

# Nawoord bij bovenstaande reactie

*Prof.mr. A.J.M. Nuytinck\**

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de reactie van mr. G. Vrieze op mijn annotatie van het arrest van de Hoge Raad inzake de Zeeuwse huwelijkse voorwaarden in het januari-nummer 2006 van dit tijdschrift. Ik ben blij met zijn reactie, want hieruit blijkt dat *AA*-noten goed worden gelezen.

Punt 5 van mijn noot gaf ik het kopje *‘Actori incumbit probatio’* mee en ik merkte vervolgens op: ‘Wie stelt, moet bewijzen. Dat is, enigszins kort door de bocht, de essentie van de hoofdregel van artikel 150 Rv, dat tot de algemene bepalingen van bewijsrecht behoort.’ (*AA* 2006, p. 51, rechterko-

lom). Vrieze struikelt over de vier woorden ‘Wie stelt, moet bewijzen’ en stelt zelf als alternatief voor de vertaling van het potjeslatijn ‘Wie eist, bewijst’ voor. Zijn vertaling van het adagium scheidt echter bij de niet op het bewijsrecht ingespeelde praktijkjurist net zoveel problemen als mijn vertaling. Vrieze onderkent dat zelf ook onder het kopje *‘Ook verwerende gedaagde’* aan het slot van zijn reactie. En dan gaat het mij in die passage om het woord ‘eiser’, dat te veel verwarring scheidt. De wet geeft als hoofdregel dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten

---

11 Zie b.v.: HR 18 november 2005, *RvdW* 2005, 128 (sale and lease-back).

\* Prof.mr. A.J.M. Nuytinck is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de EUR, hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de RU en annotator van dit blad.

draagt (art. 150, aanhef, Rv). Daarom zou ik bij nader inzien als vertaling van het adagium willen voorstellen: ‘Wie moet stellen, moet bewijzen’, waarmee ik bedoel: ‘Wie moet stellen om het door hem gewenste rechtsgevolg te bewerkstelligen, moet bij adequate betwisting daarvan bewijzen’.

Deze laatste vertaling van het adagium geldt zowel voor de eiser die het petitum toegewezen wil krijgen en de daarvoor noodzakelijke feiten moet stellen en bij betwisting bewijzen, als voor de gedaagde die zijn eigen rechtsgevolgen, waarvoor hij dus ook zijn eigen feiten moet stellen en zo nodig bewijzen, wil doen intreden, zoals bijvoorbeeld in geval van wat Vrieze aan het slot van zijn reactie een ‘zogenaamd bevrijdend verweer’ noemt. Dat is overigens een misleidende term, die in de bewijsrechtelijke literatuur bij mijn weten niet voorkomt. Ik kom daarin alleen ‘bevrijdend feit’, ‘zelfstandig feit’ en ‘zelfstandig verweer’ tegen en nergens ‘bevrijdend verweer’. Een verweer in processuele zin is niets meer dan een beroep op feiten en omstandigheden die met zich brengen dat de eis moet worden afgewezen. Als de rechter een verweer gegrond bevindt, wijst hij de eis af. In zoverre is elk verweer, mits de rechter dit gegrond bevindt, bevrijdend en in zoverre is ‘bevrijdend verweer’ een pleonasme. Een feit waarvan de gedaagde de stelplicht en de bewijslast draagt, wordt een bevrijdend feit genoemd. Beroept de gedaagde zich op de aanwezigheid van dit feit, dan moet dit als een zelfstandig verweer worden beschouwd, bijvoorbeeld het verweer dat voor een onrechtmatige daad een rechtvaardigingsgrond bestaat. Weliswaar corrigeert Vrieze zichzelf in noot 8, waarin hij aangeeft dat bevrijdend verweer en zelfstandig verweer synoniemen zijn, maar hij verzuimt dit te doen in noot 11, terwijl hij in de bij noot 11 behorende hoofdstuk bevrijdend verweer ineens weer in verband brengt met zelfstandige feiten of complexen van feiten. Eigenlijk zijn er vijf groepen van feiten:

- 1 rechtscheppende feiten;
  - 2 feiten die worden gesteld ter betwisting van rechtscheppende feiten;
  - 3 bevrijdende feiten;
  - 4 feiten die worden gesteld ter betwisting van bevrijdende feiten;
  - 5 (voor alle volledigheid) niet relevante feiten.
- Hoe dit ook zij, ik acht in ieder geval de term ‘bevrijdend verweer’ niet gelukkig. Vrieze is trouwens niet de enige die dit fout doet. De Hoge Raad doet het ook fout; zie immers HR 18 november 2005, *RvdW* 2005, 128 (sale and lease back-overeenkomst; zie r.o. 3.3), door Vrieze in noot 11 genoemd, en eerder ook al HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (Vreeswijk-Van Heeckeren van Kill, aansprakelijkheid pseudo-gevolmachtigde; zie r.o. 3.5.2).

Ten slotte nog dit: geldt niet meer in het algemeen dat een adagium altijd kort door de bocht gaat en zonder bekendheid met de achterliggende gedachtegang tot misverstand kan leiden? In ieder geval vind ik de door Vrieze gehanteerde vertaling van het adagium geen verbetering in die zin, dat deze zonder meer klip en klaar is, hetgeen ook wel blijkt uit het feit dat hij zelf een aantal pagina’s nodig heeft om een en ander uitgebreid toe te lichten.

Overigens moet mij van het hart dat ik het op zijn zachtst gezegd enigszins merkwaardig vind dat Vrieze mijn annotatie, die door hem terecht als notarieelrechtelijk wordt gekwalificeerd, als kapstok gebruikt om daaraan zijn lange, procesrechtelijke verhaal op te hangen, te meer waar ik nota bene zelf heb opgemerkt dat ik enigszins kort door de bocht ga. Dit laatste kan volgens mij ook van de door Vrieze voorgestelde vertaling van het adagium worden gezegd. Enfin, het zij zo. Zelf houd ik het voortaan bij de vertaling ‘Wie moet stellen, moet bewijzen’. En nu maar hopen dat Vrieze niet over deze *vijf* woorden struikelt! ✂