



NOTA

15 februari 2018

Hervorming Burgerlijk Wetboek

Onderhavige nota heeft betrekking op het Voorontwerp van wet houdende invoeging van Boek II “Goederenrecht” in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna *Voorontwerp goederenrecht*), het Voorontwerp van wet houdende invoeging van Boek VI “De verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna *Voorontwerp verbintenissen*) en het Voorontwerp van wet houdende invoeging van Boek VIII “Het bewijsrecht” in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna *Voorontwerp bewijsrecht*).

1. Algemene opmerkingen

De OVB is van mening dat de Nederlandse versie van de drie Voorontwerpen taalkundig gereviseerd dient te worden. Dat zal de leesbaarheid en de kwaliteit van de tekst ten goede komen.

Wat het Voorontwerp goederenrecht en het Voorontwerp verbintenissen betreft, nam de OVB kennis van het feit dat mr. William Timmermans en mr. Matthias E. Storme in het kader van de publieke consultatie reeds zeer pertinente opmerkingen hebben overgemaakt. De OVB sluit zich in principe aan bij de eerder door mr. William Timmermans en mr. Matthias E. Storme ingediende opmerkingen, en wenst hen uitdrukkelijk te danken voor hun waardevolle inbreng. In onderhavige nota zal de OVB nogmaals de nadruk leggen op enkele aandachtspunten aangaande het goederen- en het verbintenissenrecht, zoals die ook reeds door mr. William Timmermans en mr. Matthias E. Storme onder de aandacht werden gebracht.

Nog wat het Voorontwerp goederenrecht en het Voorontwerp verbintenissen betreft, dient men inhoudelijk aandacht te hebben voor twee punten. Enerzijds dient de wetgever de articulatie tussen het goederen- en het verbintenissenrecht voor ogen te houden. Zo dienen inzonderheid de regels inzake eigendomsoverdracht in het goederenrecht te worden geregeld, en niet in het verbintenissenrecht. Anderzijds moet in het belang van de rechtszekerheid vermeden worden dat de verkrijgende verjaring al te zeer wordt ingeperkt, zoals door de afschaffing van de verkrijgende verjaring door een bezitter te kwader trouw van roerende goederen. Hier zou een termijn van bijvoorbeeld 30 jaar moeten worden voorzien, evenals voor de verkrijgende verjaring door een bezitter te kwader trouw van een onroerend goed. Het onderscheid in termijnen maakt mogelijkwijze inbreuk op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Het Voorontwerp bewijsrecht wordt door de OVB positief onthaald. De OVB is voorstander van de versoepeling van het bewijs. De OVB kan zich vinden in de verhoging van het plafond van 375 EUR naar 5.000 EUR, de uitbreiding van het vrije bewijs naar alle ondernemingen en de veralgemening van het vrije bewijs voor alle eenzijdige handelingen.

De OVB merkt op dat de bepalingen met betrekking tot de advocatenakte opnieuw worden opgenomen in het Burgerlijk Wetboek aangezien zij betrekking hebben op de bewijswaarde van die akte. De OVB maakt graag van deze gelegenheid gebruik om een aanvulling daarop voor stellen en formuleert daartoe een eigen tekstvoorstel (*infra*, artikelsgewijze bespreking van artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht).

Zoals de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp bewijsrecht terecht aanhaalt, brengt het ontwerp slechts op één punt een breuk teweeg in vergelijking met het huidige recht, met name door de invoering van een bevoegdheid voor de rechter om in bepaalde uitzonderlijke gevallen de bewijslast vrij te verdelen. De OVB staat bijzonder terughoudend ten aanzien van deze vernieuwing. Volgens de OVB biedt de voorgestelde bepaling onvoldoende waarborgen en is deze bepaling mogelijkerwijze zelfs problematisch in het licht van artikel 6 E.V.R.M. De OVB dringt erop aan dat de kwetsieuzere bepaling geschrapt of minstens herdacht zou worden (*infra*, artikelsgewijze bespreking van artikel 2 van het Voorontwerp bewijsrecht).

2. Artikelsgewijze opmerkingen bij het Voorontwerp goederenrecht

- Artikel 67 van het Voorontwerp goederenrecht

De OVB stelt voor de bepaling in deze formulering te schrappen. Immers, het is vaste adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State dat regelgevende bepalingen niet mogen hernomen worden en zeker niet in een instrument van een lagere orde (Raad van State, Beginselen van de wetgevingstechniek, 2008, p. 63, nr. 80). Dergelijke herhaling heeft geen meerwaarde, geeft de indruk dat de wetgever ervan kan afwijken en wordt niet aangepast aan de evoluties van rechtspraak betreffende de grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen waarnaar verwezen wordt. Het tweede lid is bovendien weinig nauwkeurig omdat het de indruk geeft dat bijzondere wetten wél afbreuk kunnen doen aan het Eerste Protocol bij het E.V.R.M. en aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, hetgeen niet het geval is.

- Artikel 192 van het Voorontwerp goederenrecht

De OVB stelt voor de ontworpen bepaling als volgt te vervangen: “*Het recht van opstal is het zakelijk gebruiksrecht om bouwwerken of beplantingen te hebben voor het geheel of een deel, op, boven of onder andermans grond. Het kan gevestigd worden op gebouwde of ongebouwde volumes*”.

Het Voorontwerp goederenrecht gaat uit van een beperkende visie op het opstalrecht. Met de hier voorgestelde aanpassing wordt opnieuw aansluiting gezocht bij de huidige formulering van de Opstalwet (“het zakelijk recht om gebouwen, werken of beplantingen te hebben...”). In die formulering is het immers niet vereist dat de opstalgever zelf bouwwerken of beplantingen opricht of aanbrengt. Het volstaat dat de opstalhouder er eigenaar van wordt.

Die toevoeging kan vooreerst gemotiveerd worden vanuit de redenering dat een opstalrecht kan worden overgedragen, ook na de oprichting van de bouwwerken of beplantingen. Alsdan strekt het opstalrecht niet (noodzakelijk) meer tot het oprichten van bijkomende bouwwerken of beplantingen, maar kan het zijn dat het enkel nog strekt tot het in eigendom hebben van die bouwwerken of beplantingen door de opstalhouder.

Ten tweede wordt het opstalrecht thans in de praktijk ook aangewend om een (tijdelijke) horizontale eigendomssplitsing tot stand te brengen, zonder de intentie om er bouwwerken of beplantingen op te richten. Vanuit een functionele benadering van het goederenrecht (zoals beoogd door het Voorontwerp goederenrecht) valt niet in te zien waarom men het opstalrecht zou omschrijven op een zodanige manier dat één van de huidige functies (of mogelijkheden ervan) wegvalt.



Ten derde is het opstalrecht in de praktijk soms ook een acquisitiestructuur, waarbij één partij de opstallen aankoopt en de andere partij de grondeigendom, zonder dat partijen de intentie hebben (bijkomende) bouwwerken of beplantingen aan te brengen. Die mogelijkheid zou wegvallen in de hier gehanteerde visie. Vanuit een functionele benadering lijkt het onwenselijk de functies van het opstalrecht te beperken.

Er lijkt ten slotte geen maatschappelijke of economische noodzaak voorhanden te zijn om dergelijke beperking in te voeren, zodat de wetgever beter een ruime definitie geeft.

- Artikel 202 van het Voorontwerp goederenrecht

De OVB stelt voor de ontworpen bepaling als volgt te vervangen:

“Op verzoek van elke belanghebbende, kan de rechter het tenietgaan van een opstalrecht van onbepaalde duur bedoeld in artikel 195, tweede lid, 1° uitspreken of vaststellen indien de betrokken goederen kennelijk niet door allen worden gebruikt en kennelijk niet of niet meer de openbare bestemming hebben waarvoor het opstalrecht werd gevestigd.

Indien de voorwaarden voor een opstalrecht van onbepaalde duur bedoeld in artikel 195, tweede lid, 2° niet langer vervuld zijn, kan de rechter, op verzoek van elke belanghebbende, het tenietgaan van dat opstalrecht uitspreken of vaststellen of de omzetting ervan bevelen in een opstalrecht van bepaalde duur of in een ander zakelijk recht dat beter aansluit bij de situatie, rekening houdend met de belangen van alle betrokken partijen.”

De bepaling van het Voorontwerp goederenrecht lijkt weinig werkbaar. De mogelijkheid van een rechterlijke tussenkomst moet de tegenhanger zijn van een zakelijk gebruiksrecht van onbepaalde duur. Het is niet duidelijk waarom er toch 99 jaar moet gewacht worden met dergelijke opheffing indien de grondvoorwaarden voor dergelijk opstalrecht van onbepaalde duur al veel eerder zijn weggevallen. Die lange termijn is bovendien moeilijk verzoenbaar met de strekking van andere bepalingen van het Voorontwerp goederenrecht, zoals de verkorting van de termijn voor de verkrijgende verjaring van onroerende goederen van 30 tot 20 jaar (zie artikel 27 van het Voorontwerp goederenrecht). Ook lijkt de vereiste dat zelfs het potentieel nut moet verloren gaan te streng.

3. Artikelsgewijze opmerkingen bij het Voorontwerp verbintenissen

- Algemene opmerking t.a.v. het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt voor om doorheen de tekst van het Voorontwerp verbintenissen (vb. artikel 41, 86 etc.) het begrip “slachtoffer” te vervangen door “benadeelde”.

Het begrip slachtoffer vindt klassiek haar oorsprong in het aansprakelijkheids- en strafrecht waar personen psychisch en fysieke schade leiden, en het lijkt om die reden niet kies om deze term in het verbintenissenrecht toe te passen.

- Artikel 5 van het Voorontwerp verbintenissen

Artikel 5 van het Voorontwerp verbintenissen inzake de mededelingsplichtige éenzijdige rechtshandeling bepaalt momenteel: de mededelingsplichtige eenzijdige rechtshandeling heeft de bestemming bereikt en krijgt uitwerking wanneer deze ervan kennisneemt of daarvan redelijkerwijze kennis van had kunnen nemen.



De OVB stelt dat het onvoldoende helder is wanneer de kennisgeving (tijdig) gebeurde: geldt de datum van de verzending of de datum van ontvangst? Dit moet verduidelijkt worden. Bijkomend vermeldt artikel 5 van het Voorontwerp verbintenissen niet wat de gevolgen (zullen) zijn van deze kennisgeving: een aanpassing door hier een duidelijke termijn om te antwoorden op te nemen is nodig.

- Artikel 7^{quater} van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt volgend nieuw artikel 7^{quater} voor: *“Eenieder staat voor de nakoming van zijn verbintenissen in met zijn gehele vermogen, overeenkomstig Boek II”*.

Dit is een leerrijk en bondig beginsel dat thans vervat is in artikel 7 Hypotheekwet. Het is blijkbaar gesneuveld in het Voorontwerp goederenrecht. Voorgesteld wordt om het daarin wél op te nemen, ofwel om het hier in de inleidende bepalingen van Boek VI op te nemen en zo het verband te leggen tussen de verbintenissen en het vermogen.

- Artikel 23 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt volgende wijziging voor: *“Het aanbod is een voorstel tot contracteren dat alle bestanddelen omvat van het beoogde contract en de vaste wil van de aanbieder impliceert om door het contract gebonden te zijn ingeval van aanvaarding door de bestemming.”*

In de huidige versie van artikel 23 van het Voorontwerp verbintenissen wordt gesproken van *“alle essentiële en substantiële”* bestanddelen van het beoogde contract. De door de OVB voorgestelde wijziging is gestoeld op een dubbele afweging:

- Enerzijds wordt nergens in het voorontwerp gedefinieerd wat specifiek als essentiële en substantiële bestanddelen van een beoogd contract beschouwd moeten worden, noch wordt verduidelijkt wat het onderscheid tussen essentieel en substantieel desgevallend moet zijn.
- Anderzijds is de OVB van mening dat de toevoeging van deze begrippen een te verregaande verstrenging inhoudt ten aanzien van de huidige bepalingen, en hieraan gekoppeld een te verregaande beperking van de flexibiliteit tussen de partijen inzake het aanbod, betekent. In de eerste plaats moet het aan de partijen zelf zijn om te bepalen welke - voor hen - essentiële elementen in het aanbod moeten komen.

- Artikel 82, § 2 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt een nieuwe § 2 van artikel 82 van het Voorontwerp verbintenissen voor: *“§ 2. Tenzij een bijzondere wet of een overeenkomst anders bepaalt, gaat eigendom van onroerende goederen over bij ondertekening van de authentieke akte waarbij de overeenkomst betreffende die overgang wordt geacteerd”*.

Volgens de Memorie van Toelichting bij artikel 82 van het Voorontwerp verbintenissen wordt het principe van consensualisme best behouden en staat de oorspronkelijke formulering (eigendom gaat over bij wilsovereenstemming) “nieuwe ontwikkelingen” niet in de weg. Die motivering is echter niet pertinent: in die redenering moet het Burgerlijk Wetboek niet aangepast worden, want het bestaande Burgerlijk Wetboek heeft heel wat ontwikkelingen in rechtspraak en rechtsleer niet in de weg gestaan... Een modern wetboek sluit het best aan bij de praktijk. In de overgrote meerderheid van de onderhandse verkoopovereenkomsten van onroerend goed wordt de eigendomsoverdracht uitgesteld tot het moment van het verlijden van de authentieke akte. Dat is het *quod plerumque fit* van de notariële praktijk.



Er zijn gevallen gekend waarin die afwijkingsclausule ongelukkigerwijze niet wordt opgenomen, en waarbij de koper de verkoper te slim af is (bijvoorbeeld door de huurinkomsten op te eisen vanaf de onderhandse verkoopovereenkomst, wat de verkoper niet wenste). Het komt de OVB voor dat dit dan ook de gelegenheid is om het principe in de wet om te keren. Partijen kunnen hier steeds van afwijken en onderling een eerdere (of latere) overgangsdatum overeenkomen. Die overgangsdatum is uiteraard niet van toepassing in het geval van een vonnis of arrest dat als titel geldt. In dat geval zal de rechter de overgangsdatum vaststellen.

Een alternatief kan erin bestaan om de hier voorgestelde aanvulling van artikel 82 van het Voorontwerp verbintenissen op te nemen in het Voorontwerp goederenrecht.

- Artikel 84 van het Voorontwerp verbintenissen

De Nederlandstalige en Franstalige teksten van dit artikel sluiten niet bij elkaar aan en zorgen voor verwarring. In de Franstalige versie van het Voorontwerp wordt gesproken van "*Obligation de délivrance*" waar de Nederlandstalige spreekt van "*Leveringsverbintenis*".

Er bestaat echter een onderscheid tussen de levering (*livraison*) en de afgifte (*délivrance*). Een levering is gebaseerd op een akkoord tussen de partijen dat de eigendom van een goed overgaat en kan consensueel gebeuren, daar waar de afgifte steeds materieel dient te gebeuren.

De OVB stelt dat de ontworpen bepaling in die zin verduidelijkt moet worden.

- Artikel 92 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt de volgende wijziging voor aan de ontworpen bepaling: "*Tenzij de wet anders bepaalt, kunnen partijen een beding overeenkomen waarbij de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar wordt [uitgesloten of] beperkt of waarbij de voorwaarden van de vorderingen op grond van die aansprakelijkheid worden bepaald*".

Zoals de Memorie van Toelichting stelt, zijn er diverse wettelijke bepalingen die bevrijdingsbedingen verbieden. Gelet op het belang van die uitzonderingen, worden die best uitdrukkelijk weergegeven in de tekst.

De term "volledig" in het eerste lid is bij nader inzien eerder ongelukkig. Is een beding waarbij een contractspartij "volledig" bevrijd is van al haar aansprakelijkheid, geen beding dat het contract uitholt? Het lijkt verkieslijk de bewoordingen "volledig of gedeeltelijk" weg te laten.

Gelet op het pedagogische opzet van het Voorontwerp verbintenissen, lijkt het aangewezen uitdrukkelijk te verduidelijken dat partijen ook afspraken kunnen maken over de modaliteiten van aansprakelijkheidsvorderingen, wat een zeer courante praktijk is.

- Artikel 106 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt volgende aanpassing aan de ontworpen bepaling voor: "*Het contract doet enkel ten laste van partijen verbintenissen ontstaan. Derden kunnen slechts de nakoming van een contractuele verbintenis vorderen indien de wet zulks bepaalt en in het geval voorzien bij artikel 110*".

Deze verduidelijking is nodig omdat een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de relativiteit van een overeenkomst en de relativiteit van de (uit een overeenkomst voortvloeiende) verbintenissen.



- Artikel 139 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt volgende aanpassing aan de ontworpen bepaling voor:

“Een verrijking is gerechtvaardigd wanneer deze is gebaseerd op de wil van de verarmde, voor zover deze een definitieve vermogensverschuiving ten voordeel van de verrijkte tot stand heeft willen brengen.

De verrijking wordt ook door een rechtsgrond gerechtvaardigd wanneer de verarmde een andere voor hem openstaande rechtsvordering niet gebruikt of niet meer kan gebruiken omdat deze op een rechtsbeletsel, zoals verjaring of verval, stuit.”

Deze herformulering is nodig met het oog op verhoogde kenbaarheid en eenvoud van het subsidiariteitsbeginsel, maar tevens om het in overeenstemming te brengen met recente rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N).

- Artikel 312 van het Voorontwerp verbintenissen

De OVB stelt volgende aanpassing aan de ontworpen bepaling voor:

“Eenieder is verplicht om redelijke maatregelen te nemen om de schade die hij lijdt of dreigt te lijden en waarvan hij het herstel beoogt, te beperken of te voorkomen.

De schuldeiser kan de redelijke kosten die hij hieraan heeft besteed, verhalen op de schuldenaar.

Laat de schuldeiser na die maatregelen te nemen, dan is de schade die hieruit voortvloeit voor zijn rekening”.

De voorgestelde tekst van het eerste lid dekt niet de situatie van de buitencontractuele aansprakelijkheid, in tegenstelling tot de strekking van de Memorie van Toelichting en de bedoeling van de stellers van het Voorontwerp verbintenissen. Bij buitencontractuele aansprakelijkheid gaat het immers niet om schadelijke gevolgen van een “niet-nakoming” van een verbintenis. Een buitencontractuele verbintenis vindt haar oorsprong in een schadeverwekkend feit los van enige niet-nakoming van een verbintenis.

Ook wordt voorgesteld om in het eerste lid niet het woord “schuldeiser” te gebruiken, aangezien die hoedanigheid niet aan het ontstaan van het schadegeval voorafgaat. De tekst van het eerste lid werd daarnaast licht aangepast om ook maatregelen in geval van dreiging van schade te incorporeren, in overeenstemming met de Memorie van Toelichting.

4. Artikelsgewijze opmerkingen bij het Voorontwerp bewijsrecht

- Artikel 1 van het Voorontwerp bewijsrecht

De OVB stelt voor om de definitie van een “handtekening” in artikel 1, 2° van het Voorontwerp bewijsrecht te herformuleren als volgt: *“handtekening: een teken of een opeenvolging van tekens waarmee een persoon zich identificeert en zijn wil tot uiting brengt”.*

In artikel 1, 3° van het Voorontwerp bewijsrecht wordt de “handgeschreven handtekening” gedefinieerd, doch het komt de OVB voor dat deze bewoordingen voor het overige nergens in het Voorontwerp bewijsrecht worden gebruikt.

- Artikel 2 van het Voorontwerp bewijsrecht

De laatste zin van artikel 2, vierde lid van het Voorontwerp bewijsrecht is volgens de OVB onzorgvuldig geformuleerd. De OVB acht een herformulering noodzakelijk, bijvoorbeeld als volgt: *“Het volstaat evenwel dat hij de waarschijnlijkheid van dat feit aantoot”.*



De OVB heeft daarnaast ernstige bedenkingen bij het laatste lid van artikel 2 van het Voorontwerp bewijsrecht, zijnde: “*De rechter kan vrij bepalen wie de bewijslast draagt wanneer de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels een kennelijk onredelijk resultaat oplevert*”.

De OVB is van mening dat de voorgestelde bepaling te weinig waarborgen biedt. Zodra de rechter het resultaat “kennelijk onredelijk” acht, is de rechter volledig vrij te bepalen wie de bewijslast draagt. Hij lijkt daarbij door niets gebonden. Alleszins wordt de indruk gewekt dat de rechter klaarblijkelijk willekeurig de bewijslast mag verdelen. Aan de partijen en hun raadslieden wordt geen enkele houvast geboden omtrent de door de rechter te hanteren maatstaven. De OVB is dan ook bevreesd dat deze bepaling aanleiding zal geven tot een ongebreidelde toepassing van de herverdeling van de bewijslast. De verdeling van de bewijslast zal daardoor onvoorspelbaar zijn.

De toetssteen voor de vrije verdeling van de bewijslast, met name “een kennelijk onredelijk resultaat”, is daarenboven vaag geformuleerd en zal ongetwijfeld aanleiding geven tot uiteenlopende interpretaties. De argumentatie uit de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp bewijsrecht, waarin wordt voorgehouden dat de termen “kennelijk onredelijk” wijzen op een marginale beoordelingsbevoegdheid van de rechter en hem aanzetten tot voorzichtigheid bij de toepassing van deze regel, overtuigt niet. Integendeel, nergens wordt aangegeven dat deze bepaling uitsluitend als *ultimum remedium* mag worden aangewend.

De gehanteerde toetssteen (“kennelijk onredelijk resultaat”) alsook het gebrek aan criteria voor de bewijslastverdeling (“de rechter kan vrij bepalen wie de bewijslast draagt”) komt de rechtszekerheid allerminst ten goede. Voor de advocaat wordt het nagenoeg onmogelijk zijn cliënt correct te informeren omtrent de bewijslast, gezien de hoge mate van onvoorspelbaarheid.

De OVB is temeer bezorgd aangezien de toetssteen van “kennelijke onredelijkheid” moet toegepast worden op het *resultaat*. De voorgestelde bepaling leidt er namelijk toe dat de rechter zich zal beraden of de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels een kennelijk onredelijk *resultaat* oplevert. De OVB waarschuwt ervoor dat deze bepaling het risico inhoudt dat de rechter alsdan reeds redeneert in functie van de uitkomst van de zaak.

Men kan zich dan ook afvragen of de voorgestelde bepaling problematisch is in het licht van artikel 6 E.V.R.M. Indien de rechter oordeelde dat “de toepassing van de in de vorige leden opgelegde regels een kennelijk onredelijk resultaat oplevert”, is de OVB bezorgd over de vraag of deze rechter nog beschikt over de door artikel 6 E.V.R.M. vereiste onpartijdigheid. Door aan te geven dat hij het voorheen bereikte resultaat “kennelijk onredelijk” achtte, geeft de rechter eigenlijk reeds aan wat hij in zijn navolgende uitspraak zal beslissen (of alleszins wat hij niet zal beslissen).

De OVB verzoekt met aandrang om het laatste lid van artikel 2 van het Voorontwerp bewijsrecht te schrappen, of minstens grondig te herzien.

- Artikel 3 van het Voorontwerp bewijsrecht

De OVB doet de tekstuele suggestie om het woord “zekere” twee keer te vervangen door het woord “bepaalde”, als volgt: “*Het wettelijk vermoeden dat een wet met ~~zekere~~ **bepaalde** handelingen of met ~~zekere~~ **bepaalde** feiten verbindt, wijzigt het voorwerp van het bewijs of stelt, in voorkomend geval, degene ten voordele van wie het bestaat, ervan vrij het bewijs ervan te leveren*”.

- Artikel 7 van het Voorontwerp bewijsrecht

Artikel 7, §1, laatste zin stelt: “*De in het eerste lid opgelegde regel is evenmin van toepassing tegen natuurlijke personen die een onderneming uitoefenen, ter zake van het bewijs van rechtshandelingen die kennelijk vreemd zijn aan de onderneming*” (eigen onderlijning).



De OVB vraagt zich af wat de waarde is van de toevoeging van de term “kennelijk” in dit verband. De OVB merkt op dat er in de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp bewijsrecht geen gewag wordt gemaakt van de term “kennelijk”. De OVB vraagt dat de toevoeging van het woord “kennelijk” nader verduidelijkt zou worden dan wel dat het woord “kennelijk” geschrapt zou worden in het voorgestelde artikel 7, §1, laatste zin.

- Artikel 12 van het Voorontwerp bewijsrecht

De OVB wenst verdere toelichting te verkrijgen bij de term “authentieke bron”.

- Artikel 13 van het Voorontwerp bewijsrecht

De OVB suggereert om de bewoordingen “onbekwaamheid van de ambtenaar” te vervangen door “gebrek aan hoedanigheid van de ambtenaar”.

- Artikel 18 van het Voorontwerp bewijsrecht

De OVB stelt voor om het woord “ondertekenaar” te vervangen door “persoon die zich verbindt”.

- Artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht

In het eerste lid werd het woord “volledig” geschrapt, dat wel is opgenomen in de wet van 29 april 2013 betreffende de door de advocaten van de partijen medeondertekende onderhandse akte. In artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht staat namelijk dat de onderhandse akte die overeenkomstig de bepalingen van deze onderafdeling door de advocaten wordt medeondertekend “een bewijs” (in plaats van “een volledig bewijs”) oplevert van het geschrift en van de handtekening van de bij de akte betrokken partijen, zowel onderling als tegenover hun erfgenamen of rechtverkrijgenden. De OVB vraagt om het woord “volledig” terug in te voegen.

De OVB formuleert het voorstel om artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht aan te vullen als volgt:

“Wanneer partijen zulks uitdrukkelijk in de overeenkomst voorzien, kan deze ter homologatie neergelegd worden op de rechtbank van eerste aanleg die zij aanwijst, wanneer zij een verplichting in de zin van artikel 1326 Burgerlijk Wetboek inhoudt of een dading overeenkomstig artikel 2044 Burgerlijk Wetboek.

Het verzoek tot homologatie dient ter griffie neergelegd te worden binnen de zes maanden vanaf datum van ondertekening van de overeenkomst, of binnen een door partijen in de overeenkomst aangeduide periode waarbij deze niet langer mag zijn dan vijf jaar.

Dit gebeurt overeenkomstig de artikelen 1025 en 1034 Gerechtelijk Wetboek. Het verzoek kan echter ondertekend worden door de partijen zelf, indien het uitgaat van alle bij de overeenkomst betrokken partijen.

Na controle van de wettelijke toepassingsvoorwaarden, kan de rechter de homologatie van de overeenkomst alleen weigeren indien deze strijdig is met de openbare orde. Hij kan de homologatie schorsen in geval van een betichting van valsheid door een van de partijen.

De homologatiebeschikking heeft de gevolgen van een vonnis in de zin van artikel 1043 Gerechtelijk Wetboek”.

De noodzaak tot uitbreiding van artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht vloeit voort uit een meer en meer ingang vinden van alternatieve geschillenbeslechting en/of minnelijke geschillenvoorkoming. Net zoals de mogelijkheid tot homologatie van een bemiddelingsakkoord in het kader van vrijwillige bemiddeling nu reeds bestaat in artikel 1733 Ger.W., dringt een zekere en eenvoudige procedure zich op om een uitvoerbaar karakter te geven aan door advocaten medeondertekende overeenkomsten gesloten in het kader van artikel 20 van het Voorontwerp bewijsrecht.



Het komt steeds meer voor dat partijen, zonder de tussenkomst van een bemiddelaar, met hun raadslieden in het kader van een geschil of in het kader van het bepalen van hun rechtspositie tot een akkoord komen, en een onderhandse overeenkomst afsluiten en/of dading die medeondertekend werd door hun advocaten. Het is aangewezen dat *mutatis mutandis* de homologatieprocedure van het bemiddelingsakkoord (overeenkomstig artikel 1724 Ger.W. een dading) wordt overgenomen. Gelet op het toepassingsveld van de onderhandse akte, dient hierbij een mogelijkheid van schorsing door de rechter voorzien te worden ingeval van bewering van valsheid van een der partijen.

Er werd geopteerd voor een relatief korte wettelijke periode, zijnde zes maanden, om het akkoord ter homologatie neer te leggen bij de rechtbank van eerste aanleg aangewezen in het akkoord zelf. Op deze wijze volgt de homologatieprocedure voldoende snel op het afsluiten van de overeenkomst opdat partijen niet na een lang verloop van tijd opnieuw zouden verontrust worden door een geschil dat zij meenden opgelost te zijn. Om echter onnodige procedures tot homologatie te vermijden, bijvoorbeeld wanneer partijen een homologatie (nog) niet nodig zouden achten, werd aan partijen een afwijkende mogelijkheid voorzien, die echter de termijn van vijf jaren niet mag overschrijden. Deze periode van vijf jaren komt overeen met de wettelijke verplichting tot het bijhouden van stukken en het beëindigen van de beroepsaansprakelijkheid door en van advocaten.

- [Artikel 23 van het Voorontwerp bewijsrecht](#)

De OVB acht het raadzaam de laatste zin van het voorgestelde artikel 23, eerste lid van het Voorontwerp bewijsrecht aan te passen als volgt: “*De overlegging van het origineel ~~wordt niet gevorderd is niet vereist~~*”.

- [Artikel 24 van het Voorontwerp bewijsrecht](#)

Het verdient volgens de OVB aanbeveling om in het ontworpen artikel 24, 2° en 3° de woorden “als zodanig” te vervangen door de bewoording “in die hoedanigheid”.

- [Artikel 28 \(en Hoofdstuk 3. Wijzigingsbepalingen\) van het Voorontwerp bewijsrecht](#)

De OVB betreurt het dat afstand wordt gedaan van de verwijzing naar “gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens” en in plaats daarvan verwezen wordt naar “ernstige en bepaalde aanwijzingen”. Aldus wordt niet langer vereist dat de vermoedens “met elkaar overeenstemmend zijn”. Dat heeft tot gevolg dat de “ernstige en bepaalde aanwijzingen” niet met elkaar dienen overeen te stemmen en tegenstrijdig mogen zijn.

De OVB vreest dat daardoor te veel beoordelingsmarge aan de rechter wordt verleend. De uitkomst van het geschil wordt onvoorspelbaar, wat nefast is voor de rechtszekerheid. Voor de advocaat zal het, gezien de onvoorspelbaarheid, bijzonder moeilijk zijn om accurate adviezen te verlenen aan zijn cliënt. Bij de rechtszoekende kan mogelijkerwijze de indruk van willekeur ontstaan, bij gebreke aan vastomlijnde criteria.

- [Artikel 31 van het Voorontwerp bewijsrecht](#)

In de gevallen waarin de wet het bewijs met alle middelen van recht toelaat, is zelfs een zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis toelaatbaar. Middels een zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis kan men dus verbonden worden tot 5.000 EUR, mede gelet op de verhoging van het plafond voor het vrije bewijs van 350 EUR naar 5.000 EUR. In het kader van deze ontwerpbevestiging heeft de verhoging van het plafond tot 5.000 EUR dus gewichtige gevolgen. De OVB waarschuwt ervoor dat de draagwijdte van deze bepaling aldus niet mag onderschat worden.



De ontworpen bepaling stelt expliciet dat de (desgevallend zuiver mondelinge) buitengerechtelijke bekentenis dezelfde wettelijke bewijswaarde heeft als de gerechtelijke bekentenis. De OVB wijst erop dat de omkadering van een gerechtelijke bekentenis toch geheel anders is bij een gerechtelijke bekentenis dan bij een buitengerechtelijke bekentenis. Het ligt in de rede dat men minder lichtzinnig zal omspringen met een gerechtelijke bekentenis dan met een buitengerechtelijke bekentenis. In het geval van een gerechtelijke bekentenis heeft de betrokkene zich, naar men mag verwachten, beter kunnen informeren over de draagwijdte van zodanige bekentenis. Aan de buitengerechtelijke bekentenis wordt evenwel dezelfde bewijswaarde toegekend als aan de gerechtelijke bekentenis.

* *
*

