal andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die niet gewijzigd worden, zoals artikel 2275 BW inzake de toepassing van de korte verjaringstermijnen op grond van een vermoeden van betaling⁷⁶.

De huidige regeling inzake de eed werd grotendeels hernomen in de artikelen 8.33 tot en met 8.39. De regel vervat in huidig artikel 1363 BW werd echter niet hernomen. Conform deze bepaling werden de burgerlijke gevolgen van de eed behouden, zelfs als deze in een strafrechtelijke procedure vals werd verklaard. De wetgever besliste om deze bepaling te schrappen omdat zij tot absurde gevolgen zou leiden⁷⁷.

⁶⁹. Cass. 3 mei 2018, C.16.0482.N, www.cass.be.

⁷⁰. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 870, nr. 334.

⁷¹. *MvT*, p. 35.

⁷². B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 898, nr. 372; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht in APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 197, nr. 362; D. MOUGENOT, *La Preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 369, nr. 288; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 421, nr. 585.

⁷³. Cass. 3 december 2007, *Pas.* 2007, I, 2195.

⁷⁴. *MvT*, p. 35.

⁷⁵. Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 206; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht", *TPR* 2015, afl. 2, (597) 893-894, nr. 365; D. MOUGENOT, *La Preuve in Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 373, nr. 294.

⁷⁶. *MvT*, p. 36-37.

⁷⁷. *MvT*, p. 37.

F. HET NIEUWE ONDERNEMINGSBEWIJSRECHT

69. De wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht heeft de artikelen van het Wetboek van Koophandel over het handelsbewijs opgeheven en al vervangen door een nieuw artikel 1348*bis* BW, dat op 1 november 2018 in werking is getreden. Artikel 8.11 neemt de inhoud van artikel 1348*bis* over, zij het met enkele (beperkte) aanpassingen.

1. Toepassingsgebied

70. Teneinde de evolutie van het economisch recht te volgen, wordt het verouderde concept “handelaar”, d.w.z. een (rechts)persoon die beroepsmatig daden van koophandel stelt, vervangen door het concept “onderneming” zoals gedefinieerd in artikel I.1, eerste lid van het Wetboek van economisch recht. Het toepassingsgebied van het vrij bewijs wordt daarmee gevoelig uitgebreid tot alle ondernemingen, zijnde (i) natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen, (ii) rechtspersonen en (iii) organisaties zonder rechtspersoonlijkheid. Bijgevolg zijn bijvoorbeeld ook vrije beroepers, landbouwers en VZW's thans onderworpen aan het vrij bewijsstelsel.

71. Voor gemengde rechtshandelingen, tussen een onderneming en een particulier, geldt (nog steeds) de volgende regel: wanneer een particulier dient te bewijzen tegen een onderneming, is het ondernemingsbewijsrecht eveneens van toepassing; dient een onderneming bewijs te leveren van een rechtshandeling ten aanzien van een particulier, dan geldt het gereglementeerde bewijsstelsel. Wanneer men dient te bewijzen tegen een natuurlijke persoon die weliswaar een onderneming voert, maar de bewuste rechtshandelingen *kennelijk* vreemd zijn aan die onderneming, is het gereglementeerde bewijsstelsel eveneens van toepassing⁷⁸. Voor handelingen die tegelijk een zakelijke en een privédoelstelling nastreven, is het de voornaamste doelstelling die het toepasselijke bewijsstelsel determineert: *accessorium sequitur principale*.

2. Vrij bewijs

72. Het bewijs tussen ondernemingen kan geleverd worden met alle bewijsmiddelen, zelfs wanneer men tegen en boven de inhoud van een akte wenst te bewijzen, behoudens de wettelijk bepaalde uitzonderingen. Dat is niet nieuw: een en ander volgde reeds uit artikel 25 Wetboek van Koophandel, ondanks de ongelukkige formulering ervan (die beperkt was tot het toelaten van getuigenbewijs).

3. Boekhouding

73. Net als artikel 1348*bis* BW bundelt artikel 8.11 de regels uit het oude Wetboek van Koophandel en het Burgerlijk Wetboek over het gebruik van boekhoudkundige stukken als bewijs. De nieuwe wetsbepaling bevestigt dat de rechter de boekhouding van een onderneming kan aanvaarden als bewijsmiddel.

74. Een partij kan haar eigen boekhouding inroepen of die van de tegenpartij. Wanneer een partij de boekhouding van een tegenpartij inroept als bewijs, mag deze – net als een (buitengerechtelijke) bekentenis – niet gesplitst worden ten nadele van die onderneming (art. 8.11, § 2, derde lid, *in fine*). De waarborg van de onsplitsbaarheid houdt in dat men rekening moet houden met alle elementen van die boekhouding, zoals provisies, randmeldingen en tijdelijke boekingen, ook als die elkaar opheffen. Men dient de boekhouding dus met andere woorden als een geheel te beschouwen.

75. De boekhouding heeft in beginsel een vrije bewijswaarde, d.w.z. dat de rechter vrij oordeelt of en in welke mate de boekhouding overtuigend is. De boekhouding van een onderneming heeft enkel een wettelijke bewijswaarde indien (i) zij dient als bewijs tegen een andere onderneming en (ii) de vermeldingen in de boekhouding van de onderscheiden partijen overeenstemmend zijn. Deze wettelijke bewijswaarde geldt niet ten aanzien van derden die geen onderneming zijn, zoals particulieren of de fiscus.

76. Boek 8 schrapt de voorwaarde dat de boekhouding regelmatig dient te zijn, zoals vereist in artikel 20 van het ter ziele gegane Wetboek van Koophandel. Een eventuele onregelmatigheid in de boekhouding heeft immers niet noodzakelijk betrekking op hetgeen dient als bewijs en betekent niet noodzakelijk dat de volledige inhoud van de boekhouding niet meer waarheidsgetrouw is. De rechter blijft evenwel vrij om de bewijswaarde van een boekhouding te beoordelen en zal daarbij nog steeds rekening kunnen houden met het regelmatig karakter van die boekhouding⁷⁹. Of een onregelmatigheid doorslaggevend is in de bewijswaardering kan de rechter soeverein bepalen, rekening houdend met factoren zoals de omvang van de onregelmatigheid, de draagwijdte ervan, het technisch karakter, de intentionaliteit, de relevantie voor het te bewijzen feit, enz.

77. § 3 van artikel 8.11 bepaalt dat de rechter bij wijze van onderzoeksmaatregel kan bevelen aan een onderneming om het geheel of een deel van haar boekhouding over te leggen. Dit vormt een toepassing van de algemene regel inzake de

⁷⁸. De woorden “kennelijk vreemd” stemmen overeen met de formulering in het – eveneens door de wet hervorming ondernemingsrecht gewijzigde – art. 573 Ger.W.

⁷⁹. *MvT*, p. 22-23.

overlegging van stukken zoals bepaald in artikel 877 Ger.W. Van het verouderde onderscheid tussen openlegging en overlegging van de boekhouding is geen sprake meer⁸⁰. Artikel 8.11 bevestigt nog dat de rechter maatregelen kan opleggen om de vertrouwelijkheid van de boekhoudkundige stukken te vrijwaren, bijvoorbeeld om het bedrijfsgeheim te vrijwaren of verstoring van de mededinging te voorkomen. Boek 8 verduidelijkt weliswaar niet welke maatregelen dat zijn, maar daarvoor kan men wel te rade gaan bij het nieuwe artikel 871*bis* Ger.W., ingevoerd in uitvoering van de Europese richtlijn betreffende de bescherming van niet openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie.

4. Factuur

78. Luidens § 4 van artikel 8.11 levert een door een onderneming aanvaarde of niet binnen een redelijke termijn geprotesteerde factuur bewijs op tegen deze onderneming van de aangevoerde rechtshandeling. De niet-geprotesteerde factuur heeft dus wettelijke bewijswaarde.

In artikel 25, tweede lid van het Wetboek van Koophandel was deze regel nog beperkt tot koop-verkoopovereenkomsten. De rechtspraak erkent evenwel al decennialang dat de rechter ook voor andere handelsverrichtingen dan de koop-verkoop uit de aanvaarding van de factuur een feitelijk vermoeden kan putten⁸¹. Artikel 1348*bis* BW en artikel 8.11 Nieuw Burgerlijk Wetboek gaan verder door de gelding van de aanvaarde factuur als bewijsmiddel met wettelijke bewijswaarde te veralgemenen in ondernemingszaken, en daarvan de regel te maken voor alle overeenkomsten tussen ondernemingen.

De voormelde rechtspraak dient overigens onderscheiden te worden van de rechtspraak naar luid waarvan de rechter uit een gebrek aan protest van een brief ten aanzien van een handelaar (slechts) een feitelijk vermoeden kan putten tot bewijs van de aanvaarding door de handelaar van de inhoud ervan, zoals recent nog bevestigd werd door het Hof van Cassatie⁸². Of dergelijk vermoeden voorhanden is, beoordeelt de rechter naar gelang de feitelijke omstandigheden.

79. Het nieuwe artikel 8.11 verduidelijkt de werking van de regel van de aanvaarde factuur. Het is eigenlijk een redenering in twee stappen. De eerste stap is of er al dan niet een aanvaarding is. Hier geldt het principe dat een onderneming die een factuur niet binnen een redelijke termijn protesteert, geacht wordt ze te hebben aanvaard. De onderneming die niet schriftelijk geprotesteerd heeft, kan nog proberen aan te tonen dat zij mondeling heeft geprotesteerd. Wanneer de aanvaarding vaststaat, is de tweede stap dat de onderliggende verbintenis bewezen is, behoudens tegenbewijs. De onderneming kan dus, ondanks de aanvaarding van de factuur, nog proberen te bewijzen dat zij niet moet betalen. Onder het oud recht bestond daarover nog controverse⁸³.

80. Ten aanzien van een particulier geldt een gebrek aan protest niet als een aanvaarding van de factuur, tenzij er sprake is van een *omstandig* stilzwijgen. Deze regel is van dwingend recht. Overigens is in geval van omstandig stilzwijgen enkel sprake van een feitelijk vermoeden, zo bepaalt artikel 8.11⁸⁴. Feitelijke vermoedens zijn enkel toelaatbaar wanneer de wet het bewijs met alle bewijsmiddelen toelaat, wat ten aanzien van niet-ondernemingen het gebruik ervan uitsluit voor het bewijs van rechtshandelingen met een waarde boven de 3.500 EUR.

81. In de toekomst zal men ook rekening moeten houden met de B2B-wet (*cf. supra*, randnr. 15). Luidens de zwarte lijst zijn bedingen die ertoe strekken “op onweerlegbare wijze de kennisname of aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen voor het sluiten van de overeenkomst”, zonder enige verdere beoordeling onrechtmatig (art. VI.91/4, 4° WER). Deze bepaling lijkt haaks te staan op het vaststaand principe in de rechtspraak dat de regel van de niet-geprotesteerde factuur niet enkel betrekking heeft op de essentiële vermeldingen van de factuur, maar ook op de algemene voorwaarden vermeld op niet-geprotesteerde facturen⁸⁵. Met DIRIX vrezen wij dan ook dat de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen in het WER aanleiding zou kunnen geven tot veel rechtsonzekerheid⁸⁶.

^{80.} Zie daarover I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 148-149.

^{81.} Cass. 24 januari 2008, C.07.0355.N, *Arr.Cass.* 2008, afl. 1, 219; Gent 13 februari 2008, *TBBR* 2010, 142; Antwerpen 31 maart 2003, *RW* 2005-06, 1141; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, afl. 15, 936.

^{82.} Cass. 5 oktober 2018, C.17.0584.N, www.cass.be. Deze rechtspraak steunt op een interpretatie van (oud) art. 25, eerste lid W.Kh., niet art. 25, tweede lid. Zie ook de noot bij voormeld arrest van A. LENAERTS, “De bewijsrechtelijke gevolgen van de afwezigheid van protest door een handelaar van brieven die een aanspraakbevestiging inhouden”, *TBBR* 2019, 334-344.

^{83.} Raadpl. I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis 108, Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 152-153.

^{84.} Zie ook B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht”, *TPR* 2015, afl. 2, (597) 819-820, nr. 269.

^{85.} Cass. 29 april 2004, *RW* 2006-07, 870; Cass. 27 januari 2005, *RW* 2005-06, 1097, noot HOUBEN. Zie hierover uitgebreider E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, nrs. 363 *et seq.*

^{86.} E. DIRIX, “Flitswetgeving”, *RW* 2018-19, (1042) 1042.

G. INWERKINGTREDING EN OVERGANGSRECHT

82. De bepalingen van Boek 8 zullen op 1 november 2020, oftewel 18 maanden na de publicatie ervan in het *Belgisch Staatsblad* in werking treden, zodat de rechtsonderhorigen voldoende tijd hebben om zich aan te passen aan de nieuwe regels.

De inwerkingtreding van artikel 8.14, tweede lid en artikel 8.25, § 1, 1^o, tweede lid, bepalingen die betrekking hebben op de elektronische notariële akte, wordt evenwel afgestemd op de inwerkingtreding van de relevante bepalingen omtrent de elektronische notariële akte vervat in de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, die op een door de Koning te bepalen datum in werking zullen treden.

83. Er is geen specifiek overgangsregime opgenomen. Bijgevolg gelden de gemeenrechtelijke, intertemporele regels. Gezien het bewijsrecht in het midden van het bed ligt, tussen het procesrecht en het gemeen burgerlijk recht, moet naar de algemene beginselen in zowel het BW als het Ger.W. gekeken worden.

In de mate dat het bewijsrecht bij het procesrecht gerekend wordt, betekent dit dat de nieuwe regels – bijvoorbeeld inzake bewijslast – in beginsel onmiddellijk van toepassing zijn op hangende gedingen (art. 3 Ger.W.).

In het burgerlijk recht geldt dan weer het verbod op de retroactieve werking van de nieuwe wet (art. 2 BW). Dat beginsel wordt evenwel verzacht in de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie naar luid waarvan een nieuwe wet in de regel niet enkel toepassing vindt op situaties die ontstaan vanaf haar inwerkingtreding maar ook op de toekomstige gevolgen van situaties die onder de werking van de vroegere wet ontstaan zijn die zich onder de nieuwe wet voordoen of voortduren, voor zover er geen afbreuk wordt gedaan aan reeds definitief vastgestelde rechten⁸⁷. Daarop gelden twee uitzonderingen. Ten eerste, bij overeenkomsten blijft de oude wet toepasselijk, behalve als de nieuwe wet van openbare orde of van dwingend recht is, of als zij uitdrukkelijk bepaalt op de lopende overeenkomsten van toepassing te zijn⁸⁸. Bijgevolg zal Boek 8 conform de gebruikelijke regel in contractuele aangelegenheden ten aanzien van contractpartijen slechts van toepassing zijn op de contracten die na de inwerkingtreding worden afgesloten. Ten tweede geldt ook een uitzondering voor wat betreft nieuwe (vorm)vereisten voor het bewijs van een bepaalde rechtshandeling: de oude wet blijft in dat geval van toepassing op de bewijzen die dateren van vóór de inwerkingtreding (de zgn. “gepreconstitueerde bewijselementen”)⁸⁹. Boek 8 zal evenwel onmiddellijk van toepassing zijn ten aanzien van derden, als ook ten aanzien van het bewijs van feiten⁹⁰.

⁸⁷. Cass. 2 januari 2017, C.16.0346.F; Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F. Raadpl. ook T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 930 p.

⁸⁸. Cass. 27 september 2018, C.16.0346.F; Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F.

⁸⁹. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Brussel, Bruylant, 1983, 205-206; P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 74-75.

⁹⁰. *MvT*, p. 38.