



Universiteit
Leiden
The Netherlands

België en Nederland en een nieuw burgerlijk bewijsrecht: enkele Hollandse observaties

Asser, W.D.H.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Asser, W. D. H. (2021). België en Nederland en een nieuw burgerlijk bewijsrecht: enkele Hollandse observaties. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 145-154). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464073>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464073>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

BELGIË EN NEDERLAND EN EEN NIEUW BURGERLIJK BEWIJSRECHT

Enkele Hollandse observaties

Daan Asser

1 INLEIDING

Tineke en ik hebben niet alleen de verbondenheid aan en met de juridische faculteit in Leiden gemeen, maar ook die met de ‘Vereniging met de lange naam’.¹ Dat is de vereniging van Belgische (in de praktijk: vooral Vlaamse) en Nederlandse juristen – afkomstig uit wetenschap, rechtspraktijk en rechtspraak –, verdeeld over de afdelingen strafrecht, privaatrecht en publiekrecht. Tineke is de Nederlandse voorzitter van de vereniging. Eens in het jaar, afwisselend in België en in Nederland, komen de leden en belangstellende gasten van elke afdeling bij elkaar om actuele onderwerpen met elkaar te bespreken, daarbij geleid en ondersteund door voor die bijeenkomsten geschreven preadviezen en door de auteurs daarvan opgestelde vraagpunten.

De Belgische en Nederlandse rechtsstelsels vertonen nogal eens aanzienlijke verschillen bij het oplossen van vergelijkbare problemen. Elke jurisdictie heeft immers haar eigen, door de eigen rechtsontwikkeling en rechtstraditie bepaalde context en wijze van benadering van het besproken onderwerp – afgezien van de gezamenlijke Europese en andere internationale regelgeving die ons samenbindt. In het bijzonder speelt in mijn perceptie in België de Frans georiënteerde juridische traditie een rol, die in Nederland sinds de negentiende eeuw grotendeels verloren is gegaan – daargelaten dat de structuur van het Nederlandse rechtssysteem zijn Franse herkomst nog steeds laat zien. Dit maakt de rechtsvergelijking tussen België en Nederland extra interessant.

Daarom wil ik ter ere van Tineke in deze bijdrage aandacht vragen voor spiksplinter-nieuw Belgisch recht: het civiele bewijsrecht.² Drie algemene onderwerpen komen hierna aan de orde, namelijk de plaats van het bewijsrecht in de civielrechtelijke wetboeken, de bewijslastverdeling en het onderscheid tussen vrij bewijs en gereguleerd bewijs.

1 De Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland.

2 In Nederland is op dit moment ook een wetgevingsoperatie bezig. Zie het Wetsvoorstel vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht (*Kamerstukken II 2019/20, 35498, nr. 2*), thans in behandeling bij de Tweede Kamer.

2 HET NIEUWE BELGISCHE MATERIËLE CIVIELE BEWIJSRECHT IN HET NIEUWE BELGISCHE BURGERLIJK WETBOEK

In België is men bezig met de sysfusarbeid van het tot stand brengen van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Op dit moment (oktober 2020) zijn gereed Boek 3 ‘Goederen’ (treedt in werking op 1 september 2021) en Boek 8 ‘Bewijs’,³ dat op 1 november 2020 in werking treedt.⁴

Evenals vroeger het geval was in Nederland, is het burgerlijk bewijsrecht in België verdeeld over twee wetboeken. De regels voor het uitvoeren van bewijsverrichtingen is geregeld in het wetboek voor het procesrecht, het *Gerechtelijk Wetboek*.⁵ Het ‘materiële’ bewijsrecht, zoals de regels over de verdeling van de bewijslast en de toegelaten bewijsmiddelen en hun bewijskracht, vindt men in het *Burgerlijk Wetboek*. Deze tweedeling is de Franse erfenis van Napoleon, maar gaat terug op de in de Middeleeuwen ontwikkelde doctrine die door latere Franse juristen als Pothier is overgenomen. Daarin werd onderscheid gemaakt tussen enerzijds regels van materieel bewijsrecht die van betekenis zijn voor de inhoudelijke beoordeling van het geschil (bijvoorbeeld de verdeling van het bewijsrisico en de aan het bewijs te stellen eisen inclusief de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen in verband met de materieelrechtelijke geschilpunten) en anderzijds procesregels met betrekking tot de bewijslevering, het formele bewijsrecht. Het is een op zichzelf zinnige indeling, maar in Nederland hebben wij die afgeschaft. In Nederland zijn de vroeger in het *Burgerlijk Wetboek* te vinden regels van bewijsrecht, dus de materiële, sinds 1988 te vinden in het *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, een operatie die samenhang met de totstandkoming van het nieuwe *Burgerlijk Wetboek*.⁶ En daarmee is overigens een situatie geschapen die in het Nederlandse strafrecht ook bestaat. Het materiële bewijsrecht is onderdeel van het strafprocesrecht (artikel 338 e.v. Sv) en staat niet in het *Wetboek van Strafrecht*.

3 Wet van 13 april 2019, *Burgerlijk Wetboek*, Boek VIII, *Bewijs*, *Stb.* 14 mei 2019, blz. 46353, te vinden op ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2019041329&table_name=wet. De memorie van toelichting is te vinden in de parlementaire stukken, zie Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers 2018/19, nr. 3349/001, Wetsontwerp houdende invoeging van Boek 8 ‘Bewijs’ in het nieuw *Burgerlijk Wetboek*. Voor de literatuur verwijs ik naar B. Vanlerberghe, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2019 en T. Vanswevelt & B. Weyts (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht. ALLIC V*, Antwerpen-Gent-Cambridge: Intersentia 2020. Voor een behandeling van oud en nieuw recht verwijs ik naar J. Laenens e.a., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2020, Deel III, Titel III *Bewijsrecht*. Verdere literatuur vindt men bij deze auteurs.

4 Zie justitie.belgium.be/nl/bwcc (geraadpleegd op 19 oktober 2020).

5 Artikel 870-1016bis Ger.W.

6 Over de achtergronden van de tweedeling meer in W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/11-12.

3 HET GEHELE BEWIJSRECHT, FORMEEL EN MATERIEEL BEHOORT TOT HET PROCESRECHT

Het proces is de smidse van het recht. Procesregels zijn niet alleen ‘spelregels’ voor het voeren van het proces. Zij betreffen ook de totstandkoming van het oordeel van de rechter op basis van de door hem toe te passen regels van materieel recht. Het rechtsoordeel van de rechter komt in het proces tot stand door de interactie van procesregels en regels van materieel recht. Procesbeslissingen beïnvloeden de oordeelsvorming. De rechtsbescherming die het materiële recht beoogt, moet in een eerlijk en goed georganiseerd proces worden gerealiseerd. Het feitelijk onderzoek geschiedt met het oog op de vaststelling van de feiten waarop de van de rechter gevraagde rechtstoepassing moet worden gebaseerd, en daartoe dient het bewijsrecht. In de rechterlijke beslissing van de zaak vloeien feitelijk oordeel en rechtsoordeel samen, worden feit en recht verbonden. Maar het bewijsrecht blijft bij uitstek procesrecht.

Reguleert het bewijsrecht de vaststelling van feiten die essentieel zijn voor de toepassing van het materiële recht dat aan de orde is; het materiële recht waarvan de realisering in het proces aan de orde is, beïnvloedt uiteraard de wijze waarop de vaststelling van de feiten plaatsvindt. Dat eist de rechtsbescherming die de verwezenlijking van het toepasselijke materiële recht in de zaak – aan de eiser én aan de verweerder – moet bieden. Het bewijsrecht houdt daarmee rekening. Maar het heeft ook de taak ervoor te waken dat de realisering van het materiële recht plaatsvindt in een eerlijk proces, in een behoorlijk proces. In de veelheid van soorten zaken en daarin aan de orde zijnde rechten, claims, belangen van de diverse partijen, moet het procesrecht en dus ook het bewijsrecht dat eerlijke en behoorlijke proces bevorderen, ja garanderen. Dat bewijzen en het bewijsrecht nauw verband houden met de materieelrechtelijke rechtsbescherming ontnemt het niet zijn karakter en specifieke functie in geschillen voor de rechter. En dat wordt niet anders in de gevallen dat het buiten het proces doorwerkt, want het vermogen daartoe ontleent het aan zijn functie in het conflict, het proces. Bewijsrecht blijft dus procesrecht ook al beïnvloedt het de materieelrechtelijke rechtsverhouding ook buiten rechte.

Aan het voorgaande doet niet af dat bepaalde bewijsregels mede behoren tot het materiële privaatrecht, denk bijvoorbeeld aan wettelijke vermoedens en bijzondere regels van bewijslastverdeling of regels ten aanzien van de (on)toelaatbaarheid van bewijsmiddelen die het oog hebben op versterking van de rechtsbescherming van een bepaalde norm van materieel recht. Zij komen regelmatig voor in wet en rechtspraak. Voor de toepassing van het *internationaal privaatrecht* is dit uiteraard van belang, denk aan artikel 10:13 van het Nederlandse BW dat voor wat betreft wettelijke vermoedens en de bewijslastverdeling het recht toepasselijk verklaart dat de rechtsverhouding of het rechtsfeit (in geschil) beheerst.

4 DE BEWIJSLASTVERDELING IN HET NIEUWE BELGISCHE BEWIJSRECHT

Artikel 150 van ons Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidt: ‘*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.*’ Deze ene zin van slechts 42 woorden bevat de algemene regel van bewijslastverdeling in civiele zaken inclusief de uitzonderingen daarop. De zin getuigt van een verbluffend vermogen tot precies formuleren en bovendien omarmt die ene zin een hele theorie van bewijslastverdeling die destijds in Nederland nog geenszins algemeen werd aanvaard. Daarbij wordt in de met ‘tenzij’ ingeleide laatste zinsnede ruimte geboden voor zowel generieke, uit de wetgeving en rechtspraak ontwikkelde, alsmede in het concrete geval op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid door de rechter toegelaten uitzonderingen op de hoofdregel. Het wordt bovendien duidelijk dat het toen nieuwe Burgerlijk Wetboek invloed heeft uitgeoefend door de eisen van redelijkheid en billijkheid als bron voor afwijken van de hoofdregel op te nemen, zie artikel 6:2 lid 2 en 6:248 BW. Maar ook een processueel onaanvaardbaar onevenwichtige situatie kan op grond van deze uitzondering leiden tot een andere verdeling van het bewijsrisico.⁷

Het belangrijkste element van de hoofdregel is dat de bewijslast – in de zin van het bewijsrisico – wordt gekoppeld aan het door die partij ingeroepen rechtsgevolg van de door haar gestelde feiten. Die partij moet die feiten bewijzen. Het is dus niet de processuele positie van een partij (eiser of gedaagde) die bepalend is voor de bewijslastverdeling, noch in de zin van de plicht bewijzen te leveren noch in het lopen van het *bewijsrisico*. Dit laatste is het procesrisico dat een partij loopt als zij, eisend als grondslag van haar vordering of verwerend als exceptief verweer, een rechtsgevolg inroept van feiten die zij stelt en er niet in slaagt die feiten te bewijzen met als gevolg dat de rechter zijn beslissing in de zaak niet kan baseren op het door die partij op grond van die feiten ingeroepen rechtsgevolg. De regel *actori incumbit probatio* (op de eiser rust het bewijs) geldt weliswaar getalsmatig als processuele werkelijkheid, als regel van bewijslastverdeling in de zin van bewijsrisicoverdeling geldt zij niet.

De in artikel 150 Rv neergelegde regel van bewijslastverdeling is weliswaar prachtig maar verre van eenvoudig. Hij eist van de partijen en de rechter een scherpe juridische analyse van de feiten en de (mogelijk) toepasselijke rechtsregels op grond waarvan die feiten moeten worden gekwalificeerd met het oog op de rechtsgevolgen die in een proces aan de orde (moeten) worden gesteld. De dynamiek van het proces kan meebrengen dat eigenlijk pas aan het einde van de rit (soms pas in cassatie) duidelijk wordt welke partij

⁷ Zoals verdedigd in *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/291.

het bewijsrisico voor welk feit draagt. Het koppelen van de bewijslast aan de procespositie (eiser of gedaagde) is eenvoudiger, maar ook dan komt men uiteindelijk terecht bij dezelfde problematiek, bijvoorbeeld door het verweer van de gedaagde zo te kwalificeren dat de gedaagde met dat verweer moet worden beschouwd als een eiser. Kortom, het door artikel 150 Rv centraal gestelde rechtsgevolg van gestelde feiten komt linksom of rechtsom altijd aan de orde.

De in artikel 150 Rv gevolgde Nederlandse ‘objectiefrechtelijke’ theorie van bewijslastverdeling⁸ brengt mee dat de bewijslastverdeling in een concreet geschil niet altijd per definitie van tevoren behoeft vast te staan. Zij kan ook pas duidelijk worden door de ontwikkeling van de rechtsstrijd en de uitleg, ontwikkeling en toepassing van de materiële rechtsregels door partijen en rechter in dat concrete geval. Stellen, bewijzen en juridisch argumenteren lopen in elkaar over, zodat het bewijsrisico niet enkel betrekking heeft op de vraag ‘waar of niet waar?’, maar ook op de inhoud en reikwijdte van de toepasselijke rechtsregels in verband met de daaronder verlangde kwalificatie door de rechter van de feiten. Dit is nu eenmaal het gevolg van de rechtsontwikkeling door de partijen in hun debat en door de rechter in zijn uitspraak, van de eerste aanleg tot en met de cassatie. Het Nederlandse artikel 150 Rv bevordert dat stelsel door de bewijslastverdeling – preciezer: de verdeling van het bewijsrisico – in het algemeen en ook in het concrete proces de resultante te laten zijn van de interactie tussen feit en rechtsgevolg, tussen feitelijke argumenten en de inhoud van de ingeroepen rechtsregels, breder gezien: tussen feit en recht. Het artikel impliceert dus heel veel en eist daarom ook heel veel van de partijen en de rechter op het terrein van de feiten en het inzicht in de toepasselijke rechtsregels.

Dit brengt mee dat de partijen bij hun keuze voor de feitelijke grondslag van hun vordering of verweer én bij de voorbereiding van het proces, bijvoorbeeld door het uitvoeren van voorlopige bewijsverrichtingen, veel moeten anticiperen op de rechtstoepassing en dus niet moeten blijven stilstaan bij ‘waar of niet waar’.⁹ Het vraagt om regelgeving die de partijen daarin faciliteert en zo nodig sturing in het voorstadium door een rechter, zoals voorzien in het hiervoor genoemde Wetsvoorstel modernisering en vereenvoudiging bewijsrecht.¹⁰

8 Deze theorie is overigens afkomstig uit het Duitsland van rond 1900, ontwikkeld door de Münchener hoogleraar Leo Rosenberg en is daar de heersende geworden. Zij is voor Nederland ontwikkeld door F.G. Scheltema in: F.G. Scheltema & H.J. Scheltema, *Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht. Deel 3* (Publiek- en privaatrecht nr. 17), Zwolle: Tjeenk Willink 1940.

9 Het in artikel 150 Rv neergelegde systeem komt heel sterk tot uitdrukking bij de bewijslastverdeling ten aanzien van een vordering tot een negatieve verklaring voor recht (in ons voorbeeld ingeval de arts van de rechter verlangt bij uitspraak naar recht te verklaren dat zijn handelen geen medische fout oplevert zodat hij niet op grond daarvan voor de schade aansprakelijk is jegens de patiënt. Zie daarover F.J.P. Lock, ‘De verdeling van stelplicht en bewijslast bij de (negatieve) verklaring voor recht’, *TvPP* 2019(3), p. 75-81.

10 Het is jammer dat de Tweede Kamer daarvoor geen oog blijkt te hebben in het hiervoor in noot 2 genoemde Verslag.

Het Belgische, in het nieuwe Burgerlijk Wetboek te vinden bewijsrecht kent voor de hoofdregels van bewijslastverdeling een bepaling als die van artikel 150 Rv niet.¹¹ De oude bepaling, artikel 1315 BW, was niet meer dan een vertaling van het oude artikel 1315 van de Franse Code civil (thans artikel 1353 Cc):¹²

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

Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht.’

De nieuwe bepaling, artikel 8.4 lid 1 en 2 BW, is wat de hoofdregels betreft weliswaar deels opnieuw geformuleerd maar inhoudelijk verschilt zij weinig van de oude. Artikel 8.4 van het nieuwe Belgische BW luidt:

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

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

Anders dan het Nederlandse artikel 150 Rv blijft in deze bepaling de procespositie van de partijen heersend. De bepaling geeft ondubbelzinnig in deze twee leden uitdrukking aan de aloude adagia voor bewijslastverdeling: *actori incumbit probatio* (op de eiser rust de bewijslevering, eiser bewijst) en *reus excipiendo fit actor* (de verweerder die een exceptie – een zelfstandig verweermiddel – aanvoert, wordt als de eiser). Dat heeft te maken met het in België in zowel civiele als strafprocedures gemaakte onderscheid tussen ‘subjectieve’ of ‘formele’ bewijslast (welke partij moet bewijzen) en ‘objectieve’ of ‘materiële’ bewijslast (welke partij draagt het *bewijsrisico* in het geval dat bewijs niet kan worden geleverd).¹³ In dat schema gaat artikel 150 Rv over de objectieve bewijslast¹⁴ en artikel 8.4 BW in deze twee leden (vroeger artikel 1315 BW) over de subjectieve bewijslast. Het is belangrijk dit

11 Op deze plek is het goed eraan te herinneren dat de al genoemde grote Belgische jurist Marcel Storme (1930-2018), groot ook in de Vereniging met de lange naam, in zijn dissertatie (M. Storme, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent: Story-Scientia 1962) zich, met nuanceren, een aanhanger toonde van de objectiefrechtelijke bewijsleer. Zie over oud en nieuw Belgisch bewijsrecht Laenens e.a. 2020, nr. 1196-1226; zie verder over het nieuwe artikel 8.4 Vanlerberghe 2019, hoofdstuk 5; dezelfde in Vanswevelt & Weyts 2020, p. 4-9.

12 Artikel 1353 Cc: Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

13 Zie Laenens e.a. 2020, nr. 1197.

14 En daarmee uiteraard ook over de bewijsleveringslast die uit het dragen van het bewijsrisico voortvloeit.

onderscheid voor ogen te houden bij de beoordeling van Belgisch recht. Er is door de Belgische wetgever ook niet beoogd wijziging in het systeem te brengen met de nieuwe formulering. Alleen heeft men de bepaling een algemeen karakter gegeven door de koppeling aan het verbintenissenrecht weg te nemen.¹⁵ Maar ook in België vallen subjectieve en objectieve bewijslast in de regel samen en dus moet men de eerste twee leden en het aanspingslid van artikel 8.4 BW tezamen worden gelezen.¹⁶ In Nederland heeft men naast artikel 150 Rv geen bepaling nodig geacht voor de subjectieve bewijslast.

Na een intermezzo in het derde lid waarin de partijen een medewerkingsplicht wordt opgelegd ten aanzien van de bewijsvoering,¹⁷ komt in het vierde lid, zo lijkt het, een bewijsmaatstaf (bewijswaarderingsmaatstaf) aan de orde:

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

Echter, volgens de memorie van toelichting wordt hier ‘de theorie van het bewijsrisico’ ingevoerd, waarover hierboven al wat is opgemerkt in verband met de objectieve bewijslast.¹⁸ Hierna komt het artikel in het vijfde lid terug bij de bewijslastverdeling:

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

Volgens de memorie van toelichting is deze bepaling geïnspireerd door onder meer de laatste zinsnede van artikel 150 Rv. Opgemerkt wordt:

‘Dit laatste lid voert een veiligheidsklep in in de toepassing van de regels inzake de bewijslast. Die berust niet op de concepten “redelijkheid en billijkheid” van het Nederlandse recht, die in ons recht niet bekend zijn. Het mechanisme is evenwel soortgelijk. De idee dat de regels inzake de bewijslast niet mogen leiden tot zeer onbillijke gevolgen, wordt aanvaard in de rechtsleer en men vindt er

15 Memorie van toelichting op artikel 8.4 BW.

16 Aldus Laenens e.a. 2020, nr. 1204.

17 Artikel 8.4 lid 3 BW: ‘Alle partijen zijn gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering.’

18 Aldus, met verdere verwijzingen, Laenens e.a. 2020, nr. 1204; B. Vanlerberghe, ‘De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht’, in: Vansweevelt & Weyts 2020, p. 7.

ook toepassingen van, soms een beetje verborgen achter andere mechanismen, in de rechtspraak.’

Ik lees hierin dat niet alleen de subjectieve bewijslast maar ook de objectieve (het bewijsrisico) kan worden omgekeerd, want artikel 150 Rv betreft het bewijsrisico. Uit het vierde lid moet mijns inziens daarom worden afgeleid dat de rechter in geval van omkering de in dat artikellid gegeven verplichting heeft de met bewijs belaste partij die niet slaagt in dat bewijs in het ongelijk te stellen.¹⁹

De conclusie kan zijn dat de Belgische wetgever het bewijsrecht bepaald heeft verrijkt en dat is een gelukwens waard. Het onderscheid tussen bewijsleveringslast en bewijslast in de zin van het dragen van het bewijsrisico is in de wettekst niet altijd even duidelijk voor een buitenstaander. Die duidelijkheid kunnen rechtspraak en literatuur verschaffen.

5 VRIJ BEWIJS TEGENOVER GERELEMENTEERD BEWIJS

Nederland kent in civiele zaken het vrije bewijsstelsel, dat wil zeggen dat het bewijs in civiele procedures in principe (dat wil zeggen behoudens in de wet genoemde uitzonderingen – dat zijn er niet veel²⁰) door alle middelen kan worden geleverd (artikel 152 lid 1 Rv). Bewijs is dus niet beperkt tot limitatief in de wet opgesomde bewijsmiddelen, zoals wel voor het strafprocesrecht gebeurt in artikel 339 lid 1 Sv.

Niet overal kent men zo’n vrij stelsel als bij ons. Duitsland²¹ kent als regel het ‘Strengbeweis’, de bewijslevering door in de wet genoemde bewijsmiddelen. Wel kent het Duitse recht voor bepaalde gevallen²² ‘Freibeweis’. In Frankrijk is sinds 2016 in artikel 1358 Cc²³ het principe van de vrijheid van bewijsmiddelen uitgedrukt, met het voorbehoud, net als bij ons in artikel 152 lid 1 Rv, dat de wet anders bepaalt. De belangrijkste generieke uitzondering is te vinden in artikel 1359 Cc en houdt in dat ten aanzien van niet-commerciële rechtshandelingen die een waarde van meer dan € 1500,- vertegenwoordigen, bewijs alleen door een onderhandse of authentieke akte kan worden geleverd.

Het nieuwe Belgische bewijsrecht volgt nu uitdrukkelijk dit Franse voorbeeld.²⁴ Artikel 8.8 BW bepaalt namelijk dat behalve in de gevallen waarin de wet anders bepaalt, het

19 Uit de mij ter beschikking staande literatuur, die over dit punt zwijgt, blijkt niet het tegendeel.

20 Voorbeelden heb ik genoemd in *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/54.

21 Zie §284 ZPO; A. Baumbach e.a., *Zivilprozessordnung*, München: Beck 2019, Einführung §284, nr. 7 en 9; H.J. Ahrens, *Der Beweis im Zivilprozess*, Köln: Otto Schmidt 2015, Kapitel 3, nr. 15 e.v.

22 Met name gevallen waarin de rechter ambtshalve onderzoek naar de feiten instelt, zoals het onderzoek naar de ontvankelijkheid van de vordering (‘Zulässigkeitsprüfung’) en het onderzoek naar buitenlands recht.

23 ‘Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen.’

24 Memorie van toelichting bij artikel 8.8 BW; artikel 8.8 van het nieuwe Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek neemt de regel over uit artikel 1358 van het Franse Burgerlijk Wetboek.

bewijs met alle bewijsmiddelen kan worden geleverd.²⁵ Dit is belangrijk want in alle zaken waarin *niet* het zo dadelijk te behandelen ‘gereguleerd bewijsstelsel’ geldt, is het vrije bewijsstelsel van toepassing. Dat is met name het geval in alle aansprakelijkheidszaken (aansprakelijkheid bijvoorbeeld voor schade als gevolg van een onrechtmatige daad of van wanprestatie). In het Belgische systeem is het verschil tussen het vrije en gereguleerde bewijs essentieel en lijkt de hoofdregel van het vrije bewijs principiëler dan hij in werkelijkheid is. De grens tussen vrij en gereguleerd bewijs is daar belangrijk. In Nederland bestaat die niet en wij hoeven in ons bewijsrecht dus gelukkig geen rekening te houden met grensconflicten.

Dat ‘gereguleerd bewijsstelsel’ is geregeld in artikel 8.9 §1 BW. Het bewijs met betrekking tot rechtshandelingen met een waarde van € 3.500 of meer moet door de partijen worden bewezen door een ondertekend geschrift en het tegenbewijs tegen dat geschrift moet eveneens door een ondertekend geschrift worden bewezen. Bij een dergelijke koppeling van de toegestane bewijsmiddelen aan een waarde-eenheid moeten uiteraard voorschriften worden gegeven ten aanzien van de modaliteiten van die waarde-eenheid. Zo kan de waarde worden aangepast bij Koninklijk Besluit. Vervolgens worden uitzonderingen op uitzonderingen gestapeld. Artikel 8.10 BW bepaalt dat de *eenzijdige* rechtshandeling – denk aan een schuldbekentenis, een schenking, een opzegging van de huur of van een arbeidsovereenkomst²⁶ – met alle middelen kan worden bewezen.

Een belangrijker uitzondering wordt gegeven in artikel 8.11 BW. Volgens §1, eerste lid, geldt het vrije bewijsstelsel voor het bewijs *tussen* en tegen *ondernemingen*: bewijs kan worden geleverd door alle middelen. Dat is de hoofdregel. Maar volgens het tweede lid geldt dat weer niet als een onderneming bewijs wil leveren tegen een partij die geen onderneming is (dan geldt dus weer het gereguleerde bewijs van artikel 8.9 BW). Echter, andersom geldt het vrije bewijsstelsel weer wel als een partij die geen onderneming is, bewijs wil leveren tegen een onderneming.

Opvallend is nog de regel in het derde lid. Het vrije bewijsstelsel tussen en tegen ondernemingen is niet van toepassing ten aanzien van een natuurlijke persoon die een onderneming uitoefent ter zake van het bewijs van een rechtshandeling die kennelijk vreemd is aan de onderneming van die natuurlijke persoon. Het is in het stelsel een logische regel, maar zoals met alle uitzonderingen: zij lokt bewijsgeschillen uit over bijvoorbeeld de hamvraag of de rechtshandeling kennelijk vreemd is aan de onderneming. En welk bewijsregime geldt voor dat geschil? Het gereguleerd bewijs of het vrije bewijs?

25 Deze bepaling spreekt van ‘alle bewijsmiddelen’ (Franse tekst: ‘tous modes de preuve’). De Franse Code civil spreekt van ‘tout moyen’ en de Nederlandse van ‘alle middelen’. Er is echter kennelijk geen verschil van betekenis beoogd, zie hierboven noot 15.

26 De schuldbekentenis is genoemd in het laatste lid van artikel 8.10 BW.

Het zijn deze vragen die in Nederlandse ogen het bewijsstelsel met zijn onderscheid tussen vrij en gereguleerd bewijs onnodig complicerend maken. Als je eraan gewend bent, zal dat waarschijnlijk niet zo'n probleem zijn, maar als men het onderscheid zou schrappen en overal vrij bewijs zou toelaten met correctieven in de vorm van bijzondere bewijsbepalingen in het materiële burgerlijk recht waar dat nodig is om de rechtsbescherming die dat recht daar beoogt te bieden te bevorderen, zouden naar mijn mening procesuele grensconflicten in de toch al conflictueuze situatie van een civiel proces kunnen worden vermeden. Het is jammer dat die kans niet is aangegrepen.

6 TEN SLOTTE

Onze Belgische vrienden en collega's hebben een nieuw bewijsrecht gekregen. Hierboven zijn slechts enkele aspecten besproken en daarmee is aan deze grote en belangrijke onderneming bepaald geen recht gedaan. Het resultaat inspireert ons tot verder nadenken over het civiele bewijsrecht. Het biedt vast mooie onderwerpen voor rechtsvergelijkende debatten in de Vereniging met de lange naam.