



UHASSELT

KU LEUVEN



Maastricht University

KNOWLEDGE IN ACTION

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het bewijs van een leningsovereenkomst onder het nieuwe bewijsrecht

Liselore Claesen

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Ilse SAMOY

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

www.uhasselt.be
Universiteit Hasselt
Campus Hasselt:
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt
Campus Diepenbeek:
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

2020
2021



UHASSELT

KNOWLEDGE IN ACTION

KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het bewijs van een leningsovereenkomst onder het nieuwe bewijsrecht

Liselore Claesen

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Ilse SAMOY

Samenvatting

De leningsovereenkomst is een rechtsfiguur waar doorheen de tijd veel bedenkingen over zijn neergeschreven. Van oudsher heerst er kritiek over de kwalificatie van de leningsovereenkomst daar deze deel uit zou maken van de – volgens sommigen achterhaalde – categorie van de zakelijke overeenkomsten. Voor het ontstaan van een leningsovereenkomst zit het sleutelement in de afgifte. Hieruit vloeit voort dat de leningsovereenkomst een eenzijdige overeenkomst is, waarbij er slechts verbintenissen rusten op een van de partijen. Een analyse inzake de verdeeldheid over deze kwalificatie is in het kader van deze masterscriptie absoluut de moeite waard. Het zal blijken dat er een arsenaal aan bezwaren bestaat ten opzichte van de zakelijke gedachtegang. Toch is er rechtsleer te vinden die de zakelijke visie niet zozeer misprijst.

Al deze controverse komt nogmaals bovendrijven wegens het nieuwe Belgische bewijsrecht dat vrij recent is ingevoerd in ons Burgerlijk Wetboek. De kwalificatie van de leningsovereenkomst is niet enkel relevant voor de totstandkoming van de overeenkomst, maar is ook bepalend voor de toepasselijke bewijsregels. De intrede van het vernieuwd bewijsrecht vraagt bijgevolg om de weerslag van deze verschillende kwalificaties nader te bekijken. Doorheen deze analyse zullen eveneens andere bewijsrechtelijke knelpunten aan bod komen uit het Belgische bewijsrecht die van belang zijn voor het bewijzen van de leningsovereenkomst.

Het recht van onze buurlanden laat deze discussie evenmin koud. Ook de Nederlanders en de Fransen voeren hetzelfde debat aangaande de omstreden kwalificatie van de leningsovereenkomst. Een vergelijking van de buitenlandse standpunten kan wat dat betreft misschien het een en ander ophelderen voor het Belgische rechtssysteem.

Inhoud

| | |
|---|----------|
| Inleiding..... | 1 |
| I. Probleemstelling | 1 |
| I.1 Onderzoeksvraag en onderzoeksplan..... | 1 |
| I.2 Onderzoeksmethode | 2 |
| I.2.1 Beschrijvend en definiërend | 2 |
| I.2.2 Evaluerend en aanbevelend..... | 3 |
| I.2.3 Rechtsvergelijkend | 3 |
| I.3 Onderzoeksplan..... | 4 |
| Hoofdstuk 1 - De leningsovereenkomst in België, Nederland en Frankrijk | 5 |
| I. Algemeenheden..... | 5 |
| II. Bruiklening of commodaat | 5 |
| II.1 Constitutieve bestanddelen..... | 5 |
| II.1.1 Begrip | 5 |
| II.1.2 Persoonlijk gebruiksrecht | 5 |
| II.1.3 Teruggaveplicht | 6 |
| II.2 Kenmerken..... | 6 |
| II.2.1 Zakelijk en eenzijdig | 6 |
| II.2.2 Voorwerp | 6 |
| II.2.3 Overeenkomst om niet | 7 |
| II.2.3.1 Algemeenheden | 7 |
| II.2.3.2 Inzoomen: bewijzen van een dienst..... | 7 |
| II.3 Verbintenissen van de partijen | 10 |
| II.3.1 De ontlener | 10 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| II.3.1.1 | Gebruik, behoud en onderhoud | 10 |
| II.3.1.2 | Teruggave in natura | 11 |
| II.3.2 | De uitlener | 11 |
| III. | Verbruiklening of eenvoudige lening | 11 |
| III.1 | Constitutieve bestanddelen | 11 |
| III.1.1 | Begrip | 11 |
| III.1.2 | Eigendomsovergang | 11 |
| III.1.3 | Teruggaveplicht bij equivalent | 12 |
| III.2 | Kenmerken | 12 |
| III.2.1 | Zakelijk en eenzijdig | 12 |
| III.2.2 | Voorwerp | 12 |
| III.2.3 | Om niet of ten bezwarende titel | 13 |
| III.3 | Verbintenissen van de partijen | 13 |
| III.3.1 | De ontlener | 13 |
| III.3.1.1 | Teruggave bij equivalent | 13 |
| III.3.2 | De uitlener | 14 |
| IV. | Lening op interest | 14 |
| V. | Rechtsvergelijking | 15 |
| V.1 | Nederland: geldlening vervangt verbruiklening | 15 |
| V.2 | Frankrijk: dualisme | 16 |
| VI. | Tussenbesluit | 16 |
| | Hoofdstuk 2 – Het toepasselijke bewijsrecht voor Belgische leningsovereenkomsten: een vergelijking tussen het oude en nieuwe BW | 17 |
| I. | Krachtlijnen tot invoering van het nieuwe bewijsrecht | 17 |
| II. | Wettelijke definities | 17 |

| | | |
|----------|--|----|
| II.1 | Geschrift | 17 |
| II.2 | Handtekening | 18 |
| III. | Gereguleteerd bewijsstelsel | 19 |
| III.1 | Keuze tot behoud | 19 |
| III.1.1 | Vertrouwde uitzonderingen | 20 |
| III.2 | Versoepelingen: vernieuwingen en nieuwe uitzonderingen | 21 |
| III.2.1 | Wettelijke drempel | 21 |
| III.2.2 | Eenzijdige rechtshandelingen | 22 |
| III.2.3 | Bewijs tegen derden | 22 |
| IV. | Bewijslast | 23 |
| V. | Bewijsstandaard | 24 |
| V.1 | Begrip | 24 |
| V.2 | Bewijs door waarschijnlijkheid | 25 |
| VI. | Bewijsmiddelen | 26 |
| VI.1 | Schriftelijk bewijs | 26 |
| VI.1.1 | Authentieke akte | 26 |
| VI.1.1.1 | Begrip | 26 |
| VI.1.1.2 | Bewijswaarde | 26 |
| VI.1.2 | Onderhandse akte | 27 |
| VI.1.2.1 | Begrip | 27 |
| VI.1.2.2 | Bewijswaarde | 27 |
| VI.1.3 | Begin van bewijs door geschrift | 27 |
| VI.1.3.1 | Begrip | 27 |
| VI.1.3.2 | Bewijswaarde | 28 |
| VI.2 | Bekentenis | 28 |

| | | |
|---|--|-----------|
| VI.2.1 | Begrip | 28 |
| VI.2.2 | Kenmerken | 29 |
| VI.2.3 | Vormvoorwaarden..... | 29 |
| VI.2.4 | Bewijswaarde | 30 |
| VI.2.5 | Toelaatbaarheid..... | 30 |
| VII. | Overgangsrecht..... | 31 |
| VIII. | Tussenbesluit | 31 |
| Hoofdstuk 3 – Juridische grondslag van de kwalificatie als zakelijke overeenkomst in België, Nederland en Frankrijk..... | | 33 |
| I. | Klassieke visie: eenzijdige overeenkomst..... | 33 |
| II. | Het eeuwige kwalificatieprobleem: wederkerige overeenkomst?..... | 34 |
| II.1.1 | De theorie van DU LAING..... | 35 |
| II.1.2 | De theorie van AYDOGAN..... | 37 |
| III. | Inspiratie uit het buitenland | 43 |
| III.1.1 | De Nederlandse <i>ratio legis</i> | 43 |
| III.1.1.1 | De visie van VAN SCHAICK..... | 45 |
| III.1.1.2 | De visie van GRÄLER | 46 |
| III.1.1.3 | Geldlening..... | 47 |
| III.1.2 | De Franse <i>ratio legis</i> | 48 |
| III.1.2.1 | De visie van CHÉNEDÉ..... | 50 |
| III.1.2.2 | Cour de cassation 28 mars 2000 | 51 |
| III.1.2.3 | De visie van GRUA | 51 |
| IV. | Eigen theorie..... | 52 |
| V. | Tussenbesluit | 56 |

| | |
|---|-----------|
| Hoofdstuk 4 - Implicaties van de kwalificatie van de leningsovereenkomst voor het toepasselijke bewijsregime in België, Nederland en Frankrijk | 57 |
| I. Kwalificatie als eenzijdige overeenkomst..... | 57 |
| I.1 Impact op de bruiklening | 57 |
| I.2 Impact op de verbruiklening..... | 57 |
| I.3 Impact naar Nederlands recht | 58 |
| I.4 Impact naar Frans recht | 59 |
| II. Kwalificatie als wederkerige overeenkomst..... | 60 |
| II.1 Impact naar Nederlands recht..... | 63 |
| II.2 Impact naar Frans recht..... | 64 |
| III. Tussenbesluit | 65 |
| III.1 België | 65 |
| III.2 Nederland | 66 |
| III.3 Frankrijk | 67 |
| IV. Begin van bewijs door geschrift vs. bekentenis: het kwalificatieprobleem 2.0 | 67 |
| IV.1 Het kwalificatieprobleem 2.0 kritisch bekeken | 69 |
| IV.1.1 Whatsappbericht vs. sms-bericht | 72 |
| IV.2 Het kwalificatieprobleem 2.0 rechtsvergelijkend bekeken | 74 |
| IV.3 Mini-tussenbesluit | 76 |
| IV.4 Verrijking zonder oorzaak: het <i>ultimum remedium</i> ? | 76 |
| IV.4.1 De wil van de verarmde als oorzaak | 78 |
| IV.4.2 Bewijs door waarschijnlijkheid: een nieuw achterpoortje? | 78 |
| Algemeen besluit..... | 81 |
| Bibliografie..... | 83 |

Inleiding

I. Probleemstelling

1. Het woord "lening" wordt in de volksmond courant gebruikt. Een niet-jurist zal in dat licht vaak een lening bedoelen bij een kredietinstelling, ter financiering van een onroerend goed dat bezwaard is met het zakelijke recht van een hypotheek. De lening omvat echter meer dan een klassieke hypothecaire lening bij de bank. In het Belgische recht bestaan meerdere soorten leningen waardoor een lening niet noodzakelijk een geldlening hoeft te zijn, en zelfs niet specifiek een hypothecair krediet. Er bestaat in het gemene recht namelijk een onderscheid tussen de bruiklening en de verbruiklening. Onze buurlanden Nederland en Frankrijk maken eveneens dit onderscheid in hun nationale recht.

2. Daarnaast is een lening een overeenkomst waarbij de partijen een verbintenis aangaan. Doorgaans is hierbij het uitgangspunt dat een lening een zakelijke overeenkomst betreft. De vraag rijst echter of deze gedachtegang vandaag de dag nog opgaat. De kwalificatie van een lening als een zakelijke overeenkomst is relevant, daar het bewijsrecht inzake de leningsovereenkomst samenhangt met deze kwalificatie. Naar aanleiding van het nieuwe bewijsrecht dat sinds 1 november 2020 is ingevoerd in Boek VIII van het nieuwe Burgerlijk Wetboek¹ (hierna: "BW"), is het dan ook belangrijk na te gaan hoe de leningsovereenkomst gekwalificeerd dient te worden: als een zakelijk contract – en dus een eenzijdige overeenkomst – of als een consensuele, wederkerige overeenkomst.

3. Bijgevolg is het opzet van deze masterscriptie tweeledig: zowel het verbintenisrechtelijk aspect van de lening, als het bewijsrechtelijk aspect wordt besproken. Wat het bewijsrecht betreft komen de relevante knelpunten in het nieuwe bewijsrecht aan bod. Waar nodig zal het oude bewijsrecht eveneens toelichting krijgen. Gelet op het overgangsrecht zal het oude bewijsrecht immers nog enige tijd van belang zijn.

I.1 Onderzoeksvraag en onderzoeksplan

4. De centrale onderzoeksvraag van deze masterscriptie luidt bijgevolg: *"Is er in het licht van het nieuwe Boek VIII 'Bewijs' in het Burgerlijk Wetboek nood aan een herziening van de kwalificatie van een leningsovereenkomst?"* Ter ondersteuning van het antwoord zijn er vier bijkomende subvragen geformuleerd. Deze vragen worden toegelicht in het onderzoeksplan.

5. Wat de rechtsfiguur lening betreft, ligt de focus enkel op de kwalificatie van de overeenkomst en het bewijs ervan. Andere kenmerken en geldigheidsvoorwaarden komen slechts aan bod indien dit relevant of noodzakelijk is voor een goed begrip, maar ze zijn niet het corpus van de masterscriptie. De geldigheidsvoorwaarden onder art. 1108 Burgerlijk Wetboek (hierna: "Oud BW")

¹ Art. 75 wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, BS 14 mei 2019 (**hierna: "wet van 13 april 2019"**).

zijn immers te onderscheiden van de essentiële bestanddelen van een overeenkomst. De geldigheidsvoorwaarden en hun vervulling hebben betrekking op de geldige totstandkoming van de overeenkomst. De masterscriptie zal zich toespitsen op de essentiële bestanddelen daar deze constitutief zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst. Deze kwalificatie heeft op haar beurt enerzijds betrekking op het eenzijdige dan wel wederkerige karakter, en anderzijds op het karakter om niet dan wel ten bezwarende titel.

6. De hypothecaire lening en het consumentenkrediet zullen niet behandeld worden, alleen de gemeenrechtelijke (geld)lening is de kern van dit onderwerp. Het consumentenkrediet en hypothecair krediet zijn immers onderworpen aan een specifieke wetgeving met een ruimer materieel toepassingsgebied.

7. Daarnaast richt het bewijsrechtelijke luik zich op het bewijs in burgerlijke zaken en niet in ondernemingszaken. Dit houdt tevens in dat er inzake bewijsrecht enkel aandacht besteed wordt aan de bewijsmiddelen die relevant zijn voor het bewijs van een leningsovereenkomst (bv. de eed wordt niet behandeld). Over het algemeen zal de uiteenzetting van het nieuwe bewijsrecht aandacht schenken aan de hervormingen die van belang zijn voor het bewijsregime van de leningsovereenkomst. De belangrijkste wijzigingen zullen worden opgesomd, maar enkel degene die relevant zijn, worden verder uitgewerkt.

I.2 Onderzoeksmethode

I.2.1 Beschrijvend en definiërend

8. Vertrekkend vanuit het geschreven recht is het de bedoeling om eerst een beschrijving te geven van de huidige wetgeving en rechtspraak in verband met de klassieke (geld)lening. Ook het bewijsrecht wat betreft deze leningsovereenkomsten zal worden uiteengezet. Natuurlijk dringt hier zich een beschrijving op van zowel het oude als het nieuwe bewijsrecht. Deze beschrijving gebeurt idealiter op basis van de geldende wetsbepalingen, de (cassatie)rechtspraak en rechtsleer. De interpretatie van de hoven en rechtbanken kan namelijk anders zijn dan de letterlijke tekst van de wet, en de rechtsleer heeft frequent kritiek of een andere opvatting dan de geldende uitgangspunten in de rechtspraak.

9. Hierbij zal rekening gehouden worden met een vaktechnische interpretatie met betrekking tot het juridisch vakjargon, systematische interpretatie voor wat betreft betekenis en duiding in de juridische context en ten slotte de juridisch-historische interpretatie (ontstaanscontext). Deze weergave gebeurt in combinatie met een jurisprudentiële interpretatie, interpretatie op basis van wetgeving en verduidelijking via rechtsleer.

I.2.2 Evaluierend en aanbevelend

10. De leningsovereenkomst zal in het licht van de probleemstelling geëvalueerd worden aan de hand van interne criteria zoals algemene rechtsbeginselen, de interpretatie in de rechtspraak en de opvatting hierover in de rechtsleer. Dit heeft bijgevolg een strikt juridisch karakter. De leningsovereenkomst wordt bijvoorbeeld nader bekeken in het licht van de kenmerken van zakelijke en consensuele overeenkomsten.

11. Op deze manier kunnen aanbevelingen geformuleerd worden over wat nu de juiste kwalificatie is van de leningsovereenkomst, zowel met betrekking tot interne als externe criteria. In deze masterscriptie zal ik hieromtrent enkele eigen voorstellen doen, inclusief de voor- en nadelen van deze aanbevelingen, met de juiste aandacht voor eventuele tegenargumenten.

I.2.3 Rechtsvergelijkend

12. Tot slot zullen de nieuwigheden van Boek VIII "Bewijs" intern vergeleken worden met het oude bewijsrecht, maar zal extern een vergelijking nodig zijn om het aanbevelend gedeelte van de masterscriptie te ondersteunen. Daar dit enkel gaat over de figuur en kwalificatie van de leningsovereenkomst, is er sprake van vergelijking op microniveau.

De masterscriptie strekt daarnaast tot het vinden van een oplossing voor het kwalificatieprobleem van de leningsovereenkomst. Een externe vergelijking met landen van een soortgelijke politieke en socio-economische context, en hoe deze landen hiermee omgaan, is daarom aangewezen. Daar ons Burgerlijk Wetboek geïnspireerd is op dat van Frankrijk, zal een eerste vergelijking gebeuren met het Franse recht. Omwille van de afwezige taalbarrière, is de keuze voor het Nederlandse recht eveneens te verantwoorden. De tweede vergelijking gebeurt bijgevolg op basis van het recht van onze Noorderburen. Hoewel er ook aandacht besteed zal worden aan het Duitse recht, is dit niet de kern van de rechtsvergelijking. Duits recht zal bijgevolg zeer miniem aan bod komen, doch heeft een vermeldenswaardige meerwaarde bij bepaalde onderdelen van dit onderzoek.

13. Gelet op hogervermelde probleemstelling als vertrekpunt van deze masterscriptie, heeft de rechtsvergelijking een functionele benadering. Er wordt nagegaan hoe bovenstaande rechtsstelsels de leningsovereenkomst definiëren en vervolgens kwalificeren, om uiteindelijk tot een voorstel te komen voor ons eigen nationaal recht. Om het overzicht te bewaren en onduidelijkheden of verwarring te voorkomen, zal de uiteenzetting van de lening steeds vertrekken vanuit het Belgische recht. Indien onze wettelijke regeling identiek is aan het Nederlandse en/of Franse recht, zullen de equivalente wetsartikelen, uit het Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna: "NBW") en de Code Civil (hierna: "CC"), worden aangeduid in de voetnoot. De terminologie van de buitenlandse rechtstelsels zal opgenomen worden in de tekst. Indien er duidelijke verschillen zijn met Nederland en/of Frankrijk, zal dit eveneens in het corpus opgenomen worden en niet in een voetnoot.

I.3 Onderzoeksplan

14. De masterscriptie is opgebouwd uit vier hoofdstukken. Elk van deze onderdelen staat in functie van het beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag en de bijhorende subvraag. De eerste subvraag klinkt als volgt: "*Welke gemeenrechtelijke vormen van leningsovereenkomsten bestaan er in het Belgische, Nederlandse en Franse recht?*" Dit zal besproken worden in het eerste hoofdstuk.

Vervolgens zal het tweede hoofdstuk een overzicht bieden van de manier waarop een leningsovereenkomst bewezen dient te worden in het oude en nieuwe burgerlijk bewijsrecht. Daarbij wordt enkel het Belgische bewijsrecht ontleed. In hoofdstuk twee ligt bijgevolg het antwoord op de subvraag: "*Hoe wordt de leningsovereenkomst bewezen overeenkomstig het oude en nieuwe Belgische bewijsrecht?*"

Verder biedt het derde hoofdstuk een antwoord op de subvraag: "*Blijft de kwalificatie van de leningsovereenkomst als een zakelijk contract – en dus een eenzijdige overeenkomst – de dag van vandaag nog overeind in België, Nederland en Frankrijk?*"

Tot slot zal het vierde hoofdstuk aansluitend op de discussie over de kwalificatie, de impact hiervan op het toepasselijke bewijsregime onder woorden brengen. De laatste subvraag die wordt behandeld is de volgende: "*Wat is de impact van de eenzijdige dan wel wederkerige kwalificatie van de leningsovereenkomst voor het Belgische, Nederlandse en Franse bewijsregime?*"

Hoofdstuk 1 - De leningsovereenkomst in België, Nederland en Frankrijk

I. Algemeenheden

15. De lening is het contract waarbij een persoon, de uitlener genoemd, aan een andere persoon, de ontlener genoemd, het tijdelijke gebruik van een zaak afstaat, met verplichting deze zaak terug te geven.²

Art. 1874 Oud BW leert ons vervolgens dat er naargelang de aard van de zaak twee soorten leningen bestaan.³ De lening van de zaak die niet teniet gaat door het gebruik enerzijds, en de lening van de zaak die wel teniet gaat door het gebruik dat men ervan maakt anderzijds. Deze twee soorten worden respectievelijk de bruiklening en de verbruiklening genoemd. Voorts is er bij verbruiklening een specifieke wettelijke vorm te onderscheiden, zijnde de lening op interest. In het Franse recht spreken we van *le prêt à usage*, *le prêt de consommation* en *le prêt à intérêt*. In het Nederland geldt dit onderscheid sinds 2017 niet meer. Het NBW heeft hierop een lichte nuance gemaakt waardoor de verbruiklening wordt vervangen door een algemene geldlening (*infra* nr. 48-50). De sterk verouderde *bruikleening* bestaat er voorlopig wel nog.

II. Bruiklening of commodaat

II.1 Constitutieve bestanddelen

II.1.1 Begrip

16. De wettelijke definitie van de bruiklening is opgenomen in art. 1875 Oud BW. Bruiklening is een overeenkomst waarbij de ene partij aan de andere, het tijdelijk en kosteloos gebruik van een zaak afstaat, met de verplichting om de zaak na het gebruik, of op een bepaald tijdstip, in natura terug te geven.⁴

II.1.2 Persoonlijk gebruiksrecht

17. In het basisartikel betreffende bruiklening stelt de wetgever duidelijk dat de ontlener de zaak achteraf dient terug te geven. De bruiklening verleent bijgevolg slechts een tijdelijk en persoonlijk gebruiksrecht op de zaak.⁵ Overeenkomstig art. 1877 Oud BW preciseert de wet dan ook dat de uitlener eigenaar blijft van het uitgeleende.⁶ Dit maakt dat er geen eigendomsoverdracht is van de zaak. Nederland beschrijft dit in die zin dat de bruiklener houder is van de zaak.⁷

² Cass. 2 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 432.

³ Art. 1874 CC; Boek 7A art. 1777 en Boek 7 art. 129 NBW.

⁴ Art. 1875 Oud BW; Art. 1875 CC en Boek 7A art. 1777 NBW.

⁵ V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 325.

⁶ Art. 1877 CC en Boek 7A art. 1778 NBW.

⁷ J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 14.

II.1.3 Teruggaveplicht

Gezien het feit dat er geen eigendom wordt overgedragen, ontstaat er een teruggaveplicht in hoofde van de ontlener. Eveneens kan hier verwezen worden naar de algemene definitie uit art. 1875 Oud BW dat de teruggaveplicht verwoordt: "...onder verplichting die voor degene die de zaak ontvangt, die terug te geven na daarvan gebruik te hebben gemaakt" met het Franse equivalent in dezelfde bewoording: "...à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi."⁸ De teruggaveplicht maakt vaak het criterium uit om de bruiklening te onderscheiden van de schenking. Een schenking draagt immers de eigendomsrechten van de zaak over zodat er geen teruggaveplicht bestaat in hoofde van de begiftigde.⁹

II.2 Kenmerken

II.2.1 Zakelijk en eenzijdig

18. Traditioneel wordt de bruiklening verondersteld een zakelijk contract te zijn.¹⁰ De overeenkomst komt dus pas geldig tot stand door de afgifte van de zaak.¹¹ Aangezien bruiklening aldus beschouwd wordt een zakelijk contract te zijn, brengt dat met zich mee dat het een eenzijdige overeenkomst is.

19. Er rusten op de uitlener na de afgifte van de zaak geen verplichtingen meer (*infra* nr. 33). Eventueel kan er sprake zijn van terugbetaling van uitzonderlijke kosten door de uitlener, maar dit is dan louter incidenteel en behoort niet tot de kern van het contract.¹² Deze stelling wordt verdedigd door de disproportie tussen de respectievelijke verbintenissen van de contractspartijen: de verbintenissen van de ontlener wegen zwaarder door.¹³

II.2.2 Voorwerp

20. Met het oog op de teruggaveplicht dient het voorwerp van de overeenkomst een zaak te zijn die in natura kan worden teruggegeven. De zaak kan conform art. 1878 BW zowel een roerende als

⁸ Art. 1875 CC en Boek 7A art. 1777 NBW met de verwoording in het oud Nederlands "onder voorwaarde dat degene die deze zaak ontvangt, dezelve, na daarvan gebruik te hebben gemaakt, of na eenen bepaalden tijd, zal terug geven."

⁹ Abstractie gemaakt van het erfrecht waarbij de schenking eventueel vatbaar is voor inbreng of inkorting. Hierbij valt aan te stippen dat de bruiklening niet vatbaar is voor inbreng of inkorting.

¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 424; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 125-132; B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 903; A. VERBEKE, "Actualia lening en bewaargeving" in J. HERBOTS en A. VERBEKE (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2002, 34; J.-L. VAN BOXSTAEL, "Le prêt à usage ou commodat", *Notamus* 2004, (35) 35-36; A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 136; F. GLANSDORFF, en E. VAN DEN HAUTE, "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 2017, 216-219.

¹¹ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 60.

¹² B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 916.

¹³ H. COUSY, "De lening" in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 308; B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 918.

een onroerende niet-vervangbare zaak zijn.¹⁴ In Nederland is er geen specifiek wetsartikel meer dat spreekt over het voorwerp van de bruiklening. Het oude art. 1779 NBW uit Boek 7A bepaalde dat "*al hetgeen tot den handel der menschen behoort, en niet door het gebruik verloren gaat*" het voorwerp van de overeenkomst van bruiklening kan zijn.¹⁵ Zowel roerende als onroerende zaken komen in aanmerking, bijvoorbeeld het in bruiklening geven van een stuk grond,¹⁶ maar ook delen van zaken, zakelijke rechten en andere vermogensrechten komen in Nederland in aanmerking voor de bruiklening.¹⁷ Het wetsartikel dat de bruiklening omschrijft, suggereert dus ten onrechte dat de Nederlandse bruikleen beperkt is tot (on)roerende zaken.

II.2.3 Overeenkomst om niet

II.2.3.1 Algemeenheden

21. Volgens art. 1876 Oud BW is de bruiklening een overeenkomst om niet: de zaak wordt kosteloos ter beschikking gesteld aan de ontlener.¹⁸ Via dit kenmerk kan het verschil gemaakt worden met een huurcontract, waarbij het tijdelijke genot van de zaak niet kosteloos wordt toegestaan, maar tegen betaling van een huurprijs, in geld dan wel in natura. Het verschil is duidelijk: bij huur geldt er een tegenprestatie, bruiklening geschiedt om niet.¹⁹

II.2.3.2 Inzoomen: bewijzen van een dienst

22. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 1963 de kosteloosheid van de bruiklening beklemtoond: "*...met de bedoeling om de lener een dienst te verlenen zonder daaruit enig voordeel te halen.*"²⁰ In een arrest van het hof van beroep te Bergen werden de feiten dan ook niet gekwalificeerd als bruiklening, daar de eigenaar van de wagen niet de wil had de "lener" ervan een dienst te verlenen.²¹ *In casu* was er sprake van drie vrienden op café, waaronder een autoverkoper en een garagist. De auto van één van de mannen komt ter sprake en hij laat zijn twee vrienden een testrit maken met zijn auto. Tijdens deze testrit wordt de auto vernield in een ongeval.

23. Deze rechtspraak is echter het voorwerp van kritiek aangezien het een voorwaarde zou toevoegen aan de wettelijke definitie van de bruiklening.²² Er wordt betoogd dat de subjectieve ingesteldheid van de uitlener om eigenbelang te behartigen irrelevant is, en dus geen constitutieve vereiste uitmaakt voor het kosteloos karakter. Dit geldt alleen in de mate dat het gaat over de subjectieve bedoeling van de uitlener. Vanuit het perspectief van de ontlener en de objectieve

¹⁴ Art. 1878 CC.

¹⁵ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 178.

¹⁶ J.G. GRÄLER, "Bruikleen en verbruikleen", *JBN* 2005, (13) 13; HR 13 april 2001, *JOL* 2001, 265; HR 4 juni 2004, *JOL* 2004, 303.

¹⁷ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 178.

¹⁸ Art. 1876 CC en Boek 7A art. 1777 NBW.

¹⁹ J.G. GRÄLER, "Bruikleen en verbruikleen", *JBN* 2005, (13) 14.

²⁰ Cass. 29 november 1963, *RW* 1963-64, 2023.

²¹ Bergen 10 februari 1976, *Pas.* 1977, II, 14.

²² R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 719; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 330.

omstandigheden kan de vork anders in de steel zitten. Doorgaans wordt dit geïllustreerd met twee voorbeelden uit de rechtspraak: het Opa-vonnissen en het Bob-vonnissen.²³

24. In het eerste voorbeeld brengt Opa zijn kleindochter naar de oppas met de wagen van zijn zoon. Terwijl hij het meisje naar binnenbrengt, staat de wagen nog te draaien voor de deur. In dat tijdsverloop wordt de wagen gestolen. De overeenkomst tussen vader en zoon wordt gezien als een bruiklening.²⁴ In tegenstelling tot voornoemd cassatiearrest ligt hier de omgekeerde situatie voor: *in casu* verleent de vader als ontlener een dienst aan zijn zoon, de uitlener. Het hof van beroep oordeelde in dat opzicht dat het feit dat de ontlener een dienst wil bewijzen de kwalificatie van bruiklening niet in de weg staat. Volgens TILLEMANN, VERBEKE en SAGAERT is dit een te ongenueanceerde beslissing in het licht van de objectieve omstandigheden van de zaak.²⁵ De rechter zou in eerste instantie moeten onderzoeken of er al dan niet een contract voorhanden is, en niet eerder een *acte de complaisance* zonder dat de partijen juridische gevolgen in het leven wilden roepen – zoals auteurs DEKKERS e.a. reeds bevestigden.²⁶ Zodoende wordt gepleit dat in het Opa-vonnissen een onbenoemde overeenkomst van kosteloze dienstverlening voorligt.

25. Eenzelfde probleem komt voor in het Bob-vonnissen.²⁷ Een koppel gaat een avondje uit waarna de vrouw als bob naar huis rijdt met de wagen van haar vriend, die op de achterbank een dutje doet. Op de terugweg gaat de auto uit de bocht, de man raakt gewond en het voertuig is ernstig beschadigd. Ook hier wordt voor de kwalificatie van bruiklening gekozen in hoofde van de vrouw als ontlener-bestuurder. Opnieuw ligt de situatie voor dat de uitlener de zaak afstaat in eigenbelang en het de ontlener is die een dienst bewijst, *in casu* het bob-zijn en naar huis vervoeren van de man. Naar de mening van TILLEMANN, VERBEKE en SAGAERT is dit geen bruiklening, daar het een inversie is van het kosteloze karakter. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen beaamt deze visie in een vonnis van 2015:

*"Het overnemen van het stuur door geïntimeerde kan niet als bruikleen worden beschouwd. Er was immers geen sprake van de wil van geïntimeerde om aan appellante een dienst te bewijzen zonder zelf een voordeel te genieten. Appellante gaf de zaak af in haar eigen belang en het was geïntimeerde als lener die aan appellante als uitlener kosteloos een dienst bewees. Aldus was de regeling kosteloos voor geïntimeerde in plaats van voor appellante."*²⁸

²³ W. GELDHOF, "Bob heeft zware juridische kater", *Juristenkrant* 2002, 1 en 11; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 330-332; B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 221-224; Rb. Gent 28 juni 2001, nr.2001/2505.

²⁴ Luik 8 september 1999, *TBBR* 2001, 458.

²⁵ B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 222; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 331.

²⁶ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 719.

²⁷ Rb. Gent 28 juni 2001, nr. 2001/2505.

²⁸ Rb. Antwerpen 27 februari 2015, *RW* 2015-16, 1425.

26. Over deze inherente dienstbaarheid die zich zou bevinden in het kosteloos karakter van de bruiklening, zijn de Fransen en de Nederlanders een andere mening toegedaan. In Nederland is het duidelijk dat het bewijzen van een vriendendienst nergens uit de wet blijkt. Daarnaast zijn bruikleningen mogelijk tegen een commerciële achtergrond en deze worden niet gesloten uit welwillendheid, maar uit winstbejag.²⁹ Het motief van de uitlener is bijgevolg irrelevant in het Nederlands recht, waarbij het niet uitgesloten is dat de uitlener een indirect economisch of emotioneel belang heeft.³⁰ De Franse rechtsleer spreekt daarentegen van altruïsme dat een voorwaarde zou uitmaken van de bruiklening wegens het karakter van *un service d'ami*.³¹ Eigenbelang in hoofde van de uitlener zou hierdoor eveneens uit den boze zijn, net zoals ons Hof van Cassatie poneert. Deze voorwaarde van altruïsme wordt idem dito bekritiseerd: BÉNOS stelt een minder rigide interpretatie voor van de notie altruïsme, zonder de kern van de bruiklening te denatureren.³² Ze haalt hierbij aan dat in commerciële gevallen er niet altijd van *l'amitié* gesproken kan worden. Daarnaast houdt een vriendendienst niet altijd een belangeloze benadering in van de bruikleningsovereenkomst tussen twee particulieren. Ten slotte mag volgens BÉNOS het kosteloos karakter niet over dezelfde kam geschoren worden met het begrip altruïsme.³³

27. Vanuit de Franse rechtsleer gaat eerder de stem op voor een tussenpositie aangaande het pure altruïsme. BÉNOS stelt een "coöperatief altruïsme" voor als minder strenge wettelijke regeling aangezien het ontbreken van een tegenprestatie niet uitsluit dat de ontlener degene is die de dienst verricht.³⁴ Een arrest van het Franse Hof van Cassatie illustreert dit.³⁵ *In casu* had een vader aan zijn zoon een onroerend goed in bruikleen gegeven, de zoon woonde in deze residentiële woning. Na enige tijd kwam de overeenkomst ten einde en wenste de vader zijn woning terug te krijgen als eigenaar. De zoon vorderde voor de rechtbank een kwalificatie van huur in plaats van bruiklening daar hij bepaalde lasten diende te betalen en onderhoudswerkzaamheden heeft uitgevoerd aan de woning. Het Franse Hof heeft deze redenering verworpen omdat het vereiste bewijs niet voldoende werd geacht voor de onderhoudswerkzaamheden, gezien dit normaliter niet kadert in zijn verplichting om het goed te gebruiken als een goede huisvader conform art. 1880 CC. Desondanks blijft er in dit feitenrelaas een bruiklening voorliggen, ook al heeft de zoon als ontlener uiteindelijk de dienst verricht. Op deze manier geldt een verzachting van het strikte altruïsme dat wordt voorgehouden.

28. Wanneer de Franse zienswijze gevolgd wordt, dan is de omweg die TILLEMANN, VERBEKE en SAGAERT voorstellen via de kosteloze dienstverlening niet meer nodig. De kwalificatie van een bruiklening is dan nog steeds mogelijk wanneer het de ontlener is die een dienst verricht zoals in het Opa-vonniss. Daarnaast stelt de inversie van het kosteloze karakter in het Bob-vonniss eveneens geen problemen meer. In het Nederlands recht is in hoofde van de uitlener een indirect economisch of emotioneel belang mogelijk. De uitlener van de wagen aan de bob heeft er immers indirect een

²⁹ Asser-Van Schaick, 7-VIII, 2018, nr. 179.

³⁰ Asser-Van Schaick, 7-VIII, 2018, nr. 179.

³¹ P. MALAURIE, L. AYNÈS en P.-Y. GAUTHIER, "Droit des contrats spéciaux" in *Droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 569-570.

³² C. BÉNOS, "L'altruïsme dans le contrat de prêt à usage", *Rec. Dall.* 2013, 2358-2363.

³³ C. BÉNOS, "L'altruïsme dans le contrat de prêt à usage", *Rec. Dall.* 2013, (2358) 2359.

³⁴ C. BÉNOS, "L'altruïsme dans le contrat de prêt à usage", *Rec. Dall.* 2013, (2358) 2363.

³⁵ Cour de cassation (3^e civ.) 2 mai 2012, n° 11-18.927.

emotioneel belang bij dat hij veilig thuisgeraakt omdat hij zelf niet meer met de wagen kan rijden. Naar mijn mening is het daarom aangewezen om deze Nederlandse en Franse opvatting samen te voegen: de irrelevantie van het motief van de uitlener en de aanvaarding van een "samenwerking" tussen partijen waardoor ook de ontlener een dienst kan verrichten, werkt bovenstaande discussie in het Belgische recht weg.

II.3 Verbintenissen van de partijen

II.3.1 De ontlener

II.3.1.1 Gebruik, behoud en onderhoud

29. De ontlener gaat de verbintenis aan om als een goede huisvader van de zaak gebruik te maken. Deze plicht valt te kwalificeren als een middelenverbintenis.³⁶ De zaak mag volgens art. 1880 Oud BW enkel gebruikt worden overeenkomstig de aard van de zaak of volgens de bestemming bepaald in de overeenkomst.³⁷ Courante kosten die de ontlener in dat opzicht uitgeeft tot onderhoud van de zaak, kan hij niet terugvorderen en draagt de ontlener zelf (art. 1886 Oud BW).³⁸ Waardevermindering of beschadiging ten gevolge van normaal gebruik, en buiten enige schuld van de ontlener, wordt gedragen door de uitlener volgens art. 1884 Oud BW.³⁹

Wat het verlies van de zaak betreft, draagt in principe de uitlener dit risico aangezien hij eigenaar blijft van de uitgeleende zaak. De artt. 1881 tot en met 1883 Oud BW bevatten echter enkele uitzonderingen op dit principe.⁴⁰ De ontlener is aansprakelijk voor het verlies van de zaak in de gevallen waarin hij de zaak niet gebruikt volgens de overeengekomen bestemming of voor een langere tijd dan afgesproken. Daarnaast is de egoïstische ontlener aansprakelijk indien hij het verlies kon voorkomen door zijn eigen zaak te gebruiken, of wanneer hij de keuze had om slechts één zaak te behouden en hierbij de voorkeur geeft aan zijn eigen zaak. Ten slotte verschuift het risico van verlies naar de ontlener wanneer de zaak in gemeenschappelijk overleg werd geschat.

30. De eerstgenoemde uitzondering aangaande het verlies van de zaak bestaat niet meer in het Nederlandse recht.⁴¹ Boek 7A art. 1781, lid 3 NBW bevatte eveneens de regel dat de ontlener het geleende niet mag gebruiken voor een ander doel dan overeengekomen, of langer dan in de overeenkomst werd bepaald. Deze regeling werd geschrapt omdat het zonder enige reden afwijkt van de algemene regel van verbintenissenrecht uit Boek 6 art. 84 NBW.⁴²

31. Wat het gebruik van de zaak betreft, valt nog een opmerking te maken. Art. 1880 Oud BW vermeldt de aard van de zaak en daarna pas de overeengekomen bestemming. Nochtans zal de

³⁶ Y. MERCHIERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 335; B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 220.

³⁷ Art. 1880 CC en Boek 7A art. 1781 NBW.

³⁸ Art. 1886 CC en Boek 7A art. 1785 NBW.

³⁹ Art. 1884 CC en Boek 7A art. 1784 NBW.

⁴⁰ Art. 1881-1883 CC.

⁴¹ Enkel de tweede en derde uitzondering in respectievelijk Boek 7A art. 1782 en 1783 NBW.

⁴² Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 212; De algemene regel uit het Nederlands gemeen verbintenissenrecht bevat het principe dat het verzuim van de schuldenaar, dat niet toe te rekenen is aan de schuldeiser, gedragen wordt door de schuldenaar zelf.

inhoud van de overeenkomst primeren.⁴³ Het gebruik, de modaliteiten en het doelmatig gebruik kunnen immers conventioneel worden vastgelegd. Indien van deze conventionele beperkingen geen gebruik wordt gemaakt, is het mogelijk dat de beperkingen voortvloeien uit de aard van de uitgeleende zaak. De aard van de zaak komt dan slechts secundair aan bod.

II.3.1.2 Teruggave in natura

32. De essentiële verbintenis van de ontlener is de teruggave van de zaak in natura.⁴⁴ De zaak moet worden teruggegeven op het overeengekomen tijdstip, of bij gebreke aan een tijdsbepaling van zodra de zaak niet meer dient voor het gebruik waarvoor ze werd uitgeleend (art. 1888 Oud BW).⁴⁵

II.3.2 De uitlener

33. Wegens de zakelijke zienswijze rusten er op de uitlener na de afgifte van de zaak geen verplichtingen meer. In werkelijkheid is dit niet altijd zo. De uitlener dient in te staan voor de niet-courante kosten die door de ontlener eventueel gemaakt worden tot onderhoud van de zaak.⁴⁶ Ten tweede speelt er een waarborg voor verborgen gebreken die aan de ontlener schade berokkenen.⁴⁷ Wanneer de uitlener zich bewust was van gebreken en de ontlener hiervan niet op de hoogte heeft gebracht, dan staat de uitlener in voor de schadevergoeding als verbijzondering van de fout-aansprakelijkheid op basis van art. 1382 Oud BW.⁴⁸

III. Verbruiklening of eenvoudige lening

III.1 Constitutieve bestanddelen

III.1.1 Begrip

34. De verbruiklening is de lening van zaken die teniet gaan door het gebruik dat men ervan maakt, onder de verplichting om aan de uitlener de zaak terug te geven bij equivalent, namelijk zaken van gelijke soort en hoeveelheid (art. 1892 Oud BW).

III.1.2 Eigendomsovergang

35. In tegenstelling tot de bruiklening, vindt er bij verbruiklening wel degelijk een overdracht plaats van de eigendomsrechten betreffende de uitgeleende zaak. De uitlener blijft in dit regime geen eigenaar van de zaak, de eigendom gaat over naar de ontlener. Dit is derhalve het fundamentele

⁴³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 328.

⁴⁴ Y. MERCHIERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 329 en 335.

⁴⁵ Art. 1888 CC en Boek 7A art. 1787 NBW.

⁴⁶ Art. 1890 Oud BW; art. 1890 CC en Boek 7A art. 1789 NBW.

⁴⁷ Art. 1891 Oud BW; art. 1891 CC en Boek 7A art. 1790 NBW.

⁴⁸ B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 224.

verschil tussen bruiklening en verbruiklening. Volgens art. 1893 Oud BW houdt dit tevens de overgang in van het risico op verlies met betrekking tot de ontleende zaak.⁴⁹

III.1.3 Teruggaveplicht bij equivalent

36. Net zoals bij de bruiklening ontstaat er in hoofde van de ontlener een teruggaveplicht.⁵⁰ De vervangbare zaken die het voorwerp zijn van de verbruiklening moeten niet teruggave worden in natura, maar bij equivalent. Overeenkomstig art. 1892 Oud BW moet de ontlener zaken van een gelijke soort en hoeveelheid teruggeven.⁵¹

III.2 Kenmerken

III.2.1 Zakelijk en eenzijdig

37. Ook de verbruiklening is in de traditionele visie een zakelijke en dus eenzijdige overeenkomst, die slechts tot stand komt door de afgifte van de zaak.⁵² Dit is althans (nog) zo in het Belgische recht. Het Nederlandse en Franse recht hebben hier een nuancering op aangebracht, waardoor het zakelijk karakter van de verbruiklening afhankelijk is van het al dan niet commerciële karakter (*infra* nr. 48-51, 142-144 en 152-153).⁵³

III.2.2 Voorwerp

38. Doorgaans is het voorwerp van de verbruiklening de lening van geld, maar ook andere roerende zaken komen in aanmerking. Onroerende zaken kunnen daarentegen niet het voorwerp uitmaken van een verbruiklening.⁵⁴

Hierbij hoort echter een nuancering gemaakt te worden. Het onderscheid tussen de beide vormen van lening wordt gemaakt op basis van de aard van de uitgeleende zaak. In beginsel maken verbruikbare zaken het voorwerp uit van de verbruiklening, met als voorbeeld bij uitstek de lening van geld. Nochtans bestaat de mogelijkheid dat een inherent verbruikbare zaak het voorwerp uitmaakt van een bruiklening, indien de partijen dit op basis van hun wilsautonomie zo bepalen. De zaak wordt door de partijen in dat geval als niet-verbruikbaar bevonden. Er moet bijgevolg rekening gehouden worden met de bedoeling van de partijen.⁵⁵ Omgekeerd is het mogelijk dat de zaak niet-verbruikbaar is en de partijen toch kiezen voor het regime van de verbruiklening. Praktisch gezien is

⁴⁹ Art. 1893 CC en Boek 7A oud art. 1792 NBW.

⁵⁰ A. VERBEKE, "Actualia lening en bewaargeving" in J. HERBOTS en A. VERBEKE (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2002, 44.

⁵¹ Art. 1892 CC en Boek 7A oud art. 1791 NBW.

⁵² Y. MERCHIEERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 331-332; A. VERBEKE, "Actualia lening en bewaargeving" in J. HERBOTS en A. VERBEKE (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2002, 45.

⁵³ H.N. SCHELHAAS, "Het naderende einde van boek 7A BW", *NTBR* 2016, 167-168; Cour de cassation (1^{re} civ.) 28 mars 2000, n° 97-21.422.

⁵⁴ B. TILLEMANS en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 225.

⁵⁵ H. COUSY, "De lening" in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 304.

dus niet de verbruikbaarheid, maar de vervangbaarheid het criterium om bruiklening en verbruiklening van elkaar te onderscheiden.⁵⁶

39. In Nederland wordt eveneens de nuance gemaakt dat er via de partijbedoeling uitgemaakt moet worden of er sprake is van bruiklening, dan wel verbruiklening. Beschouwen de partijen ten aanzien van de teruggaveplicht de zaak als vervangbaar, dan ligt een bruiklening voor, mag er ook een gelijksoortige zaak worden teruggegeven, dan is er sprake van verbruiklening.⁵⁷

III.2.3 Om niet of ten bezwarende titel

40. Gelijklopend met de bruiklening kan de verbruiklening een overeenkomst om niet zijn, maar kan deze ook onder bezwarende titel worden aangegaan. Een voor de hand liggend voorbeeld is natuurlijk de lening op interest (*infra* nr. 45-47).

41. Indien het contract om niet wordt bedongen, blijft er in de klassieke benadering sprake van een zakelijk contact. Wanneer het echter gaat om een contract ten bezwarende titel, is er een tendens in de rechtsleer gaande dat dit een consensuele overeenkomst inhoudt.⁵⁸ De rechtspraak deelt deze opvatting echter niet.⁵⁹ In het derde hoofdstuk zal de problematiek rond deze kwalificatie uitvoerig aan bod komen. Het vierde hoofdstuk behandelt vervolgens de gevolgen van deze zakelijke dan wel consensuele benadering van de (ver)bruiklening, en het bijhorende bewijsregime.

III.3 Verbintenissen van de partijen

III.3.1 De ontlener

III.3.1.1 Teruggave bij equivalent

42. In het geval van verbruiklening en gelet op de vervangbaarheid van de zaak, ontstaat er in hoofde van de ontlener maar één verbintenis, namelijk de teruggave bij equivalent.⁶⁰ De ontlener moet de zaak zelf niet teruggeven, maar wel de gelijke waarde in hoeveelheid en hoedanigheid.⁶¹

43. De artt. 1899 en 1900 Oud BW regelen het tijdstip van de teruggave en beantwoorden daarmee de vraag wanneer er teruggegeven moet worden.⁶² Indien een tijdsbepaling werd

⁵⁶ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 325.

⁵⁷ Asser-Kamphuisen 5-II, 1976, 268 en 285.

⁵⁸ B. DU LAING, "Naar een veralgemeende afwijzing van het zakelijk karakter van de geldlening?", *TBH* 2000, 228-232; B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 903 e.v.; B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, 961-965; F. GLANSDORFF, en E. VAN DEN HAUTE, "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Buylant, 2017, 216-219; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 334-335.

⁵⁹ Cass. 8 mei 2015, *Arr.Cass.* 2015, 1188; Cass. 27 april 2020, *TBBR* 2020, 534-535; Cass. 18 juni 2020, *NJW* 2020, 748.

⁶⁰ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 729.

⁶¹ Y. MERCHIERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 339; A. BEECKWEE, "Commentaar bij artikel 1892 BW" in *Comm.Bijz.Ov* 2016, 81.

⁶² Art. 1899-1900 CC.

bedongen, is de ontlener verplicht op dat tijdstip het equivalent terug te geven.⁶³ De uitlener kan voor deze bepaalde termijn geen terugvordering vragen. Is er geen termijn bepaald, dan geldt de lening voor een onbepaalde duur en kan de uitlener te allen tijde terugvorderen.⁶⁴ De rechter kan in dat geval, naargelang van de omstandigheden, uitstel verlenen aan de ontlener.

III.3.2 De uitlener

44. Evenzeer gelden er in deze situatie geen verplichtingen in hoofde van de uitlener wegens het zakelijk karakter van de (ver)bruiklening. Enkel valt op te merken dat art. 1898 Oud BW de uitlener inzake verbruiklening op dezelfde wijze aansprakelijk stelt voor verborgen gebreken, zoals dat ook het geval is bij de bruiklening (*supra* nr. 33).⁶⁵

IV. Lening op interest

45. Lening op interest is verbruiklening tegen een prijs.⁶⁶ Het is geen variant op de verbruiklening, maar een autonome wettelijk bepaalde vorm van verbruiklening, die onder bezwarende titel wordt aangegaan.⁶⁷ Volgens art. 1905 Oud BW is het mogelijk om een interest te bedingen voor een lening van geld, waren of andere roerende zaken.⁶⁸ Er bestaat een natuurlijke verbintenis tot betalen van de interest, waardoor de ontlener de betaalde niet-bedongen interest niet kan terugvorderen, noch in mindering brengen op het kapitaal (art. 1906 Oud BW).⁶⁹

46. De interestvoet kan door de contractspartijen vrij bepaald worden. Indien de wet geen specifiek verbod bevat, mag de bedongen interest de wettelijke te boven gaan. Wordt er geen vrij gekozen interest bepaald, dan geldt de wettelijke interest.⁷⁰

47. Bij de lening op interest ontstaat in hoofde van de ontlener, naast de teruggaveplicht bij equivalent, eveneens de verbintenis om aan de uitlener interest te betalen. Het doorgaans eenzijdige karakter van de verbruiklening komt hierdoor niet in het gedrang, de lening op interest creëert voor de uitlener ook geen verplichtingen. De verbintenis tot betaling van de interest, voegt zich eenvoudigweg als een bijkomende verbintenis bij de algemene teruggaveplicht van de ontlener.⁷¹

⁶³ A. VERBEKE, "Actualia lening en bewaargeving" in J. HERBOTS en A. VERBEKE (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2002, 46.

⁶⁴ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 729.

⁶⁵ Art. 1898 CC.

⁶⁶ B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 226.

⁶⁷ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 134; F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Buylant, 2017, 253; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 2020, 381.

⁶⁸ Art. 1905 CC en Boek 7 art. 129c NBW.

⁶⁹ Art. 1906 CC; B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 227.

⁷⁰ Art. 1907 lid 1 en 4 Oud BW; art. 1907 CC en Boek 7 art. 129d NBW.

⁷¹ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 135.

V. Rechtsvergelijking

V.1 Nederland: geldlening vervangt verbruiklening

48. Vooreerst dient een en ander duidelijk gemaakt te worden aangaande de terminologie. Het concept "zakelijke overeenkomst zoals dat bestaat in het Belgische recht komt niet overeen met de zakelijke overeenkomst in Nederland. De equivalent van onze zakelijke overeenkomst kent Nederland als de "reële overeenkomst". Een zakelijke overeenkomst slaat in Nederland op een overeenkomst inzake rechtsgevolgen betreffende zakelijke rechten, en is bovendien een creatie van de doctrine.⁷² In het huidig Nederlands recht is nu sprake van de goederenrechtelijke overeenkomst en niet meer de gebruikelijke zakelijke overeenkomst.⁷³

49. Dat gezegd zijnde, is in Nederland recent de figuur van de verbruiklening in de veertiende titel van Boek 7A NBW vervallen en ondergebracht in Titel 2C van Boek 7 NBW, onder de algemene bewoording "geldlening".⁷⁴ Deze regeling bouwt voort op het eerder ingediende voorstel tot "verbruikleen van geld" in 1972, dat niet werd ingevoerd.⁷⁵ Hiermee kiest Nederland definitief voor de verlating van verbruiklening als reële overeenkomst. De nieuwe ingevoerde geldlening is voortaan een consensuele overeenkomst, althans voor geldleningen met een professionele uitlener.

50. De Nederlandse wetgever voert hiermee een nieuwe regeling in wat betreft de verbruiklening. Dit houdt in dat enkel de verbruiklening met betrekking tot geld een plaats heeft gekregen in Boek 7 NBW. Andere soorten van verbruiklening, bijvoorbeeld van effecten of consumptiegoederen, komen hierdoor geheel te vervallen. In de praktijk zullen deze vormen van verbruiklening blijven bestaan, maar ze zijn niet langer benoemde overeenkomsten. Een specifieke regeling maakt hierdoor plaats voor de gelding van de algemene regels in Boek 6 NBW.⁷⁶ Daarnaast gaat het concept van de reële overeenkomst teloor ten voordele van een consensuele overeenkomst. De overeenkomst komt bij deze tot stand vanaf de wilsovereenstemming – zijnde de loutere toezegging om aan de ontleners een zaak uit te lenen – en niet pas bij de afgifte van de zaak.⁷⁷ De uitvoerige bespreking van het Nederlandse recht is opgenomen in het derde hoofdstuk.

⁷² Asser-Kamphuisen 5-II, 1976, 227; J.G. GRÄLER, *Mandeligheid (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht)*, Kluwer, Deventer, 2007, 130-134.

⁷³ Asser-Sieburgh 6-III, 2018, nr. 23 e.v.

⁷⁴ Wet 5 oktober 2016 houdende aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Stb.* 14 oktober 2016.

⁷⁵ A.A. VAN VELTEN, "Wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet (incl. huurkoop) en geldlening ingediend", *WPNR* 2016, (367) 368; MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 2.

⁷⁶ T.F.E. TJONG TJIN TAI, "Weg met Boek 7A", *WPNR* 2016, (793) 793.

⁷⁷ MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 43.

V.2 Frankrijk: dualisme

51. Het Franse Hof van Cassatie loopt België al twintig jaar voor in de tijd. In 2000 besloot het Franse Hof dat de verbruiklening gesloten door een professionele kredietinstelling niet langer een zakelijke overeenkomst is, en hanteert hierdoor een dualistische zienswijze wat de verbruiklening betreft.⁷⁸ Met die beslissing kiest de Franse rechtspraak ook voor het onderscheid tussen een verbruiklening gesloten tussen particulieren, die haar reëel karakter behoudt, en de professionele verbruiklening als een wederkerige overeenkomst. Een wettelijke verankering, zoals dat in Nederland wel het geval is, bevat de Franse Code Civil echter niet. Hierdoor heerst er in de Franse doctrine nog steeds enige onzekerheid over het al dan niet consensueel karakter van een leningsovereenkomst in het algemeen. De Franse opvatting zal eveneens in het derde hoofdstuk aan bod komen.

VI. Tussenbesluit

52. Het eerste hoofdstuk beantwoordt de vraag: "*Welke gemeenrechtelijke vormen van leningsovereenkomsten bestaan er in het Belgische, Nederlandse en Franse recht?*" De uiteenzetting van de bruiklening leert ons dat er tussen het Belgische, Nederlandse en Franse systeem weinig verschillen zijn voor deze oude rechtsfiguur. Op enkele kleinigheden na, komen de drie rechtstelsels overeen wat de regeling van bruiklening betreft. Het voorwerp van de Nederlandse bruiklening wordt niet meer in de wet opgenomen, maar is praktisch gezien hetzelfde. Dan rest enkel het verschil in de uitzondering aangaande het risico bij verlies van de zaak dat terug overgaat op de ontlener in het Nederlandse recht (*supra* nr. 30). Wat het Franse recht betreft zijn er geen fundamentele verschillen aan te stippen ten opzichte van de Belgische regeling.

53. Betreffende de verbruiklening spelen er al wat meer verschillen mee in de drie rechtssystemen. Zoals gezegd is de Nederlandse verbruiklening vervangen door de geldlening. De verbruiklening die geen geldlening is, is in Nederland een onbenoemde overeenkomst geworden. Geldlening is daarentegen in de commerciële vorm een consensuele overeenkomst. In Frankrijk geldt dezelfde opdeling. De "gewone" verbruiklening is er echter niet afgeschaft, en blijft een zakelijke overeenkomst. De commerciële geldlening wordt als consensueel beschouwd door het Franse Hof van Cassatie, hiervan is geen wettelijke verankering in tegenstelling tot Titel 2C van Boek 7 NBW. In het Belgische recht blijft de (ver)bruiklening geheel een zakelijke overeenkomst.

⁷⁸ Cour de cassation (1^{re} civ.) 28 mars 2000, n° 97-21.422; S. PIÉDELIÈVRE, "Vers la disparition des contrats réels?", *Rec. Dall.* 2000, (482) 482.

Hoofdstuk 2 – Het toepasselijke bewijsrecht voor Belgische leningsovereenkomsten: een vergelijking tussen het oude en nieuwe BW

I. Krachtlijnen tot invoering van het nieuwe bewijsrecht

55. Sedert 1 november 2020 is het nieuwe bewijsrecht van kracht en heeft het een eigen plek veroverd in Boek VIII van het BW. De essentie van het bewijsrecht blijft grotendeels bestaan, doch is het onderworpen aan een grondige opknapbeurt. Met de invoering van het nieuwe bewijsrecht beoogt de wetgever namelijk een modernisering die voldoet aan de maatschappij in de 21^{ste} eeuw, en vooral aan de technologische ontwikkeling.⁷⁹ Modernisering en duidelijke codificatie van bestaand recht, uit zowel rechtspraak als rechtsleer, vormen bijgevolg de rode draad. De bedoeling van de wetgever is tevens didactisch van aard.⁸⁰ Op die manier is het bewijsrecht toegankelijker, worden knelpunten uitgeklaard en krijgen bepaalde begrippen een eenvormige definitie.⁸¹ Tot slot schaft de wetgever enkele verouderde begrippen af. Huishoudelijke registers en papieren, de kerven en de akten van erkenning en bevestiging zijn voortaan rechtsgeschiedenis.⁸² Ze zijn onbekend en worden amper nog gebruikt.⁸³

56. Het nieuwe bewijsrecht voert in het licht van de hedendaagse noden twee wijzigingen door die van belang zijn voor deze masterscriptie. Ten eerste wordt het bewijsformalisme versoepeld en het vrij bewijsstelsel ruimer. In het bijzonder gaat dit over de verhoging van het maximumbedrag voor bewijs van vermogensrechtelijke handelingen, en de verruiming van het vrij bewijsstelsel naar eenzijdige rechtshandelingen. Ten tweede creëert de wetgever een versoepeling wat de bewijslast en bewijsstandaard betreft. Deze wijzigingen komen verder in dit hoofdstuk aan bod.

II. Wettelijke definities

II.1 Geschrift

57. In het licht van de technologische ontwikkeling bevat art. 8.1, 1^o BW nu een definitie van het geschrift, dat voorheen ontbrak in het oude bewijsrecht.⁸⁴ Een geschrift is nu een open begrip dat slaat op iedere vorm, ongeacht de drager.⁸⁵

⁷⁹ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 117.

⁸⁰ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 627.

⁸¹ MvT wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2018-2019, nr. 54-3349/001, 4 (**hierna: MvT Boek 8 "Bewijs"**); B. ALLEMEERSCH, "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 125-126.

⁸² B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 627.

⁸³ MvT Boek 8 "Bewijs", 31-32.

⁸⁴ B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 27-28.

⁸⁵ MvT Boek 8 "Bewijs", 6.

De definitie luidt als volgt: "*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.*" In de huidige stand van de samenleving is een geschrift immers niet enkel nog een klassiek vodge papier, maar ook een e-mail, chatbericht of sms zijn alom tegenwoordig. Daarnaast is de definitie conform de bewoording van art. XII.15 §2 Wetboek Economisch Recht.

58. De wetgever preciseert daarbij de inachtneming van de integriteit van de informatie.⁸⁶ Het mechanisme waarmee het geschrift wordt gemaakt moet waarborgen dat de inhoud niet kan worden aangetast. Minstens moet een wijziging of aantasting detecteerbaar zijn, dat is het geval voor zowel het traditionele geschrift als elektronische mechanismen. Voor dat laatste volstaat dat de wijziging valt op te sporen in het systeem, in tegenstelling tot de zichtbaarheid van een toevoeging of schrapping op papier.

59. Uit het voorgaande volgt dat voor een geschrift drie voorwaarden vereist zijn: (1) de inhoud is begrijpelijk, (2) de inhoud heeft een duurzaam karakter en (3) de integriteit van de inhoud is gewaarborgd.⁸⁷

II.2 Handtekening

60. Art. 8.1, 2° BW stelt dat de handtekening bestaat uit: "*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.*" Ook aan de handtekening wordt dus een open definitie gegeven zodat, net zoals bij het geschrift, tegemoet wordt gekomen aan het digitale tijdperk. Van een akte in bewijsrechtelijke zin is pas sprake als er op het geschrift een handtekening staat.⁸⁸ De digitale vorm van het geschrift en/of de handtekening verandert daar niets aan: wat de handtekening betreft, is het bijgevolg zeer duidelijk dat dit zowel een handgeschreven als een elektronisch aangebrachte handtekening kan zijn. Bovendien bestond er een arsenaal aan wetgeving omtrent de handtekening verspreid in het BW en aparte wetgeving.⁸⁹ Via de hervorming is het begrip nu duidelijk en eenvormig gedefinieerd.

⁸⁶ MvT Boek 8 "Bewijs", 6.

⁸⁷ J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1124.

⁸⁸ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 635.

⁸⁹ Wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatie diensten, *BS* 29 september 2001, 33070, deze werd naderhand vervangen door de eIDAS-verordening en de wet van 21 juli 2016 tot uitvoering van deze verordening (Digital Act I), daarnaast is er reeds de Digital Act II via de wet van 20 september 2018 met een aantal wijzigingen in het Belgische recht wat betreft het harmoniseren van begrippen en het sluiten van elektronische overeenkomsten.

61. De dubbele functie van de handtekening wordt tevens geuit door de ingevoerde definitie.⁹⁰ Op de eerste plaats identificatie, op de tweede plaats confirmatie. De handtekening maakt het immers mogelijk om de identiteit van de ondertekenaar te ontraden, alsook geeft het uitdrukking aan de wil om in te stemmen met de inhoud van het ondertekende geschrift.⁹¹

62. Aangaande de elektronische handtekening kan kort vermeld worden dat dit een verwijzing is naar de definitie uit de eIDAS-verordening.⁹² In art. 3 van genoemde verordening vallen drie types elektronische handtekeningen te onderscheiden op basis van het beveiligingsniveau: de gewone, de geavanceerde en tot slot de gekwalificeerde elektronische handtekening.⁹³ Het verschil bevindt zich in de mate van betrouwbaarheid. Het meest betrouwbaar is de gekwalificeerde vorm waarbij de controle verloopt met behulp van een gekwalificeerd certificaat. Het meest gekende voorbeeld hiervan is het gebruik van de elektronische identiteitskaart.⁹⁴ De gewone en geavanceerde vorm liggen dicht in elkaars buurt, het onderscheid wordt dan ook in vraag gesteld.⁹⁵ Anderen vinden het onderscheid wel relevant aangezien de rechter een hogere bewijswaarde zou toekennen aan de geavanceerde vorm, omdat er bijkomende technische vereisten spelen.⁹⁶ Voorbeelden van een gewone elektronische handtekening zijn een gescande handtekening, een pincode, herkenning van de vingerafdruk... De geavanceerde vorm neigt meer in de richting van een gebruikersnaam en wachtwoord in een applicatie of IP-adressen.⁹⁷

III. Gereguleerd bewijsstelsel

III.1 Keuze tot behoud

63. Het gloednieuwe Boek VIII dient tot bevestiging van het gereguleerd bewijsstelsel in het vermogensrecht, inclusief enkele versoepelingen (*supra* nr. 55-56). De cruciale keuze van de wetgever luidt namelijk dat het gereguleerd bewijsrecht behouden blijft, in lijn met de gelijklopende beslissing in Frankrijk. Vervolgens is er het doel het geldend recht te verduidelijken, evenals het ophelderen van het bewijs van de eenzijdige rechtshandeling (*infra* nr. 69-70).

64. Ter verduidelijking kan een bewijsstelsel vrij of gereguleerd zijn. Het gereguleerd bewijsstelsel is niet de regel: het Belgische bewijsstelsel is duaal, waardoor gereguleerd bewijs

⁹⁰ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 121.

⁹¹ MvT Boek 8 "Bewijs", 6-7; J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1124-1125.

⁹² 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 1999/93/EG, *Pb.L.* 28 augustus 2014, 73-114.

⁹³ MvT Boek 8 "Bewijs", 7-8; art. 3.10 tot 3.12 eIDAS-verordening.

⁹⁴ B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 30-31.

⁹⁵ H. JACQUEMIN, "Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016", *JT* 2017, (197) 199.

⁹⁶ J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1125.

⁹⁷ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 121-122; J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1125.

zelfs eerder de uitzondering is dan de regel.⁹⁸ Een vrij bewijsstelsel bevat geen wettelijk bepaalde tussenkomst van de rechter, noch een taakverdeling tussen de partijen.⁹⁹ Het bewijs mag geleverd worden met alle middelen van recht zonder dat de hiërarchie tussen de bewijsmiddelen op voorhand is vastgelegd. In een gereguleerd bewijsstelsel bestaat er logischerwijze wel een rechterlijke tussenkomst aangaande de bewijsvoering en de taakverdeling der partijen. De toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, hun bewijswaarde en hun onderlinge hiërarchie zijn wettelijk bepaald.¹⁰⁰ Dit onderscheid valt het best te maken tussen het vrije bewijs in strafzaken en het gereguleerde bewijs in burgerlijke zaken.¹⁰¹

65. Het burgerlijk bewijsrecht is dientengevolge een gereguleerd bewijsstelsel waarbij de wettelijke voorschriften nageleefd moeten worden.¹⁰² In de van oudsher gebruikte bewoordingen van het Hof van Cassatie: "*In burgerlijke zaken kan het bewijs van feiten niet worden geleverd dan volgens de regels en in de vormen, bij de wet bepaald.*"¹⁰³ In het oude bewijsrecht blijkt deze reglementering uit de artt. 1315 tot en met 1369 Oud BW, waarbij de voorkeur uitgaat naar het schriftelijk bewijs. De twee belangrijkste akten binnen deze categorie zijn de authentieke akte (art. 1317 Oud BW) en de onderhandse akte (art. 1322 Oud BW). Daarnaast geldt art. 1341 Oud BW als kernbepaling voor de hiërarchie van de bewijsmiddelen en het belang dat de wetgever hecht aan het geschrift.¹⁰⁴ De gouden regel uit voornoemd artikel bepaalt dat vanaf dat de rechtshandeling die bewezen dient te worden een bepaalde waarde te boven gaat, een geschrift vereist is, en het getuigenbewijs of bewijs via vermoedens niet is toegelaten.¹⁰⁵ Het plafond waarboven deze regel van toepassing is, ligt in het oude bewijsrecht op 375 euro. Het bewijsrecht is onder het oude BW zeer formalistisch aangezien dit een lage drempel is. Dat betekent dat er quasi bij wijze van standaard een geschrift vereist wordt, ook voor kleinere verrichtingen.

66. Het nieuwe bewijsrecht behoudt dat formalisme. Toch moet hier de nuance gemaakt worden dat art. 8.8 BW het uitgangspunt vooropstelt van het vrije bewijsstelsel, tenzij de wet anders bepaalt. Art. 8.9 BW vormt hier meteen de uitzondering op als equivalent van art. 1341 Oud BW, waarbij het gereguleerd bewijsstelsel zal gelden (*infra* nr. 68).

III.1.1 Vertrouwde uitzonderingen

67. Op de vereiste van het geschrift bestaan nochtans enkele uitzonderingen die ook in het nieuwe bewijsrecht behouden blijven. De verruiming van het vrij bewijsstelsel naar alle ondernemingen is in dat opzicht de eerste uitzondering die wordt doorgetrokken van art. 1348bis

⁹⁸ B. ALLEMEERSCH, "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 128.

⁹⁹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 20.

¹⁰⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Morsel, Intersentia, 2019, 1016.

¹⁰¹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 21.

¹⁰² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 156.

¹⁰³ Cass. 11 december 1969, *Arr. Cass.* 1969, 356.

¹⁰⁴ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 189.

¹⁰⁵ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 663.

Oud BW naar art. 8.11 BW, mits enkel een terminologieverschil en een codificatie van bestaand recht.¹⁰⁶ Het bewijs tussen ondernemingen valt echter buiten het bestek van deze masterscriptie.

Art. 8.12 BW is het equivalent van art. 1348 Oud BW, zijnde de onmogelijkheid om te bewijzen via een geschrift. In het nieuwe bewijsrecht worden drie vormen van onmogelijkheid uit de rechtspraak en doctrine wettelijk verankerd: (1) een materiële of morele onmogelijkheid, (2) situaties waarin het gebruikelijk is om geen geschrift op te stellen en (3) wanneer door overmacht de akte verloren is gegaan.¹⁰⁷

Vervolgens is art. 8.13 BW een verduidelijking van andere bestaande uitzonderingen op de vereiste van het geschrift als equivalent van art. 1347 Oud BW.¹⁰⁸ Conform het oude bewijsrecht kan er bijgevolg bewezen worden met een begin van bewijs door geschrift.¹⁰⁹ De uitzondering uit art. 8.13 BW laat toe het geschrift te vervangen door een bekentenis, een beslissende eed of een begin van bewijs door geschrift voor zover aangevuld met een ander bewijsmiddel.¹¹⁰

Ten slotte sluit art. 8.14 BW af met de regel dat het bewijs *door* derden vrij is, overeenkomstig het reeds geldende principe in het oude bewijsrecht.¹¹¹ Derden mogen het bewijs van andermans rechtshandeling bewijzen met alle middelen van recht.¹¹² Dit is logisch daar een derde geen origineel ter beschikking heeft van de akte wegens afwezigheid bij de opmaak ervan.¹¹³

III.2 Versoepelingen: vernieuwingen en nieuwe uitzonderingen

III.2.1 Wettelijke drempel

68. De belangrijkste vernieuwing in het bewijsrecht is de aanzienlijke verhoging van de drempel die het gereguleerde stelsel in werking stelt. Het bedrag wordt opgetrokken van 375 euro naar een bedrag gelijk aan of hoger dan 3.500 euro (art. 8.9§1 BW). Pas vanaf dat nieuwe bedrag vereist de wetgever voortaan een geschrift. Hierdoor kunnen courante rechtshandelingen beneden deze grens bewezen worden via het vrij bewijsstelsel.¹¹⁴ Voor rechtshandelingen kleiner dan 3.500 euro is er dus géén geschrift meer vereist. Hiermee beoogt de wetgever het bewijsstelsel minder rigide te maken in de ogen van de burger als aanmoediging om in rechte op te treden.¹¹⁵

¹⁰⁶ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 146-147.

¹⁰⁷ MvT Boek 8 "Bewijs", 25; B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 632; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 191-192.

¹⁰⁸ MvT Boek 8 "Bewijs", 25.

¹⁰⁹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 180.

¹¹⁰ N. CLIJMANS, "Het nieuwe bewijsrecht", *Notariaat* 2020, (1) 9.

¹¹¹ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 633; Cass. 17 november 2010, *Arr. Cass* 2010, 2766.

¹¹² J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1135.

¹¹³ MvT Boek 8 "Bewijs", 25.

¹¹⁴ MvT Boek 8 "Bewijs", 4.

¹¹⁵ MvT Boek 8 "Bewijs", 18-19.

III.2.2 Eenzijdige rechtshandelingen

69. Als eerste nieuwe uitzondering wordt het vrij bewijsstelsel veralgemeend naar alle eenzijdige rechtshandelingen (art. 8.10 BW).¹¹⁶ Op deze manier maakt de wetgever komaf met de onduidelijkheid die hierover bestond.¹¹⁷ De algemene regel voor eenzijdige rechtshandeling is nu het vrij bewijs, om zodoende een complex en onwerkbaar onderscheid te voorkomen met het bewijs voor derden.¹¹⁸ Praktisch gezien is het nogal moeilijk om van de steller de overlegging van het door de begunstigde in ontvangst genomen originele bewijs van een eenzijdige rechtshandeling te verlangen.¹¹⁹ De begunstigde heeft dat origineel namelijk in bezit aangezien eenzijdige rechtshandelingen slechts gesteld worden door één persoon.¹²⁰

70. Desondanks wil dit niet zeggen dat de eenzijdige rechtshandeling *altijd* volledig vormvrij bewezen kan worden. Er geldt één uitzondering, namelijk de eenzijdige verbintenis tot betalen in art. 8.21 BW.¹²¹ Dit valt te onderscheiden van het bewijs van de betaling waarbij wel gebroken wordt met de regeling uit het verleden, en er nu bewezen mag worden met alle middelen van recht ongeacht het bedrag.¹²²

Voor de verbintenis waarbij een persoon zich verbindt om een geldsom te betalen of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken te leveren, houdt de wetgever daarentegen wel vast aan een zeker formalisme.¹²³ In dat geval is er nog steeds een handtekening vereist van de persoon die zich verbindt, alsmede een handgeschreven vermelding van de som of hoeveelheid vervangbare zaken, voluit geschreven in letters. De bewoording uit de tegenhanger van art. 1326 Oud BW betreffende een handgeschreven "goed voor" of "goedgekeurd voor" is geschrapt.¹²⁴ Art. 8.21 BW geldt voor iedere rechtshandeling inzake een eenzijdige verbintenis tot betalen, ongeacht of de waarde meer of minder bedraagt dan 3.500 euro. Bovendien is deze bepaling van dwingend recht.¹²⁵

III.2.3 Bewijs tegen derden

71. Art. 8.14 BW omvat niet enkel het bewijs *door* derden maar ook *tegen* derden. Het nieuwe bewijsrecht kent bijgevolg een nieuwe uitzondering ten voordele van het bewijs van een rechtshandeling *door* een partij *tegen* een derde. Opnieuw breekt de wetgever hier met het verleden waar de partijen wel nog gebonden zouden zijn door het formalistisch bewijsstelsel. Het bewijs is hierdoor ook vrij in de relatie van contractspartij richting de derde. De verklaring volgens de wetgever

¹¹⁶ MvT Boek 8 "Bewijs", 5; N. CLIJMANS, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 51-52.

¹¹⁷ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 137; B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 632-633.

¹¹⁸ MvT Boek 8 "Bewijs", 20.

¹¹⁹ MvT Boek 8 "Bewijs", 20.

¹²⁰ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 633.

¹²¹ N. CLIJMANS, "Het nieuwe bewijsrecht", *Notariaat* 2020, (1) 8-9.

¹²² I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 137.

¹²³ N. CLIJMANS, "Het nieuwe bewijsrecht", *Notariaat* 2020, (1) 8-9.

¹²⁴ J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1132.

¹²⁵ Art. 8.21 *in fine* stelt immers dat elke overeenkomst die ervan afwijkt nietig is; B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1103.

ligt in de struikelblok van een meerpartijenovereenkomst. Er zou dan een situatie ontstaan waarbij er zowel ondernemingen als niet-ondernemingen optreden als partij, en het bewijs ten aanzien van bepaalde partijen al dan niet met een geschift bewezen moet worden. Tussen particulieren onderling is in die hypothese een geschrift nodig jegens derden, terwijl bewijs tussen ondernemingen beoordeeld zou worden met bewijs via alle middelen van recht. Om te anticiperen op complexe gevolgen kiest de wetgever om het bewijs van particulieren jegens derden eveneens vrij te maken. Daar wordt meteen aan toegevoegd dat derden hier geen nadeel aan ondervinden omdat het contract niet bindend is ten aanzien van hen.¹²⁶ Enkel het bestaan en de inhoud is immers tegenwerpelijk aan derden.¹²⁷ Voor de tegenwerpelijkheid van de datum blijven evenwel bijzondere regels gelden (art. 8.14 tweede lid *juncto* 8.22 BW).

IV. Bewijslast

72. In het oude bewijsrecht wordt de bewijslast verdeeld overeenkomstig art. 1315 Oud BW. Degene die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan ervan bewijzen. Omgekeerd is het degene die beweert bevrijd te zijn, die de betaling of het tenietgaan van de verbintenis dient te bewijzen.¹²⁸ *Actori incumbit probatio*, de eiser draagt de bewijslast. Het nieuwe art. 8.4 BW herneemt deze algemene regel, mits een herformulering: “*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.*”¹²⁹ Deze formulering beaamt het ruimere toepassingsgebied van deze bepaling dat verder rijkt dan enkel het verbintenissenrecht.¹³⁰

73. Voorts codificeert art. 8.4 BW de geldende cassatierechtspraak waar geoordeeld wordt dat de plicht als partij tot medewerking een algemeen rechtsbeginsel vormt.¹³¹ Ook in de rechtsleer geldt een meerderheidsopvatting die steunt op een algemene plicht tot medewerking, gebaseerd op de goede trouw.¹³² Deze plicht tot medewerking wordt nu veralgemeend naar alle partijen bij de bewijsvoering. Deze medewerking geldt voortaan *sensu stricto* ten aanzien van de rechter, maar ook *sensu lato* ten aanzien van de wederpartij.¹³³

74. In het vierde lid van art. 8.4 BW doet het bewijsrisico haar wettelijke intrede. Deze theorie uit de rechtspraak en rechtsleer bepaalt dat in het geval van aanhoudende twijfel, de partij waarop

¹²⁶ MvT Boek 8 “Bewijs”, 25-26.

¹²⁷ Art. 1165 Oud BW.

¹²⁸ B. CATTOIR, “Burgerlijk bewijsrecht” in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 69-70.

¹²⁹ N. CLIJMANS, “Het nieuwe bewijsrecht”, *Notariaat* 2020, (1) 5.

¹³⁰ MvT Boek 8 “Bewijs”, 13; B. VANLERBERGHE, “Wat brengt het nieuwe burgerlijke bewijsrecht?” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2019*, Brugge, die Keure, 2019, 150.

¹³¹ Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424.

¹³² B. CATTOIR, “Burgerlijk bewijsrecht” in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 127, nr. 246 en de verwijzingen daar.

¹³³ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 128.

de bewijslast rust, in het ongelijk wordt gesteld.¹³⁴ Deze regel hangt samen met het verschil tussen de subjectieve en objectieve bewijslast. Welke partij op welk moment de bewijslast draagt, omvat de subjectieve bewijslast.¹³⁵ De objectieve bewijslast duidt diegene aan die tekort schiet in het aanbrengen van het noodzakelijke bewijs van de waarheid, en hierbij het risico draagt bij twijfel over de waarachtigheid van dat bewijs.¹³⁶ De keuze voor het bewijsrisico stemt overeen met de medewerkingsplicht daar de partijen hierdoor geen passieve houding kunnen aannemen aangaande de bewijsvoering.¹³⁷

75. Noemenswaardig is de nieuwe versoepeling in art. 8.4 vijfde lid BW, dat de rechter toelaat om de bewijslast om te keren. De rechter krijgt hier een geheel nieuwe bevoegdheid toegekend die de functie draagt van "veiligheidsklep" ter voorkoming van onbillijke gevolgen.¹³⁸ De wetgever beoogt met deze regel een *ultimum remedium* dat door de rechter toegepast moet worden met de nodige voorzichtigheid. Loutere materiële onmogelijkheid om het bewijs te leveren is geen vrijkaart voor de omkering van de bewijslast. De loyale medewerking of een onderzoeksmaatregel moeten eerst aangewend worden.¹³⁹ Indien de medewerking onwerkzaam is, en de partij hierdoor niet meer in staat is om het bewijs te leveren waarover ze beschikte, kan de rechter de bewijslast omkeren.¹⁴⁰ De rechter kan dus rekening houden met de verdwijning van bewijselementen. Tevens kan er rekening gehouden worden met een aanzienlijk (economisch) onevenwicht wanneer de bewijslast uitermate zwaar of duur is.¹⁴¹ Een tweede beweegreden bevindt zich in de vaststelling dat deze omkering in de praktijk al werd aangewend op een verdoken wijze.¹⁴² Door de wettelijke omkadering en strikte toepassingsvoorwaarden, kan misbruik en willekeur vermeden worden.¹⁴³

V. Bewijsstandaard

V.1 Begrip

76. In een gereguleerd bewijsstelsel kan de rechter geen toepassing maken van de leer van de innerlijke overtuiging.¹⁴⁴ De rechter is verplicht om de bewijswaarde van een bewijsstuk te aanvaarden, vandaar de benaming: wettelijke bewijswaarde. De vraag in hoeverre een rechter overtuigd moet zijn, wordt beantwoord door art. 8.5 BW. De bewijsstandaard kan begrepen worden als "*de mate van overtuiging die vereist is voor de rechter of de intensiteit waarmee een partij moet*

¹³⁴ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 130-132; Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1119; Cass. 20 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 645.

¹³⁵ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 129.

¹³⁶ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 131.

¹³⁷ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 629.

¹³⁸ MvT Boek 8 "Bewijs", 14.

¹³⁹ B. VANLERBERGHE, "Wat brengt het nieuwe burgerlijke bewijsrecht?" in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2019*, Brugge, die Keure, 2019, 155.

¹⁴⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1040.

¹⁴¹ MvT Boek 8 "Bewijs", 15.

¹⁴² N. CLIJMANS, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken*, Mechelen, Kluwer, 2019, 179-180.

¹⁴³ MvT Boek 8 "Bewijs", 15.

¹⁴⁴ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 630.

bewijzen."¹⁴⁵ In het oude bewijsrecht was er geen spoor van dit leerstuk. Art. 8.5 BW zorgt bijgevolg voor een wettelijke verankering van de cassatierechtspraak. Het Hof van Cassatie vereist in dat licht een zeker bewijs.¹⁴⁶ Het nieuwe bewijsrecht herneemt deze normale bewijsstandaard, maar omschrijft dit als een redelijke mate van zekerheid. Elke redelijke twijfel moet afwezig zijn, er is geen absolute of wetenschappelijke zekerheid vereist.¹⁴⁷ De rechtsleer stelt een zekerheid voor van 90 procent.¹⁴⁸

V.2 Bewijs door waarschijnlijkheid

77. Art. 8.6 BW bevat een uitzondering op de normale bewijsstandaard, namelijk het bewijs door waarschijnlijkheid. Voor negatieve feiten geldt er een verlaging van de bewijsstandaard, al is dit geen vrijstelling voor het leveren van bewijs. De verlaagde bewijsstandaard houdt in dat partijen slechts de waarschijnlijkheid moeten aantonen, in tegenstelling tot een zeker bewijs. Dit strookt met de visie van het Hof van Cassatie die voor het oude bewijsrecht al oordeelde dat de partijen niet zomaar zijn vrijgesteld, maar het bewijs niet moeten leveren met dezelfde striktheid.¹⁴⁹ Voor negatieve feiten moet het volgens de wetgever gaan om *"een oneindig negatief feit, dat wil zeggen een feit dat bewezen zou moeten worden door een onbegrensd aantal hypothesen."*¹⁵⁰ Hoewel de Raad van State dit adviseerde, is er in de wettekst zelf geen definitie opgenomen van een negatief feit.¹⁵¹

78. Nieuw is het tweede lid van art. 8.6 BW dat de verlaging van de bewijsstandaard ook laat gelden voor positieve feiten. Het gaat om quasi-onbewijsbare positieve feiten, waarvan het omwille van hun aard niet redelijk is om een zeker bewijs te verlangen.¹⁵² Concreet geldt er voor negatieve feiten steeds een verlaagde bewijsstandaard, maar voor positieve feiten zal dat enkel het geval zijn als het door de aard van het te bewijzen feit onmogelijk is om te bewijzen.¹⁵³ Daarnaast verduidelijkt art. 8.6 BW dat deze regel van toepassing is *"onverminderd de verplichting tot medewerking van alle partijen aan de bewijsvoering."* Er wordt bijgevolg geen genoegen genomen met het bewijs van waarschijnlijkheid, wanneer het bewijs geleverd kan worden door de tegenpartij te verzoeken de bewijselementen waarover ze beschikt, over te leggen.¹⁵⁴

79. Met deze waarschijnlijkheid wordt bedoeld dat er een overwegende waarschijnlijkheid voorhanden is.¹⁵⁵ Er zijn zwaarwegende gronden die de aanvoeringen objectief staven en dat

¹⁴⁵ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1051; I. SAMOY W. en VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 132.

¹⁴⁶ Cass. 19 december 1963, *Pas.* 1964, I, 416; Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759.

¹⁴⁷ MvT Boek 8 "Bewijs", 16.

¹⁴⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 618-723.

¹⁴⁹ Cass. 16 december 2004, *Arr.Cass.* 2004, 2081; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, I, 3022.

¹⁵⁰ MvT, Boek 8 "Bewijs", 11.

¹⁵¹ MvT, Boek 8 "Bewijs", 11.

¹⁵² MvT, Boek 8 "Bewijs", 16.

¹⁵³ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1053.

¹⁵⁴ MvT, Boek 8 "Bewijs", 16.

¹⁵⁵ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 133.

alternatieven, hoewel niet volledig onmogelijk, niet geloofwaardig lijken.¹⁵⁶ Wellicht gaat het over een zekerheidspercentage van 75 procent.¹⁵⁷

VI. Bewijsmiddelen

VI.1 Schriftelijk bewijs

80. Het nieuwe bewijsrecht bevat nu een definitie van zowel geschrift als handtekening. Van een akte, en dus bewijs door een ondertekend geschrift, is pas sprake als op het geschrift een handtekening staat.¹⁵⁸ Een ondertekend geschrift wordt in art. 8.1, 6° BW gedefinieerd als elke onderhandse of authentieke akte. Vandaar dat de eerste afdeling van het derde hoofdstuk het bewijs door ondertekend geschrift omschrijft.

VI.1.1 Authentieke akte

VI.1.1.1 Begrip

81. De authentieke akte wordt geregeld in de artt. 8.15 tot en met 8.17 BW. De definitie van een authentieke akte luidt overeenkomstig art. 8.1, 5° BW: "*Een geschrift dat in de wettelijke vorm is verleden voor een openbare of ministerieel ambtenaar die de bevoegdheid en hoedanigheid heeft te instrumenteren.*"

82. Art. 8.15 BW bevestigt dat een authentieke akte op elke drager geplaatst mag worden indien ze is opgesteld conform de wettelijke voorwaarden. Indien de akte werd opgesteld door een onbevoegde of onbekwame ambtenaar, dan krijgt ze het karakter van een onregelmatige authentieke akte. Indien ze ondertekend is door de partijen, dan geldt ze als een onderhandse akte luidens art. 8.16 BW.

VI.1.1.2 Bewijswaarde

83. De bewijswaarde van de authentieke akte wordt in het nieuwe bewijsrecht op duidelijke wijze omschreven. Authentieke vermeldingen genieten wettelijke bewijswaarde en kunnen enkel betwist worden door een betichting van valsheid.¹⁵⁹ De vermeldingen moeten bijgevolg persoonlijk door de ambtenaar in kwestie zijn verricht of vastgesteld. De akte levert een volledig bewijs op (art. 8.17 BW). Ook deze bepaling is van dwingend recht.¹⁶⁰

¹⁵⁶ MvT, Boek 8 "Bewijs", 17.

¹⁵⁷ MvT, Boek 8 "Bewijs", 17; B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 630.

¹⁵⁸ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 634.

¹⁵⁹ I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 139.

¹⁶⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1092.

VI.1.2 Onderhandse akte

VI.1.2.1 Begrip

84. Artt. 8.18 tot en met 8.22 BW bevatten de regeling voor de onderhandse akte. De definitie voor deze vorm van ondertekend geschrift luidt: "*Een geschrift dat rechtsgevolgen beoogt, dat door de partij(en) ondertekend wordt om met de bedoeling om met de inhoud ervan in te stemmen, en dat geen authentieke akte is.*"¹⁶¹ Dit is een eenvoudigere bewoording dan de oude ongelukkige verwoording in art. 1322 Oud BW.¹⁶² Daarnaast neemt de wetgever hier evenmin de woorden over dat de onderhandse akte erkend moet worden om er bewijswaarde aan te verlenen. Dit wekte in het oude recht een verkeerde indruk aangezien die erkenning in de regel stilzwijgend verloopt en geen positieve actie vereist.¹⁶³

VI.1.2.2 Bewijswaarde

85. Net zoals de authentieke akte geniet de onderhandse akte wettelijke bewijswaarde voor de overeenkomst die erin vervat is, mits voldaan is aan de voorwaarden van het vereist aantal originelen in art. 8.20 BW, dat de tegenhanger is van art. 1325 Oud BW. Het tegenbewijs kan hier enkel geleverd worden door de ontkenning van het handschrift of de handtekening via art. 8.19 BW, of door een ander ondertekend geschrift (art. 8.9 §1, lid 3 BW).

VI.1.3 Begin van bewijs door geschrift

VI.1.3.1 Begrip

86. Het nieuwe bewijsrecht definieert het begin van bewijs door geschrift als volgt: "*Elk geschrift dat uitgaat van degene die een rechtshandeling betwist of van degene die hij vertegenwoordigt, en waardoor de aangevoerde rechtshandeling waarschijnlijk wordt gemaakt*" (art. 8.1, 7° BW). Deze definitie vormt bijgevolg de tegenhanger van art. 1347 tweede lid Oud BW. In tegenstelling tot de oude definitie zijn dit slechts enkele tekstuele aanpassingen.

87. Opdat een onregelmatige akte in aanmerking komt als begin van bewijs door geschrift zijn er drie voorwaarden waaraan de "akte" moet voldoen. Er moet sprake zijn van een geschrift, uitgaande van degene tegen wie het wordt ingeroepen, dat het beweerde feit waarschijnlijk maakt.¹⁶⁴ Kortom: (1) een geschrift, (2) uitgaande van de schuldenaar en (3) waarschijnlijkheid.¹⁶⁵

88. Bij gebrek aan definitie van geschrift in het oude bewijsrecht bestond er enige onzekerheid over deze term.¹⁶⁶ Het nieuwe bewijsrecht bevat vandaag de dag wel een wettelijke definitie van het geschrift waardoor er een duidelijke houvast wordt geboden aangaande deze voorwaarde. De

¹⁶¹ Art. 8.1, 4° BW.

¹⁶² B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 635.

¹⁶³ MvT Boek 8 "Bewijs", 28.

¹⁶⁴ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 396.

¹⁶⁵ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 7-8.

¹⁶⁶ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 7.

onduidelijkheid van de bewoording geschreven "akte" in art. 1347 tweede lid Oud BW is hierdoor verleden tijd.¹⁶⁷ Verder komt het geschrift dat uitgaat van degene die het inroept niet in aanmerking. Niemand kan zich immers eenzijdig een volwaardig bewijs verschaffen van zijn eigen aanspraken.¹⁶⁸ Tot slot betreft de belangrijkste voorwaarde de waarschijnlijkheid: het volstaat niet dat het feit louter mogelijk wordt gemaakt.¹⁶⁹ Waarschijnlijkheid houdt eerder een schijn van waarachtigheid in.¹⁷⁰ Het beweerde feit wordt hierdoor aannemelijk en geloofwaardig zodat de rechter overtuigd raakt van de overeenstemming met de realiteit.¹⁷¹

VI.1.3.2 Bewijswaarde

89. Het begin van bewijs door geschrift is op zichzelf onvoldoende bewijs en levert geen volwaardig bewijs op.¹⁷² Het is hoogstens een vertrekpunt of een hulpmiddel voor de redenering van de rechter.¹⁷³ Zodra een begin van bewijs voorhanden is, dient dit aangevuld te worden met een of meer andere bewijsmiddelen (bv. bewijs door getuigen of vermoedens) om alsnog een volledig bewijs te bekomen.¹⁷⁴ In dat geval krijgt het dezelfde bewijswaarde als een ondertekend geschrift.¹⁷⁵ Het begin van bewijs door geschrift zet dus de deur op een kier voor bewijs via getuigen en vermoedens boven de 3.500 euro.

VI.2 Bekentenis

VI.2.1 Begrip

90. Voor de bekentenis valt een definitie terug te vinden in art. 8.1, 10° BW. Een bekentenis wordt omschreven als: "*Een erkenning door een persoon of door haar bijzonder gevolmachtigde vertegenwoordiger van een feit dat rechtsgevolgen tegen hem kan hebben.*" Het BW van 1804 had geen definitie van het begrip bekentenis, de definiëring was bijgevolg te vinden in cassatierechtspraak. Het Hof van Cassatie hanteerde destijds volgende definitie: "*Een eenzijdige daad waaruit een bewijs kan worden gehaald en die moet uitgaan van de partij tegen wie ze wordt aangevoerd, maar niet moet bestemd zijn om voor de tegenpartij als bewijs te dienen.*"¹⁷⁶

91. Via een bekentenis erkent een partij de juistheid van het tegen haar ingeroepen (rechts)feit of rechtshandeling, hoewel zij er belang bij heeft dit te ontkennen.¹⁷⁷ De bekentenis impliceert

¹⁶⁷ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 396.

¹⁶⁸ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 399.

¹⁶⁹ Cass. 18 september 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2089.

¹⁷⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1075.

¹⁷¹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 404.

¹⁷² S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtigke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 8.

¹⁷³ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 224; B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 406.

¹⁷⁴ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 220.

¹⁷⁵ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 193.

¹⁷⁶ Cass. 20 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, 2545.

¹⁷⁷ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtigke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 8-9; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 183.

bijgevolg een eenzijdige daad van degene die bekent, met een vrijwillig karakter.¹⁷⁸ Niemand kan gedwongen worden om te bekennen.¹⁷⁹ Een bekentenis kan daarnaast geen betrekking hebben op een rechtsvraag of de oplossing die aan een rechtsgeschil gegeven moet worden.¹⁸⁰

92. De intentionaliteit om de tegenpartij een bewijs te verstrekken is daarentegen niet (meer) noodzakelijk.¹⁸¹ Het Hof van Cassatie schafte deze voorwaarde in 2007 af.¹⁸² In een arrest van 2018 nuanceert het Hof dit wel door de stelling dat er wel nog steeds veronderstelt wordt dat "*de bedoeling of de toerekenbare schijn hiervan om de juistheid van de beweerde feiten te bevestigen*."¹⁸³ De bekentenis houdt bijgevolg de wil in om de juistheid van de feiten te bevestigen, wat niet te vereenzelvigen is met de intentie om aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen.¹⁸⁴ Om die reden geeft art. 8.32 tweede lid BW aan dat de bekentenis oprecht dient te zijn, hetgeen eveneens samenhangt met de vereiste van vrije en bewuste wil om te bekennen.

VI.2.2 Kenmerken

93. Een bekentenis kan gerechtelijk of buitengerechtelijk gebeuren. De termen spreken voor zich: de gerechtelijke bekentenis wordt gedaan voor de rechter in het kader van het geschil waarop de bekentenis betrekking heeft.¹⁸⁵ Deze bekentenis kan worden afgelegd op de zitting, tijdens een verhoor of bij een plaatsbezoek.¹⁸⁶ Een buitengerechtelijke bekentenis wordt niet voor de rechter afgelegd of gebeurt buiten het kader van het concrete geschil.¹⁸⁷ Het gaat bijgevolg om een bekentenis zonder gerechtelijk karakter hetzij wegens de afwezigheid van een rechter, hetzij afgelegd buiten ieder geding, hetzij afgelegd in een ander geding.¹⁸⁸

VI.2.3 Vormvoorwaarden

94. De bekentenis wordt aan geen enkele vormvoorwaarde onderworpen. Art. 8.30 BW geeft expliciet weer dat de bekentenis zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan, al dan niet intentioneel. Een uitdrukkelijke bekentenis gebeurt hetzij mondeling, hetzij schriftelijk.¹⁸⁹ Een schriftelijke bekentenis valt te onderscheiden van het ondertekend geschrift en moet niet voldoen aan de eisen van art. 1341 Oud BW of art. 8.9 BW.¹⁹⁰

¹⁷⁸ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425.

¹⁷⁹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 160.

¹⁸⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1116.

¹⁸¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 185.

¹⁸² Cass. 20 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, 2545.

¹⁸³ Cass. 3 mei 2018, *NJW* 2018, 481.

¹⁸⁴ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 161.

¹⁸⁵ Cass. 28 juni 2018, AR. C.17.0229.N.

¹⁸⁶ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1117.

¹⁸⁷ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 184.

¹⁸⁸ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 185.

¹⁸⁹ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 427.

¹⁹⁰ B. VANLERBERGHE, "Bewijs" in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 1118.

Het stilzwijgen van een partij kan enkel een bekentenis uitmaken indien het gaat om een omstandig stilzwijgen. Het moet dus gepaard gaan met omstandigheden die het stilzwijgen een dergelijk karakter verlenen of voor geen enkele andere interpretatie vatbaar zijn.¹⁹¹

VI.2.4 Bewijswaarde

95. Aan de bekentenis komt wettelijke bewijswaarde toe (art. 8.32 BW). Met het nieuwe bewijsrecht maakt de wetgever een einde aan de controverse over de bewijswaarde van de buitengerechtelijke bekentenis.¹⁹² Art. 8.31 derde lid BW bepaald nu dat de buitengerechtelijke en de gerechtelijke bekentenis beiden wettelijke bewijswaarde genieten.

96. De rechtsleer geeft aan de bekentenis bovendien de naam *la reine des preuves* omwille van haar verregaande bewijswaarde.¹⁹³ Met haar koninginnenstatus maakt ze het perfecte bewijsmiddel uit. Wanneer er een bekentenis bestaat, is de rechter hierdoor gebonden.¹⁹⁴ Noch de bewijswaarde, noch de geloofwaardigheid staan ter discussie ongeacht de overeenstemming met de objectieve waarheid.¹⁹⁵ Bijkomend bewijs eisen is uitgesloten.¹⁹⁶ Dit vermoeden van waarheid dat aan de bekentenis kleeft, heeft het te danken aan het nadelige rechtsgevolg dat inherent is aan de bekentenis: wie bekent, spreekt tegen zijn eigen belang.¹⁹⁷ Op basis daarvan vermoedt de wetgever dat degene die bekent, de waarheid spreekt.¹⁹⁸ Dit sluit natuurlijk niet uit dat mensen feiten voor hun rekening nemen, die ze niet hebben begaan.¹⁹⁹

VI.2.5 Toelaatbaarheid

97. Zowel de gerechtelijke als de buitengerechtelijke bekentenis zijn steeds toegelaten, voor zover de wet hierop geen uitzondering voorziet. In beginsel is een bekentenis hierdoor zelfs toegelaten tegen en boven de inhoud van een geschrift.²⁰⁰ Een uitzondering hierop wordt in het nieuwe bewijsrecht overgenomen in art. 8.31 eerste lid BW als tegenhanger van art. 1355 Oud BW. De geherformuleerde uitzondering bevat kortom het principe dat een zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenis enkel mogelijk is voor zover de wet *in concreto* alle bewijsmiddelen toestaat. Merk op dat deze uitzondering enkel geldt voor de buitengerechtelijke bekentenis, niet voor de gerechtelijke vorm.

¹⁹¹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 179.

¹⁹² I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, "Het nieuwe bewijsrecht" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 143-144.

¹⁹³ D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 349; B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 197; S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 9.

¹⁹⁴ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 184.

¹⁹⁵ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 196.

¹⁹⁶ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 184.

¹⁹⁷ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 184.

¹⁹⁸ D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 349.

¹⁹⁹ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 198; R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 425.

²⁰⁰ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 190.

VII. Overgangsrecht

98. Wat het nieuwe bewijsrecht betreft, is er geen overgangsregime voorzien.²⁰¹ Enkel voor art. 8.22, 3° BW bevat de wet van 13 april 2019 een specifieke overgangsbepaling.²⁰² Dit betekent dat voor het overige beroep gedaan moet worden op de gemeenrechtelijke regels met betrekking tot de werking in de tijd. Aangezien het bewijsrecht een mix is van procesrecht en burgerlijk recht, moeten de procesrechtelijke wetsbepalingen onderscheiden worden van de materiële wetsbepalingen.²⁰³

99. Inzake het materieel bewijsrecht geldt de algemene regel uit art. 1 Oud BW dat het verbod bevat van de retroactieve werking. Volgens het Hof van Cassatie wordt dit versoepeld wanneer het gaat over toekomstige gevolgen van situaties die hun oorsprong vinden in het oude bewijsrecht, maar zich voordoen of voortduren onder het nieuwe bewijsrecht, voor zover er geen afbreuk wordt gedaan aan reeds definitief geworden rechten.²⁰⁴ Concreet houdt dit in dat het nieuwe bewijsrecht geldt voor het bewijs van feiten en bewijs tegen derden.²⁰⁵

100. Voor overeenkomsten blijft het oude bewijsrecht toepasselijk, tenzij de nieuwe wet van openbare orde of dwingend recht is, of als zij uitdrukkelijk de toepassing op de lopende overeenkomsten bepaalt.²⁰⁶ Voor contracterende partijen wil dit zeggen dat het nieuwe bewijsrecht slechts geldt voor overeenkomsten gesloten na 1 november 2020. Daarnaast geldt deze uitzondering ook voor de zogenaamde gepreconstitueerde bewijsmiddelen en de wettelijke vermoedens.²⁰⁷

101. In de mate dat de nieuwe wet regels van bewijsvoering raakt, en dus als procesrecht wordt beschouwd, geldt de onmiddellijke toepassing van de wet overeenkomstig art. 3 Ger. W.²⁰⁸

VIII. Tussenbesluit

102. Bovenstaande bespreking geeft de vernieuwingen weer die Boek VIII BW aanbrengt op het bewijsrecht uit het oude BW. De subvraag die hierdoor wordt beantwoord luidt: "*Hoe wordt de leningsovereenkomst bewezen overeenkomstig het oude en nieuwe Belgische bewijsrecht?*" De aandacht zal later in deze masterscriptie vooral uitgaan naar art. 8.9, 8.20 en 8.21 BW daar deze het belangrijkst zijn voor het bewijs van de lening. Verder zullen ook het begin van bewijs door geschrift en de bekentenis een belangrijke rol spelen. Het vierde hoofdstuk brengt hierover meer duidelijkheid.

²⁰¹ MvT Boek 8 "Bewijs", 38.

²⁰² Art. 75 *in fine* wet van 13 april 2019.

²⁰³ J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1140.

²⁰⁴ Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F; Cass. 2 januari 2017, C.16.0346.F.

²⁰⁵ MvT Boek 8 "Bewijs", 38.

²⁰⁶ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 641.

²⁰⁷ B. VANLERBERGHE, *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53; J. BAECK, "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, (1123) 1140.

²⁰⁸ B. ALLEMEERSCH en A. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, (624) 641.

Hoofdstuk 3 – Juridische grondslag van de kwalificatie als zakelijke overeenkomst in België, Nederland en Frankrijk

I. Klassieke visie: eenzijdige overeenkomst

103. Klassiek wordt de lening beschouwd als een eenzijdige overeenkomst wegens de heersende zakelijke gedachtegang. Deze kwalificatie hebben we te danken aan wetshistorische argumenten uit het Romeinse recht.²⁰⁹ Ter verantwoording hiervan wordt verdedigd dat de lening een contract is waarbij de zaak wordt afgegeven, niet waarbij de partijen zich verbinden de zaak af te geven – naar de letterlijke tekst van art. 1875 en 1892 Oud BW.²¹⁰ Een ander argument stelt dat het niet mogelijk is om iemand tot teruggave van de zaak te dwingen, wanneer de zaak niet is afgegeven.²¹¹

104. Zakelijke contracten dragen het kenmerk met zich mee dat voor hun totstandkoming niet enkel wilsovereenstemming vereist is, maar eveneens de afgifte van de zaak. De rol van de afgifte is essentieel om het onderscheid te maken met een consensuele overeenkomst, die wel bestaat vanaf die loutere wilsovereenstemming. De zakelijke overeenkomst bestaat pas op het ogenblik dat de zaak wordt afgegeven. Ervoor bestaat de leningsovereenkomst niet en spreken we van een leningsbelofte.²¹²

105. De traditionele kwalificatie van de leningsovereenkomst kan bijgevolg teruggebracht worden naar twee hoofdargumenten: (1) de afgifte is een voorwaarde voor de totstandkoming en (2) de uitlener is verbintenisvrij.²¹³ De afgifte van het geleende is, door de zakelijke aard van de overeenkomst, geen uitvoering van een verbintenis van de uitlener. Aangezien er pas sprake is van een overeenkomst *nadat* de zaak is afgegeven, kan de afgifte onmogelijk gezien worden als de uitvoering van een verbintenis. De afgifte is immers al voltrokken wanneer de overeenkomst en de verbintenissen die eruit voortvloeien, ontstaan.²¹⁴

106. De heersende opvatting gaat er bijgevolg vanuit dat de uitlener geen verbintenissen op zich neemt.²¹⁵ Er wordt geargumenteed dat "*le Code civil parle pourtant des obligations du prêteur (...). Mais on s'accorde, en doctrine et en jurisprudence, à reconnaître qu'il ne s'agit pas de véritables*

²⁰⁹ B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 903; B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 961; R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 721; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 326.

²¹⁰ H. COUSY, "De lening" in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 305.

²¹¹ B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 905.

²¹² J.-L. VAN BOXSTAEL, "Le prêt à usage ou commodat", *Notamus* 2004, (35) 35.

²¹³ F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Buylant, 2017, 216-224; R. DE CORTE, en B. DE GROOTE, "Hoofdstuk VIII - Gebruikelijke contracten" in *Handboek Civiel Recht 2011*, Gent, Larcier, 2011, 697; Cass. 19 april 2018, *Arr. Cass.* 2018, 902-903.

²¹⁴ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 137.

²¹⁵ J.-L. VAN BOXSTAEL, "Le prêt à usage ou commodat", *Notamus* 2004, (35) 36.

obligations nées du contrat."²¹⁶ Verder wordt verwezen naar het feit dat deze verbintenissen van de uitlener slechts een toepassing zijn van de gemeenrechtelijke goede trouw. De uitlener dient in dat opzicht de overeenkomst louter te goeder trouw uit te voeren, het ter beschikking laten van het geleende aan de ontlener moet dus begrepen worden aan de hand van art. 1134 tweede lid Oud BW.²¹⁷ De artt. 1888 en 1899 Oud BW zijn een herhaling van dat gemeenrechtelijk principe en geen verbintenis van de uitlener. De vraag is enkel of dit wel een geloofwaardig argument is (*infra* nr. 124-126).

II. Het eeuwige kwalificatieprobleem: wederkerige overeenkomst?

107. De opvatting over de zakelijke gedachtegang van de leningsovereenkomst staat echter sinds enige tijd onder vuur.²¹⁸ De kwalificatie van een lening als zakelijk contract heeft immers tot gevolg dat het een eenzijdige overeenkomst is. In het nieuwe bewijsrecht kennen de eenzijdige overeenkomsten in bepaalde gevallen een ander bewijsregime dan de wederkerige overeenkomsten (*supra* nr. 70). De implicaties van het aanvaarden van het eenzijdig karakter van de leningsovereenkomst zijn hierdoor geenszins verwaarloosbaar.

108. Ondanks alle controverse over het karakter van de leningsovereenkomst, oordeelde het Hof van Cassatie in twee recente arresten nogmaals in het voordeel van de zakelijke zienswijze. In beide arresten oordeelde het Hof inzake de geldlening als volgt: "*Het is een zakelijke overeenkomst die ontstaat door de afgifte van het geldbedrag.*"²¹⁹ Voorlopig is er in de rechtspraak van ons Hof van Cassatie dus (nog) geen beweging in de richting van een consensuele opvatting inzake leningsovereenkomsten.²²⁰ Het cliché van de regen in Parijs en de bijhorende druppels in Brussel, vindt dan toch niet altijd haar toepassing. Het Franse Hof van Cassatie heeft immers al meer de neiging om zich in de tegenovergestelde zin uit te spreken (*infra* nr. 152-153).

²¹⁶ F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Buylant, 2017, 222.

²¹⁷ S. MICHAUX, "Le contrat de prêt" in *Les contrats spéciaux: chronique de jurisprudence 1996-2000*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, 76.

²¹⁸ Zie o.a.: H. COUSY, "De lening" in J.H. HERBOTS (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 308; B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 905-906 en 916-923; B. DU LAING, "Naar een veralgemeende afwijzing van het zakelijk karakter van de geldlening?", *TBH* 2000, 228-232; B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, 961-971. R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 721; B. DEMARSIN, "De 'kleine contracten': bloemlezing uit de rechtspraak van de hoogste rechtscollèges" in B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2017, 104-105.

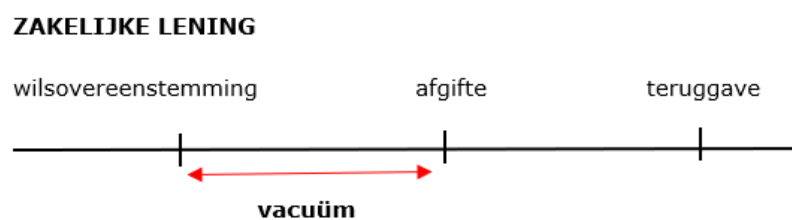
²¹⁹ Cass. 27 april 2020, *TBBR* 2020, 534; Cass. 18 juni 2020, *NJW* 2020, 748.

²²⁰ C. BIQUET-MATHIEU, "Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit", *JLMB* 2020, (1543) 1544-1545; C. BIQUET-MATHIEU, "Prêt versus ouverture de crédit – Confrontation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège avec l'enseignement découlant des arrêts de la Cour de cassation des 27 avril 2020 et 18 juin 2020", *TBBR* 2020, (515) 515.

II.1.1 De theorie van DU LAING

109. Een argument dat de klassieke zienswijze van de leningsovereenkomst tegensprekt is, dat de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst worden verward. Het is niet mogelijk om iemand te dwingen tot het teruggeven van een zaak wanneer de zaak (nog) niet is afgegeven. Dit is ongetwijfeld waar, maar dat geldt bij elke zakelijke of consensuele overeenkomst die strekt tot een verbintenis tot afgifte, en die nog niet is uitgevoerd. De afgifte van de zaak is immers de verbintenis van een der contractanten die gewoonweg nog niet is uitgevoerd.²²¹

110. Als grote voorstander van een consensuele gedachtegang onderzocht DU LAING in zijn doctorale studie de vraag of de verbruiklening zakelijk dan wel consensueel is.²²² Hij spreekt over diezelfde verwarring omtrent de uitvoering van de verbintenis en noemt het een "juridisch vacuüm".²²³ Dit is volgens hem een temporeel interval tussen de wilsovereenstemming van de uitlener en ontlener enerzijds, en de effectieve afgifte van de uitgeleende zaak aan de ontlener anderzijds. Uitgaande van de zakelijke gedachte, kan de overeenkomst pas geldig tot stand komen op het moment van de afgifte. Het consensuele element, wat betreft de modaliteiten over de afgifte van de zaak, en de uiteindelijke afgifte zullen echter eerder eerder uitzonderlijk zich tegelijk voordoen in de praktijk. Er ontstaat dus *de facto* een juridisch vacuüm tussen het moment van consensus en de totstandkoming op het moment van afgifte.



111. Dit vacuüm wordt weggewerkt volgens DU LAING door de kwalificatie van de afgifte als een verbintenis van de uitlener, in plaats van een voorwaarde voor de totstandkoming zoals in de zakelijke perceptie van de verbruiklening.²²⁴ Waterdicht is deze oplossing echter niet. Hij wijst erop dat er een tweede vacuüm zal ontstaan tussen de afgifte en de teruggave.²²⁵ Hij verwerpt de zienswijze dat er zich in dat tijdsinterval niets relevant voordoet door een nieuwe verbintenis in het leven te roepen: het *laten en houden*.²²⁶ Door de consensuele benadering van de verbruiklening ontstaat er volgens hem immers meer dan enkel een verbintenis tot afgifte. DU LAING spreekt in dat opzicht van een "verbintenis tot uitlening" in hoofde van de uitlener. Deze verbintenis zou vervolgens

²²¹ B. TILLEMEN en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 905.

²²² B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening): theoretische grondslagen en praktische gevolgen van de verbruiklening van geld op interest als gemeenrechtelijke onmiddellijke thesauriekredietovereenkomst*, Brugge, die Keure, 2005, 670 p (**hierna: "Proefschrift"**).

²²³ B. DU LAING, "Naar een veralgemeende afwijzing van het zakelijk karakter van de geldlening?", *TBH* 2000, (228) 228; B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 961-962.

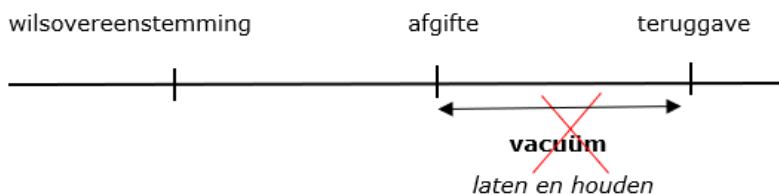
²²⁴ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 120.

²²⁵ B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 963.

²²⁶ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 117 en 119.

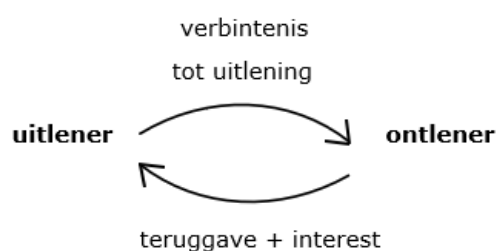
bestaan uit twee componenten, enerzijds de zaak ter beschikking stellen aan de ontlener en anderzijds, de verplichting om het geleende tijdens de duur van de overeenkomst te beschikking van de ontlener te *laten en houden*.²²⁷

CONSENSUELE LENING



112. Voor de verdere bespreking van het standpunt van DU LAING is het belangrijk voor ogen te houden dat zijn analyse specifiek betrekking heeft op de (geld)lening op interest. Ter staving van zijn consensuele zienswijze op de geldlening heeft hij de wederkerigheid onderzocht tussen de verbintenis tot afgifte van de uitlener en de verbintenis tot het betalen van de interest van de ontlener. Zijn antwoord hierop is positief.²²⁸ De redenering luidt dat de ontlener bij de (geld)lening op interest juist deze interest zal betalen, in ruil voor de tijdelijke beschikking over de uitgeleende zaak. De ontlener zal echter maar kunnen beschikken, indien de uitlener zijn bovengenoemde "verbintenis tot uitlening" nakomt. *Vice versa* zal de uitlener zich net verbinden tot het uitvoeren van deze verbintenis *omdat* hij er de interesten van opstrijkt. In het bijzonder leidt DU LAING de wederkerigheid tussen de afgifte en de verbintenis tot betaling van de interest af uit de wederkerigheid tussen de afgifte en het *laten en houden*. Hiermee bedoelt hij dat de ontlener enkel de mogelijkheid heeft om het geleende te verbruiken wanneer het aan hem is bezorgd én logischerwijze kan de verbintenis om het geleende gedurende de overeenkomst ter beschikking te *laten en houden* slechts aanvangen wanneer de afgifte is gebeurd.²²⁹

LENING OP INTEREST



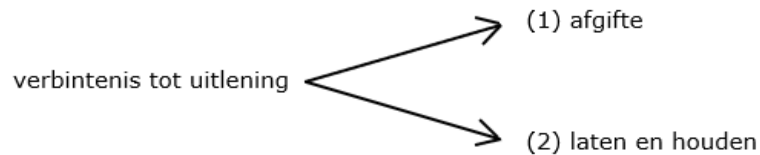
113. Verder leidt DU LAING de wederkerigheid tussen de bovenstaande verbintenissen ook af uit het gegeven dat de afgifte deel uitmaakt van de "verbintenis tot uitlening" van de uitlener, en het andere component van die verbintenis wederkerig is ten opzichte van de interestbetaling. Concreet verwoordt hij voorgaande als volgt: "*Aangezien zij – lees: de afgifte – inherent deel uitmaakt van de*

²²⁷ B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 963

²²⁸ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 131-137.

²²⁹ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 136.

hoger besproken 'verbintenis tot uitlening' in hoofde van de uitlener, zou het ons inziens weinig logisch zijn om voor te houden dat het ene deel zich wél en het andere zich niet synallagmatisch verhoudt ten opzichte van de verbintenis tot betaling van interest in hoofde van de lener."²³⁰ Omdat het ene onderdeel zich wederkerig verhoudt met de interestbetaling, moet het andere component dat noodzakelijkerwijze ook doen volgens zijn visie.



114. Wat de wederkerigheid tussen de afgifte en de teruggaveverbintenis van de ontlener betreft, besluit DU LAING dat hier geen wederkerig verband tussen bestaat.²³¹ Een uitlener geeft de zaak immers niet af met de intentie om het terug te krijgen, evenzeer staat het buiten kijf dat de ontlener de zaak teruggeeft *omdat* hij ze ontvangen heeft. De teruggave is niet meer dan het gevolg van de tijdelijke beschikking die de ontlener geniet, ook al gebeurt er bij de verbruiklening wel degelijk een eigendomsoverdracht. Met andere woorden is de teruggave inherent aan de aard van de leningsovereenkomst *an sich*. Deze redenering wordt tevens gedeeld door onze Franse burens met de volgende uitgelezen zinsnede: "*Parce que (...) qui s'engagerait à avancer de l'argent dans le but d'être remboursé serait un fou, de même que l'emprunteur qui s'obligerait à rendre pour recevoir.*"²³²

II.1.2 De theorie van AYDOGAN

115. Een andere doctorale studie van auteur AYDOGAN is het niet helemaal eens met de theorie die DU LAING naar voren brengt.²³³ Ze uit enkele scherpe kritiekpunten, maar betoogt evenwel dat de (geld)lening op interest een wederkerige overeenkomst is. De redenering die leidt tot haar conclusie van een wederkerige leningsovereenkomst ziet er echter anders uit. Voor een goed begrip van het betoog van AYDOGAN dient haar visie op het begrip wederkerigheid te worden uitgelegd.

116. In haar onderzoek vertrekt AYDOGAN vanuit de vraag naar de inhoud van het begrip wederkerigheid. Ze stelt dat de artt. 1102 en 1103 Oud BW weinig bijdragen tot de definiëring van dat begrip.²³⁴ De rechtsleer is het eens dat wederkerigheid niet gelijk te stellen valt met louter een dubbele eenzijdigheid in de zin van "*la réciprocité pure et simple, autrement dit la bilatéralité objective des obligations nées d'un même contrat.*"²³⁵ AYDOGAN geeft tevens aan dat er twee opvattingen bestaan over de invulling van wederkerigheid, waarbij de traditionele opvatting een invulling geeft via de oorzaak. De moderne invulling hanteert het volstaan van een nauw verband tussen de overeenkomsten om tot wederkerigheid te besluiten.²³⁶ Normaliter poneert de rechtsleer

²³⁰ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 137.

²³¹ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 138-140.

²³² F. GRUA, "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, (1492) 1495.

²³³ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 576 p.

²³⁴ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 69; L.S. FRANÇOIS, "La spécificité du contrat unilatéral", *RTD civ.* 2006, nr. 33.

²³⁵ L.S. FRANÇOIS, "La spécificité du contrat unilatéral", *RTD civ.* 2006, nr. 8.

²³⁶ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 70.

dus dat wederkerigheid voortspuit uit het feit dat de verbintenis van de ene partij de oorzaak is van de verbintenis van de andere partij.²³⁷ De meerderheid gaat recentelijk echter uit van een visie dat het oorzakelijk verband niet *in se* noodzakelijk is, er kan ook een minder intense relatie zijn tussen de verbintenissen der partijen.²³⁸ Daardoor geldt een eerder ruime opvatting die slechts uitgaat van een nauwe samenhang of verbondenheid, dit begrip kadert AYDOGAN in haar onderzoek als de *connexité*.

117. *Connexité* is bijgevolg een nauw verband tussen de verbintenissen dat niet afhankelijk moet zijn van het oorzaakbegrip. Hoe nauw die verbintenissen moeten zijn, blijft desondanks onduidelijk.²³⁹ *Connexité* is aldus niet gelijk aan wederkerigheid, hoewel dat niet uitsluit dat er wel degelijk een causaal verband is tussen de verbintenissen. Het slaat gewoonweg op een gevolg van een oorzakelijke causaliteit, niet *het* oorzakelijk verband zijnde dat de ene verbintenis noodzakelijkerwijze de oorzaak vormt van de andere. De term *connexité* vermomt hierdoor als het ware het causaal verband.²⁴⁰

118. Een eerste kritiekpunt van AYDOGAN op de theorie van DU LAING is bijgevolg dat deze laatste besluit tot een wederkerig verband tussen de afgifte en de verbintenis tot betaling van interest, zonder *de connexité* na te gaan. Hij baseert zich op de perceptie dat wanneer het ene element een wederkerige verhouding vertoont, het andere element dat ook moet doen (*supra* nr. 113). Deze opvatting kan niet gevolgd worden volgens AYDOGAN: "*Waarom is een kwalificatie met betrekking tot één onderdeel van de verbintenis tot uitlening noodzakelijk ook van toepassing op het andere onderdeel ervan? Zelfs als dit zo zou zijn, rijst de vraag waarom een structurele indeling van de verbintenis tot uitlening dan überhaupt nodig is. De opsplitsing ervan in componenten is dan niet meer dan een louter theoretische oefening.*"²⁴¹

119. Het al dan niet wederkerig karakter van de lening op interest moet volgens AYDOGAN zodoende blijken uit hetzij (1) de verhouding tussen de verbintenis tot afgifte en de verbintenis tot teruggave hetzij (2) de verhouding tussen de verbintenis tot afgifte en de verbintenis tot interestbetaling.²⁴² Wat eerstgenoemde betreft, beaamt ze de terechte conclusie van DU LAING, dat er tussen de afgifte en de teruggave geen wederkerigheid bestaat.²⁴³ De relatie tussen de afgifte en de teruggave kan bijgevolg niet in wederkerigheid van de lening op interest resulteren. Zelfs al zou het *laten en houden* wel wederkerig zijn ten opzichte van de teruggave, de vraag of dat überhaupt zo is, is zinloos. Het besluit dat de afgifte niet wederkerig is, belet hoe dan ook een wederkerige

²³⁷ L.S. FRANÇOIS, "La spécificité du contrat unilatéral", *RTD civ.* 2006, nr. 17.

²³⁸ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 71.

²³⁹ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 72; Voor de volledigheid valt te vermelden dat het ontstaan en nut van *connexité* samenhangt met de grondslagen voor de ratio van de ENAC art. 1184 Oud BW. Er werd uitgegaan van de redenering dat *connexité* gelijkgesteld kan worden aan wederkerigheid omwille van het feit dat *connexité* aan de grondslag ligt van de gerechtelijke ontbinding en de ENAC, en deze sancties van toepassing zijn op wederkerige overeenkomsten (zie A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 72-80.).

²⁴⁰ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 505-506.

²⁴¹ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 148.

²⁴² A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 146-147 en 182.

²⁴³ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 143, 147 en 182.

kwalificatie in hoofde van het *laten en houden* daar beiden samen de verbintenis tot uitlening vormen.²⁴⁴ De kwalificatie van de relatie van het ene component reflecteert zich dientengevolge op de relatie van het andere component. Dit sluit evenwel niet uit dat de lening op interest nog steeds wederkerig kan zijn, op basis van de relatie tussen de afgifte en de interestbetaling. Een belangrijke conclusie die hieruit getrokken kan worden, is de volgende: een gewone verbruiklening kan in de visie van AYDOGAN dus geen wederkerige overeenkomst zijn aangezien er in dat geval geen verbintenis tot interestbetaling meer is waar eventueel de wederkerigheid uit kan blijken.

120. Vervolgens heeft AYDOGAN een kritische kijk op het feit dat DU LAING de wederkerige verhouding tussen de interestbetaling en het *laten en houden*, laat doorwerken in de verhouding van de interestbetaling en de afgifte. Het chronologische element tussen de afgifte en het *laten en houden* is thans in haar visie ongetwijfeld juist. De componenten van de verbintenis tot uitlening van DU LAING ontstaan tegelijk bij de – consensuele – totstandkoming van de overeenkomst.²⁴⁵ Dit doet echter geen afbreuk aan de vaststelling dat de uitlener het geleende ter beschikking *houdt en laat* aan de ontlener, *nadat* hij het aan laatstgenoemde heeft afgegeven. Hierover zijn beide auteurs het dus eens. Het verband tussen deze chronologie van de onderdelen van de verbintenis tot uitlening, en de redenering dat *daarom* de wederkerigheid kan worden doorgetrokken naar de interestbetaling en de afgifte, is volgens AYDOGAN niet helder. De verbintenis tot het *laten en houden* spruit bovendien voort uit het Duitse recht, DU LAING baseert zich vooral op de visie van de Duitse LUTHER.²⁴⁶ Een korte uiteenzetting van deze Duitse opvatting is hierdoor onontbeerlijk.

121. Ook volgens LUTHER moet de uitlener het geleende niet enkel afgeven (*Verschaffen*), maar tevens ter beschikking *laten en houden* van de ontlener (*Belassen*). Dit noemt bijgevolg de (*Kapital*)*Belassungspflicht*. LUTHER stelt gelijklopend met DU LAING dat er een wederkerigheid bestaat tussen de afgifte en de interestbetaling omdat de *Kapitalbelassung* slechts kan aanvangen nadat de zaak is *Verschafft* (*Kapitalverschaffung*). Nochtans is er een verschil tussen deze beide visies. LUTHER beaamt de feitelijke chronologische orde tussen beide elementen van de verbintenis tot uitlening, zijnde eerst de afgifte dan het *laten en houden*, maar hij maakt een bijkomend onderscheid naargelang het belang van de verbintenissen. De afgifte zou in zijn bewering een secundaire verbintenis (*Nebenleistung*) zijn ten aanzien van de hoofdverbintenis (*Hauptleistung*) van het *laten en houden*. Hierbij blijft het voor AYDOGAN onduidelijk waarom ook deze Duitse auteur een wederkerigheid besluit tussen de afgifte en de interestbetaling puur door de chronologische orde in uitvoering van de verbintenissen.²⁴⁷

122. Bovendien vindt ze de ongenueanceerde toepassing van de visie van LUTHER door DU LAING problematisch. Er wordt voorbij gegaan aan het verschil in kwalitatieve rangorde dat DU LAING niet maakt, aangezien hij de beide onderdelen op gelijke voet plaatst. De afgifte is volgens DU LAING niet juridisch ondergeschikt. In tegenstelling tot LUTHER, is de juridische ondergeschiktheid dus niet

²⁴⁴ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 147.

²⁴⁵ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 148.

²⁴⁶ W. LUTHER, "Darlehen im Konkurs" in K.J. HOPT, M. LIEB en H.P. WESTERMANN (eds.), *Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, XIV, Baden-Baden, Nomos, 1990, 33-35.

²⁴⁷ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 149.

de grondslag voor zijn zienswijze. Impliciet zou het kunnen dat DU LAING toch uitgaat van een ondergeschiktheid van de afgifte, maar AYDOGAN stelt dat die overweging niet kan overtuigen: "*De chronologische orde in de uitvoering van beide componenten van de verbintenis tot uitlening is een louter feitelijke vaststelling die niet is gelijkgesteld aan de juridische ondergeschiktheid van de afgifte waaruit de noodzakelijke betrekking van de afgifte in iedere verhouding tussen de verbintenis tot het laten en houden door de uitlener en een verbintenis van de lener zou kunnen worden afgeleid.*"²⁴⁸

123. Verder spreekt DU LAING zichzelf tegen door elders in zijn onderzoek te stellen dat: "*Genoemde eigendomsoverdracht slechts een middel in functie van een bepaald doel is; met name is deze eigendomsoverdracht een prealabele vereiste om de uitlener überhaupt in staat te stellen te voldoen aan zijn eigenlijke hoofdverbintenis, te weten de verbintenis om het geleende voor de duur van het contract ter beschikking van de lener te laten en te houden.*"²⁴⁹ Dit staat haaks op zijn eerdere argumentatie over de verbintenis tot uitlening, dat elk onderdeel ervan een *gelijkwaardig* en onlosmakelijk bestanddeel vormt.²⁵⁰ Of DU LAING hier nu een rangorde wenst aan te brengen tussen een hoofd- en bijkomende verbintenis blijft onzeker. Hieraan koppelt AYDOGAN het feit dat de vraag rijst naar de ernst van de consensuele benadering wanneer er aan de afgifte slechts een bijkomende functie gekoppeld wordt. De herkwalificatie van de afgifte naar een verbintenis van de uitlener lijkt dan louter principieel te zijn volgens AYDOGAN, zodat er ook twijfel kan bestaan over het toegekende verbintenisrechtelijke karakter.²⁵¹

124. In navolging van de Duitse *Belassungspflicht* valt in de visie van AYDOGAN eveneens een ander kritiekpunt te vermelden. Dit is evenwel geen specifieke kritiek op de theorie van DU LAING, maar een algemene bedenking bij de traditionele zienwijze dat de leningsovereenkomst een eenzijdige overeenkomst is. AYDOGAN is het eens, met zowel het Duitse recht als DU LAING, dat in het Belgische recht op de uitlener een *Belassungspflicht* rust – die hierboven is omschreven als het *laten en houden* van DU LAING.²⁵² Deze "verbintenis" is te vinden in art. 1899 Oud BW voor de verbruiklening als onderdeel van "verplichtingen van de uitlener". AYDOGAN haalt in dat licht het argument aan van de goede trouw dat wordt gegeven om aan het verbintenisrechtelijke karakter van deze bepaling te ontsnappen (*supra* nr. 106). Ze bevestigt inderdaad dat wanneer de bewoording van art. 1899 Oud BW in het licht van art. 1134 tweede lid Oud BW wordt uitgelegd, de lening (op interest) een eenzijdige overeenkomst is. Indien uit het *laten en houden* een wederkerigheid wordt besloten als concretisering van de goede trouw, impliceert dit dat elke overeenkomst wederkerig zou zijn op basis van de uitvoering te goeder trouw, aldus AYDOGAN.²⁵³

125. Bijkomend stelt ze zich echter de vraag of de uitlegging aan hand van de goede trouw wel correct is: "*Er wordt geen enkel argument aangereikt voor die benadering zodat de gegrondheid ervan minstens betwifelbaar is. Wanneer men het laten en houden bovendien omschrijft als het ter*

²⁴⁸ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 152.

²⁴⁹ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 224.

²⁵⁰ B. DU LAING, *Proefschrift*, nr. 123.

²⁵¹ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 155.

²⁵² A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 184.

²⁵³ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 185.

beschikking laten en houden van de geleende zaak voor de overeengekomen tijd is een resolute verwerping van de verbintenisrechtelijke aard ervan onbegrijpelijk."²⁵⁴ Om het goede trouwargument van tafel te vegen, staft ze deze bewering met behulp van een vergelijking met de huurovereenkomst.

126. De verhuurder heeft volgens art. 1709 Oud BW eveneens een verplichting tot het *laten en houden*, enkel het leveren van het goed aan de huurder volstaat niet. Het waarborgen dat de huurder het ongestoord genot kan genieten van het goed, is in dat geval *wel* een verbintenis in hoofde van de verhuurder. Het feit dat huur en lening *in se* niet dezelfde overeenkomst behelzen, is voor AYDOGAN geen absolute grond om iedere gelijkens tussen beiden te verwerpen. Wat de bruiklening betreft, kan volkomen terecht het onderscheid grondslag vinden in het kosteloos karakter van de bruikleen (*supra* nr. 21). Dit kan niet doorgetrokken worden naar de verbruiklening aangezien de verbruiklening onder bezwarende titel mogelijk is. Om die reden stelt AYDOGAN dat het enige verschil dat overblijft tussen een huurovereenkomst en de lening op interest, de aard van de zaak is.²⁵⁵ Huur heeft een niet-verbruikbare zaak tot voorwerp, in tegenstelling tot de lening op interest waar de zaak verbruikt wordt en slechts het equivalent ervan wordt teruggegeven. Bijgevolg vindt ze het geoorloofd om parallellen te trekken tussen beide overeenkomsten en poneert ze dat het *laten en houden* wel degelijk een verbintenis is in hoofde van de uitlener. Er is geen gegronde reden in haar opzicht om die verbintenis bij de lening anders te kwalificeren dan bij een huurovereenkomst, integendeel zelfs: "*Het laten en houden is m.i. het grootste gemeenschappelijke kenmerk van de huur en de verbruiklening.*"²⁵⁶

127. Uitermate interessant is daarnaast de vergelijking die AYDOGAN maakt met de handgift.²⁵⁷ De handgift vertoont een sterke gelijkens met de lening daar deze schenkingsvorm maar tot stand komt door de afgifte van het geschonken goed. De handgift is daardoor zakelijk van aard. Indien in dat geval de afgifte, idem dito met de lening op interest, niet gezien wordt als een verbintenis uit de overeenkomst, zou dit betekenen dat de schenker geen verplichtingen heeft. Los van een handgift die onder last wordt gedaan, heeft ook de begiftigde geen verplichtingen. Dat betekent dus dat er een overeenkomst voorligt waarbij niemand verbintenissen heeft. In een juridische wereld tart dat ieders verbeelding. Nog belangrijker is dat AYDOGAN van mening is dat de opvattingen over de handgift getransponeerd dienen te worden naar de lening op interest.²⁵⁸ De handgift is traditioneel gezien zakelijk van aard omdat de afgifte noodzakelijk is voor het ontstaan van de overeenkomst. Het essentieel karakter van de afgifte neemt niet weg dat de schenker een verbintenis tot afgifte heeft. De zakelijke aard van de handgift doet daaraan géén afbreuk daar de kwalificatie van de afgifte als verbintenis ingebed zit in die zakelijke aard. De lening op interest moet volgens AYDOGAN op dezelfde wijze worden uitgelegd zodat de afgifte zowel een voorwaarde voor de totstandkoming is, als een verbintenis van de uitlener. Het zakelijke karakter van de lening steunen op de perceptie dat

²⁵⁴ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 185-186.

²⁵⁵ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 187.

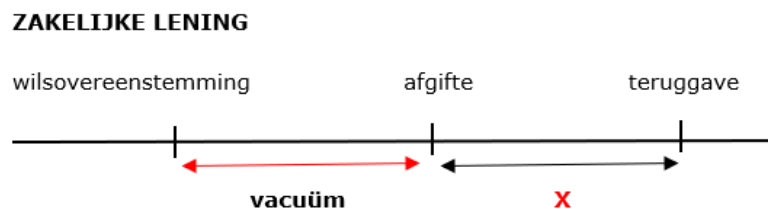
²⁵⁶ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 188.

²⁵⁷ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 163-182.

²⁵⁸ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 181-182.

de afgifte geen verbintenis is, moet worden begraven. Een opmerkelijk arrest van het hof van beroep te Bergen bevestigt dit (*infra* nr. 158).²⁵⁹

128. Ten slotte valt er nog één aandachtspunt te vermelden uit de visie van AYDOGAN. Ze wijst erop dat DU LAING het *laten en houden* kwalificeert als een verbintenis van de uitlener omdat dit ingebed is in zijn consensuele benadering van de lening op interest (*supra* nr. 111). Het lijkt bijgevolg dat de vraag of de lening op interest zakelijk dan wel consensueel is, onlosmakelijk verbonden is met de vraag of het een eenzijdige dan wel wederkerige overeenkomst is. Dat brengt AYDOGAN tot het volgende standpunt: "*Moet de verbintenis tot laten en houden echter aan de consensuele aard van de lening op interest worden gekoppeld? Ik denk het niet.*"²⁶⁰ Ze onderbouwt haar standpunt met twee argumenten.²⁶¹ Ten eerste verwijst ze naar het feit dat art. 1899 Oud BW als grondslag voor de verbintenis van het *laten en houden*, los staat van de consensuele aard. Ten tweede haalt ze het tweede vacuüm waar DU LAING over spreekt onderuit als tweede grondslag voor de verbintenis van het *laten en houden*. Dat zogenoemde vacuüm bestaat namelijk ook wanneer de zakelijke gedachtegang wordt gehanteerd.



129. De vermelde grondslagen volstaan dus niet om het *laten en houden* enkel in een consensuele visie te erkennen als verbintenis van de uitlener. In het bijzonder merkt ze op dat DU LAING een argument vooropstelt dat het verband tussen het *laten en houden* en een consensuele lening op interest tegenspreekt. Deze tweede paradox van DU LAING luidt als volgt: "*Het aanvaarden van het in hoofde van de uitlener voorhanden zijn van een verbintenis om het geleende voor de duur van het contract ter beschikking van de lener te laten en te houden vloeit derhalve ook en vooral rechtstreeks voort uit de – temporele – structuur zelf van de contractuele vorm verbruiklening.*"²⁶² Volgens AYDOGAN verandert een consensuele dan wel zakelijke visie niets aan het feit dat de kern van de overeenkomst dat tijdelijk gebruiksrecht omvat, waardoor de uitlener net gehouden is tot het *laten en houden*. Aansluitend concludeert ze dat ook bij een zakelijk gekwalificeerde lening op interest, de verbintenis tot *laten en houden* bestaat in hoofde van de uitlener. Het zakelijke of consensuele karakter, staat los van de verbintenisrechtelijke aard van het *laten en houden* en hebben bijgevolg geen invloed op de totstandkoming van de overeenkomst.²⁶³

²⁵⁹ Bergen 2 mei 1991, *RNB* 1992, 154.

²⁶⁰ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 189.

²⁶¹ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 190.

²⁶² In randnummer 123 werd al een eerste maal aangegeven dat hij zichzelf tegenspreekt en daar de eerste paradox de kop opsteekt; B. DU LAING, *Proefschrift*, 124.

²⁶³ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 190.

130. Het voorgaande betekent niet dat vanwege het bestaan van de verbintenis tot *het laten en houden*, de lening op interest noodzakelijk wederkerig is. Er is reeds uiteengezet dat er tussen de afgifte en de verbintenis tot teruggave geen wederkerigheid bestaat, wat met zich mee brengt dat de wederkerigheidstoets tussen het *laten en houden* en de teruggave irrelevant is (*supra* nr. 114 en 119). Enkel de verhouding tussen het *laten en houden* en de interestbetaling blijft over om tot wederkerigheid te besluiten in de visie van AYDOGAN. Het is die verhouding waaruit ook zij uiteindelijk tot de conclusie komt dat de verbintenissen wederkerig zijn, en de lening op interest geen eenzijdige overeenkomst is. De vraag of dat de lening op interest bijgevolg een consensuele overeenkomst dient te zijn, laat ze in het midden.

III. Inspiratie uit het buitenland

III.1.1 De Nederlandse *ratio legis*

131. In Nederland heerst dezelfde discussie over het al dan niet consensueel karakter van de leningsovereenkomst. De bruik- en verbruiklening zijn volgens GRÄLER in het Nederlands recht een stiefmoederlijke behandeling toegedaan.²⁶⁴ Tot voor kort waren beiden overeenkomsten er evenzeer reëel, en dus eenzijdig van aard. Tot op heden is enkel nog de bruiklening een reëel contract bij onze Noorderburen. Zoals hierboven reeds aangehaald is de verbruiklening uit Boek 7A NBW afgeschaft sinds 1 januari 2017.²⁶⁵

132. De redenering achter het reële karakter van de lening in Nederland wordt al van oudsher geput uit de wettekst zelf. Zowel de huidige definitie van bruiklening, als de oude definitie van verbruiklening spreken over de uitlener die "geeft" of "afgeeft" in tegenstelling tot "zich verbindt (af) te geven".²⁶⁶ Ten tweede speelt de omstandigheid dat de feitelijke afgifte niet als hoofdverplichting is opgenomen in de wet onder de verplichtingen van de uitlener.²⁶⁷ Bij een zuiver consensuele overeenkomst zou dat immers wel het geval geweest zijn, aldus de Nederlandse rechtsleer.²⁶⁸ De Nederlandse wet gaat er bijgevolg van uit dat de uitlener deze terbeschikkingstelling van de zaak, al is nagekomen bij de totstandkoming van de (ver)bruiklening. Net zoals in België wordt de afgifte niet beschouwd als een verbintenis van de uitlener, maar als een voorwaarde voor de totstandkoming van de leningsovereenkomst. Toch schreef KAMPHUISEN in 1976 dat (ver)bruiklening reële contracten zijn, maar dat bruiklening verder een onvolkomen wederkerig contract is en verbruiklening een *bijna* zuiver eenzijdige overeenkomst is.²⁶⁹ Ten slotte wordt er in Nederland vaker

²⁶⁴ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, V.

²⁶⁵ KB 17 november 2016, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 5 oktober 2016, houdende aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Stb.* 25 november 2016.

²⁶⁶ Asser-Kamphuisen 5-II, 1976, 267 en 284.

²⁶⁷ H.J. PABBRUWE, "Verbruikleen" in *Serie Bijzondere Contracten*, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1979, 14-15.

²⁶⁸ Asser-Van Schaick 5-IV, 2004, nr. 2 en 68; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 174 en 216; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 174.

²⁶⁹ Asser-Kamphuisen 5-II, 1976, 271 en 287.

dan in België verwezen naar het feit dat de lening in het oude Romeinse recht een reële overeenkomst was en dat deze ononderbroken traditie niet zomaar verlaten kan of mag worden.²⁷⁰

133. Om een mouw te passen aan de zakelijke gedachte over de lening zoekt de Nederlandse rechtsleer toevlucht naar een zogenaamde voorovereenkomst. Het gaat dan om "een overeenkomst tot verbruiklening", waarin de uitlener zich verbindt tot het aangaan van "een overeenkomst van verbruiklening".²⁷¹ Deze voorovereenkomst houdende de belofte tot het sluiten van een leningsovereenkomst zou dan wel wederkerig zijn. Indien wordt toegezegd dat er zal worden uitgeleend en die toezegging wordt geaccepteerd, dan ontstaat er een rechtens relevante overeenkomst die kan worden afgedwongen.²⁷² In de parlementaire geschiedenis van het NBW staat het volgende te lezen:

*"Dit betekent echter niet dat vóórdat de afgifte door de uitlener of bewaargever heeft plaatsgehad, partijen geen contractuele band zouden kunnen scheppen, waaruit enerzijds een verplichting tot het afgeven van de zaak of zaken en anderzijds een verplichting om deze enige tijd na ontvangst terug te geven ontstaat. Volgens het huidige recht kan men die toestand echter slechts scheppen door het sluiten van een zogenaamde voorovereenkomst, d.w.z. een overeenkomst waarbij partijen, of één van hen, zich verbinden om een overeenkomst van verbruikleen, bruikleen of bewaargeving aan te gaan, van welke overeenkomst de nakoming met zich medebrengh dat de zaak of zaken worden afgegeven."*²⁷³

134. Deze voorovereenkomst wordt door DU LAING omschreven als de onmacht van de volstrekt verouderde visie.²⁷⁴ Ook de Nederlandse auteur GRÄLER is het niet eens met de constructie van de voorovereenkomst. Hij is van oordeel dat dit alles onnodig ingewikkeld maakt en pleit eerder in de zin van een algemene consensuele benadering van de (ver)bruiklening.²⁷⁵ VAN SCHAICK meent zelfs dat de afspraak om iets te *zullen* uitlenen, de partijen niet bindt vanwege de reële constructie van de lening.²⁷⁶ Met deze voorovereenkomst valt volgens mij enige parallel te trekken met het (eerste) juridische vacuüm dat DU LAING beschrijft (*supra* nr. 110). In dat vacuüm zou volgens Nederland de voorovereenkomst zich dan situeren als overbruggingsmechanisme.

²⁷⁰ Asser-Kamphuisen 5-II, 1976, 227-228; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 216; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 174; Asser-Sieburgh 6-III, 2018, nr. 71 e.v.; J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 5-6.

²⁷¹ H.J. PABBRUWE, "Verbruikleen" in *Serie Bijzondere Contracten*, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1979, 24-25; J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 10-11 en 46-47.

²⁷² J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 46.

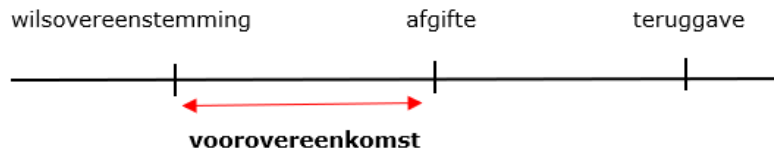
²⁷³ W.H.M. REEHUIS, E.E. SLOB en C.J. VEN ZEBER (eds.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Kluwer, Deventer, 1991, 390.

²⁷⁴ B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 963.

²⁷⁵ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 14.

²⁷⁶ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 227; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 191.

ZAKELIJKE LENING (NL)



135. Over de kwestie van het al dan niet afdwingbaar karakter van zulke overeenkomsten tot verbruiklening, is er een oud arrest van de Hoge Raad der Nederlanden uit 1958, dat toch een vreemde eend in de bijt uitmaakt. De zaak behelsde geldleningen tussen een naamloze vennootschap en de destijds Coöperatieve Centrale Raiffeisenbank – nu gekend als Rabobank. De Hoge Raad leek hier een kleine stap te doen naar een consensuele verbruiklening door het volgende te beslissen: "Dat de betekenis van art. 1791 slechts deze is dat eerst wanneer zodanige afgifte heeft plaatsgevonden de wettelijke regels omtrent verbruikleen rechtstreeks toepasselijk zijn; (...) dat in verband hiermede onder afgifte is te verstaan een regeling als te dezen tussen partijen getroffen, welke maakt dat feitelijke afgifte ten titel van verbruikleen door den uitlener niet meer behoeft te geschieden."²⁷⁷ In recentere rechtspraak lijken de Hoge Raad, en de lagere hoven en rechtbanken, het reële karakter van de (afgeschafte) verbruiklening te bewaken.²⁷⁸

136. Het reële karakter van de lening stoot in de rechtsleer bovendien vooral op het bezwaar dat de leningsovereenkomst de geest van een vriendendienst overstijgt.²⁷⁹ In het maatschappelijk verkeer ontstond een commerciële sfeer waar er behoefte heerste naar afdwingbaarheid van de contractuele verplichting tot afgifte van de zaak. Tegenstanders gebruiken in dat opzicht het omgekeerde argument: in scenario's van vriendendiensten leidt consensualiteit juist tot onbillijke resultaten wegens de afdwingbaarheid die mogelijk wordt.²⁸⁰ In het Franse recht is er ook een bepaalde strekking die zeer sterk vasthoudt aan het karakter van de vriendendienst (*infra* nr. 149).

III.1.1.1 De visie van VAN SCHAICK

137. Volgens VAN SCHAICK is er een nuancering mogelijk als gulden middenweg: commerciële leningen worden consensueel van aard, maar leningen aangaan bij wijze van vriendendienst moeten reële overeenkomsten blijven.²⁸¹ In een algemene consensuele opvatting zoals deze van GRÄLER (*infra* nr. 140-141), kan hij zich niet vinden. Zowel voor de bruik- als de verbruiklening poneert VAN SCHAICK dat er een onderscheid nodig is tussen een commerciële overeenkomst of een particuliere overeenkomst. Hij acht het dus niet volledig onjuist dat bepaalde leningen een reëel karakter hebben.

²⁷⁷ HR 26 maart 1958, *NJ* 1958, 399.

²⁷⁸ Zie o.a. HR 13 juni 2008, *NJ* 2008, 336; HR 29 april 2016, *JOR* 2016, 354; HR 15 februari 2019, *JOR* 2019, 150; Gerechtshof Leeuwarden 4 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2021:BX6574; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:492; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2305; Rb. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5796.

²⁷⁹ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 177 en 215; J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 2-4.

²⁸⁰ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 215.

²⁸¹ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 215-216; Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 174 en 177.

138. Commerciële leningen hebben een winstoogmerk en worden aangegaan om baat. Om die reden zijn ze volgens de auteur causaal in de traditionele zin van het adagium: *do ut des*, wat letterlijk betekent "ik geef opdat jij geeft."²⁸² De bijkomende afhankelijkheid in de zin van afgifte van het uitgeleende om de overeenkomst af te dwingen, is dan niet meer logisch, aldus VAN SCHAICK. Een (ver)bruiklening met commerciële achtergrond moet dus weldegelijk getransformeerd worden in een consensuele overeenkomst. Hij geeft hierbij het voorbeeld dat een bruiklening aangegaan wordt ten voordele van klantenbinding of ter vereenvoudiging van bepaalde aankopen: leenfietsen voor gasten in een hotel, het winkelwagentje in de supermarkt, een wagen waarmee een testrit gemaakt wordt of een leenauto.²⁸³ Zulke bruikleningsovereenkomst kadert in winstbejag, maar zijn toch een bruiklening wegens het gebrek aan tegenprestatie door de klant-ontlener.²⁸⁴ De commerciële sfeer van verbruiklening is meestal het geval waarin er geld geleend wordt bij een kredietinstelling.²⁸⁵

139. Deze commerciële dimensie noopt in de visie van VAN SCHAICK tot strengere eisen voor de prestatie van de professionele uitlener. In dat opzicht is het volgens hem theoretisch houdbaar dat de (ver)bruiklening een consensuele overeenkomst is aangezien de overeenkomst tot stand komt in een rechtsverhouding waar een prestatie wordt verwacht van de uitlener. Hij vindt het bijvoorbeeld onaanvaardbaar dat een garagist de afspraak van een gratis leenauto tijdens de reparatie van de auto van de ontlener zomaar opzij zou kunnen schuiven.²⁸⁶

III.1.1.2 De visie van GRÄLER

140. GRÄLER heeft een andere mening wat het onderscheid betreft tussen een commerciële en particuliere lening. Hij stelt dat dat onderscheid inderdaad gemaakt kan worden, maar niet wat betreft de totstandkoming van de overeenkomst.²⁸⁷ Volgens hem hoort de (ver)bruiklening bijgevolg over het algemeen een consensuele overeenkomst te zijn. Wat de verbruiklening betreft is zijn mening daarover zeer duidelijk afgelijnd: "*Ik vermag niet in te zien waarom een toezegging van een vriend om geld van hem te lenen anders zou moeten worden beoordeeld dan dezelfde toezegging van een financiële instelling.*"²⁸⁸ Behoudens noodgevallen waarbij er bij de burens een pot zout of suiker geleend wordt, stelt hij dat de vriendendiensten een zekere verzakelijking kennen in de praktijk. Van verbruiklening in Boek 7A NBW is ondertussen al geen sprake meer. De mening van GRÄLER over de afschaffing van de verbruiklening, en de ingevoegde geldlening in het NBW, komt hierna kort aan bod (*infra* nr. 144).

²⁸² Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 215.

²⁸³ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 177 en zie bv. inzake een leenauto Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:335.

²⁸⁴ Voor andere voorbeelden van commerciële bruiklening zie o.a. Gerechtshof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1510; Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5357; Rb. Haarlem 2 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD6827; Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:291.

²⁸⁵ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012, nr. 215.

²⁸⁶ Asser-Van Schaick 7-VIII, 2018, nr. 177.

²⁸⁷ J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 9-10 en 45-46.

²⁸⁸ J.G. GRÄLER, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 45-46.

141. De bruiklening is nog onveranderd gebleven in Nederland. GRÄLER vindt dat ook hier een consensuele overeenkomst dient voor te liggen, waar bij bepaalde aspecten rekening gehouden moet worden met het al dan niet commercieel karakter.²⁸⁹ Zowel bij een commerciële als een particuliere bruiklening, geldt dus de (hoofd)verplichting van de uitlener om de zaak ter beschikking te stellen. Deze verplichting is afdwingbaar aangezien de overeenkomst reeds bestaat vanaf de wilsovereenstemming en niet pas bij de afgifte. VAN SCHAICK zou hier al meteen een onderscheid maken aangezien een particuliere (ver)bruiklening in zijn opinie reëel moet blijven. GRÄLER beweert in dat opzicht dat er beter een onderscheid gemaakt kan worden voor commerciële bruikleningen wat bijvoorbeeld betreft de aansprakelijkheid voor gebreken of het einde van de overeenkomst.²⁹⁰ Ingeval van een commerciële bruiklening zou er bijgevolg geen speciale regeling nodig zijn voor verborgen gebreken en dient er gewoon aangesloten te worden bij het gemeen recht aangaande aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.²⁹¹ Bij het einde van de overeenkomst kan gedacht worden aan de regel die geldt bij overlijden van de bruiklener. In het huidige recht gaat de overeenkomst over op de erfgenamen (Boek 7A art. 1780 NBW). Aldus GRÄLER zou het beter zijn om bij een bruiklening wegens vriendendienst de overeenkomst ten einde te laten komen bij overlijden van de ontlener, en opzegbaar wanneer de overeenkomst een commerciële achtergrond heeft.²⁹²

III.1.1.3 Geldlening

142. In Boek 7 NBW is nu het hoofdstuk geldlening te vinden als *species* van de kredietovereenkomst (Boek 7 art. 129 lid 1 NBW).²⁹³ In het oude recht werd de geldlening nog gezien als een bijzondere vorm van de verbruiklening.²⁹⁴ Dit houdt in dat de "gewone" verbruiklening een onbenoemde overeenkomst is geworden. De redenering hierachter klinkt dat de materie beter aan de partijen en dus de contractsvrijheid kan overgelaten worden. De *ratio* om vervolgens slechts een summiere wettelijke regeling op te nemen wat de geldlening betreft is ongeveer van diezelfde aard: de contractsvrijheid primeert en voor een commerciële geldlening zou een uitgebreide of dwingende wettelijke verankering geen meerwaarde zijn. De particuliere geldlening als vriendendienst behoeft evenzeer niet zulke uitgebreide wettelijke regeling omdat het niet al te veel zou toevoegen aan de algemene regels uit Boek 6 NBW.²⁹⁵

143. Concreet maakt de Nederlandse wetgever enerzijds het onderscheid tussen de verbruiklening van geld (geldlening) en andere vormen van verbruiklening en anderzijds, het onderscheid tussen geldlening met of zonder commercieel karakter. Geldlening wordt geplaatst onder Titel 2C van Boek 7 NBW, voor de andere vormen van verbruiklening gelden de algemene regels betreffende contracten van Boek 6 NBW daar dit nu onbenoemde overeenkomsten zijn geworden. Vervolgens is de

²⁸⁹ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 12 en 14.

²⁹⁰ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 12.

²⁹¹ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 51-52.

²⁹² J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 39.

²⁹³ MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 15.

²⁹⁴ J.G. GRÄLER, "Geldlening in een modern jasje", *WPNR* 2015, (339) 339.

²⁹⁵ MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 15.

commerciële geldlening nu een zuiver consensuele overeenkomst.²⁹⁶ De geldlening tussen particulieren – dus zonder commercieel karakter – blijft praktisch gezien een reële overeenkomst.²⁹⁷ De Nederlandse wetgever is van mening dat: *"De aard van de overeenkomst brengt dan mee dat geen plaats is voor een vordering tot nakoming, wanneer uitvoering van de belofte uitblijft. Dat geldt ook zonder de constructie van een reëel contract. Gaat het om een commerciële overeenkomst, dan ligt dit echter anders. Hier is geen reden waarom partijen niet gewoon aan hun toezeggingen gebonden zouden zijn."*²⁹⁸

144. Het nieuwe art. 129b van Boek 7 NBW stelt bijgevolg dat de overeenkomst de uitlener niet bindt *"voordat het geld daadwerkelijk aan de lener is verstrekt of de uitlener zich schriftelijk tot de verstrekking verbonden heeft."* De memorie van toelichting inzake het basisartikel 129 van Boek 7 NBW leest hierover als volgt: *"Lid 1 geeft een omschrijving die duidelijk maakt dat het hier niet gaat om een zg. reële overeenkomst, (...) Men zie echter lid 2 en artikel 129b waar langs een andere weg hetzelfde resultaat als met een reële overeenkomst kan worden bereikt voor de gevallen waarin dat resultaat wenselijk is."*²⁹⁹

De motivering voor de gevallen waarin dat resultaat wenselijk is, luidt daaropvolgend: *"Het ligt niet voor de hand dat de mondelinge belofte van een particulier aan een vriend of familielid om aan deze een geldsom te lenen, wellicht in een emotionele sfeer gedaan, tot financiële gevolgen leiden die de betrokken partijen achteraf onvoldoende tot zich hebben laten doordringen."* GRÄLER vindt dit maar een magere motivering en poneert dat de geboden bescherming aan de uitlener in Boek 7 art. 129b NBW niet nodig is. Het is *"een reminiscentie van het reële contract"*, aldus GRÄLER.³⁰⁰ Hij is van mening dat geldleningen in de particuliere sfeer niet ondoordacht of lichtzinnig plaatsvinden.³⁰¹

III.1.2 De Franse *ratio legis*

145. In Frankrijk gaan veelal dezelfde argumenten op aangaande de kwalificatie van de leningsovereenkomst. Ten voordele van de zakelijke visie komt het net zoals in België en Nederland neer op de argumenten dat enerzijds, de afgifte een voorwaarde is voor totstandkoming van de lening en anderzijds, dat de uitlener verbintenisvrij is.³⁰² Dit gaat in mindere mate dan het Nederlands recht, gepaard met een verwijzing naar de traditie van het Romeinse recht.³⁰³

²⁹⁶ H.N. SCHELHAAS, "Het naderende einde van boek 7A BW", *NTBR* 2016, (167) 168.

²⁹⁷ A.A. VAN VELTEN, "Wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet (incl. huurkoop) en geldlening ingediend", *WPNR* 2016, (367) 368.

²⁹⁸ MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 16.

²⁹⁹ MvT *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, 43.

³⁰⁰ J.G. GRÄLER, *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 12.

³⁰¹ J.G. GRÄLER, "Geldlening in een modern jasje", *WPNR* 2015, (339) 343.

³⁰² M. PLANIOL en G. RIPERT, "Les obligations" in *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, LGDJ, 1952, 131; J. FLOUR, J.-L. AUBERT en É. SAVAUX, "L'acte juridique" in *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2014, 312-313; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 2020, 379 en 385.

³⁰³ P. MALAURIE, L. AYNÈS en P.-Y. GAUTHIER, "Droit des contrats spéciaux" in *Droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 565.

146. In het Franse recht wordt er eveneens gesproken van *un contrat réel*. Vervolgens is het zeer duidelijk dat deze zakelijke visie eveneens zeer bekritiseerd is door de Franse doctrine.³⁰⁴ Het reële karakter van de lening wordt omschreven als "*une survivance désuète et unitile, l'affirmation est, d'ailleurs, largement fausse.*"³⁰⁵ Wanneer het gaat om de gehele categorie van reële contracten valt er te lezen: "*La catégorie est contestée et en recul sensible.*"³⁰⁶ De Franse doctrine laat er dus niet meteen een positieve houding op na aangaande de zakelijke contracten in het algemeen.

147. Specifiek aangaande de lening, wordt het inderdaad juist geacht dat de ontlenaar niet gedwongen kan worden tot teruggave, wanneer de uitgeleende zaak nog niet is afgegeven. Doch, hoeft dat niet te betekenen dat deze verbintenis tot teruggave niet reeds *kan* bestaan voordat de afgifte heeft plaats gevonden. Deze mening is toe te schrijven aan CHABAS en luidt als volgt: "*Est-ce à dire qu'une obligation de restituer ne puisse pas se concevoir avant que la chose ait été remise? Nullement. On peut s'engager à restituer une chose quand elle sera remise.*"³⁰⁷ Hij ziet de afgifte dus eerder als een opschortende voorwaarde voor de verbintenis tot teruggave.

148. Voorts is er in Frankrijk sprake van een soortgelijke voorovereenkomst zoals in het Nederlandse recht. In dit geval gaat het om *la promesse de prêt*, de leningsbelofte. Zulke leningsbeloften worden doorgaans aanvaard.³⁰⁸ De uitlener verbindt zich daarbij tot het afgeven, en de afgifte is uiteindelijk een eerste uitvoering van de daaropvolgende effectieve leningsovereenkomst. DU LAING is het hier opnieuw niet mee eens. Hij vindt de scheiding tussen de leningsbelofte en de lening *an sich* overbodig en zelfs kunstmatig.³⁰⁹ In België wordt de leningsbelofte nochtans aanvaard, maar de eventueel bijhorende uitvoering in natura staat ter discussie.³¹⁰ Bijgevolg kan het in beginsel enkel aanleiding geven tot een schadevergoeding, maar geen gedwongen uitvoering. In de Franse doctrine is er ook geen eensgezindheid over de uitvoering in natura.³¹¹

³⁰⁴ F. CHABAS (ed.), "Obligations: théorie générale" in *Leçons de droit civil*, II, Paris, Montchrestien, 1998, 70-72; P. DELEBECQUE, "Les caractères du prêt d'argent", *Rec. Dall.* 2000, 358; A. BÉNABENT, "Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux" in *Domat droit privé*, Paris, Montchrestien, 2011, 544; G. PIGNARRE, *Prêt*, Répertoire de droit civil 2016, rn. 5 en 9.

³⁰⁵ J. GHESTIN (ed.), "Les principaux contrats spéciaux" in *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2012, 863.

³⁰⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT en É. SAVAUX, "L'acte juridique" in *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2014, 80.

³⁰⁷ F. CHABAS (ed.), "Obligations: théorie générale" in *Leçons de droit civil*, II, Paris, Montchrestien, 1998, 71.

³⁰⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT en É. SAVAUX, "L'acte juridique" in *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2014, 313.

³⁰⁹ B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, (961) 962.

³¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 502-507; B. TILLEMANS en F. BAUDONCQ, "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, nr. 906; R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 721; Cass. 25 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 230.

³¹¹ M. PLANIOL en G. RIPERT, "Les obligations" in *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, LGDJ, 1952, 131; J. GHESTIN (ed.), "Les principaux contrats spéciaux" in *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2012, 864; A. BÉNABENT, "Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux" in *Domat droit privé*, Paris, Montchrestien, 2011, 306 en 323; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 2020, 371.

149. Wat de argumentatie omtrent de vriendendienst betreft, is er een bepaalde strekking die hier zeer veel waarde aan blijft hechten. Dergelijke visie ligt bijgevolg wat meer in lijn met deze van de Nederlandse VAN SCHAICK (*supra* nr. 137-139). MALAURIE, AYNÈS en GAUTHIER zijn van mening dat commerciële bruikleningen eigenlijk geen bruikleningen zijn, maar er in die hypothese beter gesproken wordt van een onbenoemde overeenkomst. Het commerciële karakter staat voor genoemde auteurs op gespannen voet met het kosteloos karakter van de bruiklening: "*Parce que le contrat n'y est pas vraiment gratuit.*"³¹²

III.1.2.1 De visie van CHÉNEDÉ

150. Vervolgens is er de auteur CHÉNEDÉ, die dezelfde inzichten deelt als DU LAING en AYDOGAN. Hij stelt dat de rechtspraak en rechtsleer de mist ingaan aangezien er blindgestaard wordt op het wederkerig verband tussen de afgifte en de teruggave. In de visie van DU LAING en AYDOGAN is reeds duidelijk dat er in die verhouding geen sprake is van *connexité* (*supra* nr. 114 en 119). De vergissing ligt volgens CHÉNEDÉ ingebed in het feit dat *la remise* en *la mise à disposition* over dezelfde kam geschoren worden. Hij stelt hierover het volgende: "*Autrement dit, elles confondent la remise - ponctuelle - du bien, qui forme le contrat de prêt, et la mise à disposition - continue - de la chose, qui constitue la véritable obligation du prêteur.*"³¹³ Deze argumentatie komt neer op die van de verbintenis tot uitlening geponeerd door DU LAING. De uitlener heeft immers niet enkel de plicht tot afgifte, maar ook tot *het laten en houden*. De hoofdverplichting van de uitlener is volgens CHÉNEDÉ dus niet *la remise*, maar wel *la mise à disposition* als een doorlopende verbintenis gedurende de leningsovereenkomst, wat overeenstemt met het *laten en houden*.

151. Ten tweede deelt CHÉNEDÉ de mening van AYDOGAN dat de verbintenis van *het laten en houden* ook bestaat bij een zakelijk gepercipieerde leningsovereenkomst (*supra* nr. 128). Het al dan niet zakelijke karakter doet geen afbreuk aan *la mise à disposition*. Hij is zelfs van mening dat dergelijke opvatting geldt ongeacht of de lening om niet, dan wel onder bezwarende titel is aangegaan.³¹⁴ Bij een kosteloze lening bevindt de oorzaak van *het laten en houden* zich in het extrapatrimoniale voordeel dat de uitlener geniet in de vorm van morele genoegdoening. Is de lening onder bezwarende titel, dan bevindt de oorzaak van *het laten en houden* zich in het patrimoniale voordeel zijnde de interestbetaling. "*La nature consensuelle ou réelle du contrat de prêt ne change rien à cette réalité*", aldus CHÉNEDÉ.³¹⁵

³¹² P. MALAURIE, L. AYNÈS en P.-Y. GAUTHIER, "Droit des contrats spéciaux" in *Droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 570.

³¹³ F. CHÉNEDÉ, "La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel", *Rec. Dall.* 2008, (2555) 2258.

³¹⁴ F. CHÉNEDÉ, "La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel", *Rec. Dall.* 2008, (2555) 2259.

³¹⁵ F. CHÉNEDÉ, "La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel", *Rec. Dall.* 2008, (2555) 2259.

III.1.2.2 Cour de cassation 28 mars 2000

152. Wegens al deze controverse valt het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 28 maart 2000 te vermelden. Net zoals in de nieuwe regeling van de geldlening in Nederland, valt het Hof enkel een oordeel over *le prêt d'argent*. In dit arrest poneert het Franse Hof van Cassatie zeer duidelijk de volgende zinsnede: "*Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel.*"³¹⁶ *A contrario* is de geldlening door een particulier wel nog een reële overeenkomst.³¹⁷ Op die manier maakt de Franse rechtspraak eenzelfde opdeling als de Nederlandse wetgever tussen de commerciële en de particuliere geldlening.

153. Een later cassatiearrest van 7 maart 2006 bevestigt het voorgaande door de volgende stellingname: "*Le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose.*"³¹⁸ Desondanks deze rechtspraak blijft de controverse over het consensuele karakter van de bruiklening of de verbruiklening die geen geldlening is, ook in Frankrijk bestaan. Over deze vormen van de lening heeft het Hof van Cassatie in Frankrijk immers (nog) geen uitspraak gedaan ten voordele van een consensuele opvatting.

III.1.2.3 De visie van GRUA

154. Een opmerkelijke mening hierover is deze van GRUA, die het absoluut niet eens is met de *déréalisation du prêt*. Hij uit stevige kritiek op het bovenstaande arrest van het Franse Hof van Cassatie van 28 maart 2000. GRUA is van mening dat een verschuiving van een reële naar een consensuele lening een wijziging betekent voor het inhoudelijke aspect van de leningsovereenkomst. Hij stelt dat een consensuele lening verder gaat dan de wil van de partijen indien er enkel overeenstemming zou zijn over de voorwaarden van terugbetaling.³¹⁹ Ongetwijfeld is het volgens hem correct dat een teruggave niet mogelijk is zonder de voorafgaande afgifte, maar er kan ook overeenstemming zijn zonder er verplichtingen van te willen maken. Hij meent dat een verbintenis tot teruggave een afgifte veronderstelt, maar daarom nog geen *verbintenis* tot die afgifte teweeg brengt.³²⁰

155. Vanwege deze zienswijze heeft GRUA een eigen interpretatie aangaande de genoemde uitspraak van het Franse Hof van Cassatie. Ten eerste acht hij het niet opportuun dat het Hof van Cassatie of de doctrine het karakter van de lening bepaalt, dit is een kwestie van de wil van de partijen.³²¹ Hij leest het oordeel van het Hof dus in die zin dat er enkel mee bedoeld wordt dat de lening verstrekt door een kredietinstelling in beginsel niet reël is. Concreet houdt dit volgens GRUA een algemene constatering in voor zulke leningen, maar dat het bijkomend de vraag is of de partijen zich willen schikken naar die norm, of integendeel een reël karakter beogen. "*Et cette question-là*

³¹⁶ Cour de cassation (1^{re} civ.) 28 mars 2000, n° 97-21.422.

³¹⁷ O. DESHAYES, T. GENICON en Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, 54.

³¹⁸ Cour de cassation (1^{re} civ.) 7 mars 2006, n° 02-20.374.

³¹⁹ F. GRUA, "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, (1492) 1492.

³²⁰ F. GRUA, "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, (1492) 1492.

³²¹ F. GRUA, "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, (1492) 1493.

échappe à la Cour de cassation. Elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond", beweert GRUA.³²²

156. Naar mijn mening is deze opvatting van GRUA te ver gezocht. De mening van het Franse Hof van Cassatie is zeer helder en het lijkt mij eerder onwaarschijnlijk dat het Hof de bedoeling heeft om de kwalificatie van de lening over te laten aan de partijautonomie. Bovendien is de meerderheid van de Franse doctrine voorstander van een consensuele lening.³²³ Het is wel zo dat, enkel een commerciële geldlening als consensueel wordt beschouwd door de Franse rechtspraak. Voor het overige is er geen andere rechtspraak of een eventueel wettelijk initiatief dat enige consensualiteit vastlegt. Het blijft dus ook in Frankrijk nog wachten op een geheel consensuele leningsovereenkomst.

IV. Eigen theorie

157. Na het bestuderen van de vele verschillende standpunten aangaande de lening, ben ik van mening dat er een zekere ruimte bestaat voor argumentatie in het voordeel van een algemene consensuele en wederkerige leningsovereenkomst. Alleen al de eenvoud en rechtszekerheid die hierdoor ontstaat, lijkt mij zowel in het algemeen als voor het bewijsrecht het meest opportuun. De gevolgen van de kwalificatie van de lening voor het bewijsregime worden in het volgende hoofdstuk uitvoerig besproken.

158. Om te beginnen ben ik het eens dat het niet langer gangbaar is om het verbintenisrechtelijk karakter van de afgifte te verwerpen. De afgifte van de uitgeleende zaak dient gezien te worden als een verbintenis van de uitlener en niet louter als een voorwaarde van totstandkoming van de leningsovereenkomst. De bredere verbintenis tot uitlening van DU LAING moet bijgevolg aanvaard worden. De leningsovereenkomst kan maar voort blijven duren indien de uitlener de verbintenis van *het laten en houden* nakomt. Voorts kan deze laatstgenoemde verbintenis slechts aanvangen wanneer de verbintenis tot afgifte is volbracht. Het hof van beroep te Bergen heeft hiertoe al een eerste aanzet gegeven: "*Qu'il est unanimement admis que le prêt est, (...) , un contrat réel qui n'est valablement formé qu'après la remise effective de la chose par le prêteur à l'emprunteur.*" Doch is er tegelijk het volgende geoordeeld: "*Sans doute l'obligation du prêteur ne s'éteint que lorsque le montant du prêt est mis à la disposition des emprunteurs.*"³²⁴ Hier is het duidelijk dat de vergelijking van AYDOGAN met de handgift relevant wordt, waarbij de afgifte zowel een vereiste is voor de totstandkoming, als een verbintenis van de uitlener (*supra* nr. 127).

159. De rode draad doorheen België, Frankrijk en Nederland van de kwalificatie van de lening als een eenzijdige overeenkomst berust immers op het feit dat er wordt vastgehouden aan de traditie van de zakelijke overeenkomst. Om te bepalen of de lening al dan niet wederkerig is, kan er mijns

³²² F. GRUA, "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, (1492) 1493.

³²³ Zie o.a. M. PLANIOL en G. RIPERT, "Les obligations" in *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, LGDJ, 1952, 131-135; S. PIÉDELIVRE, "Vers la disparition des contrats réels?", *Rec. Dall.* 2000, 482-484; P. DELEBECQUE, "Les caractères du prêt d'argent", *Rec. Dall.* 2000, 358; D.R. MARTIN, "Du contrat consensuel de prêt", *Rec. Dall.* 2002, 640; D. LEGAIS, "Prêt consenti par un particulier. Caractère réel", *RTD com.* 2006, 460; J. FLOUR, J.-L. AUBERT en É. SAVAUX, "L'acte juridique" in *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2014, 312.

³²⁴ Bergen 2 mei 1991, *RNB* 1992, 150.

inziens beter vertrokken worden van een analyse los van het zakelijk dan wel consensueel karakter. AYDOGAN verdedigt eveneens dit vertrekpunt dat het zakelijk of consensueel karakter niet noodzakelijk een decisief element dient te zijn (*supra* nr. 128).³²⁵ DE PAGE schrijft overigens inzake de bewaargeving: "*Ce caractère synallagmatique du contrat n'empêche pas que le dépôt salarié reste un contrat réel.*"³²⁶

160. In de visie van AYDOGAN zou een gewone verbruiklening geen wederkerigheid kunnen bevatten wegens het gebrek van een verbintenis tot interestbetaling (*supra* nr. 119). Aangezien de bruiklening steeds om niet is, zal dit eveneens gelden voor de bruiklening. Nochtans valt dit te nuanceren door een bredere vergelijking uit te voeren met de algemeenheid van overeenkomsten om niet. Bij een overeenkomst om niet, wordt er aan de ander een voordeel verschaft zonder tegenprestatie.³²⁷ De bevoordelende partij levert een prestatie, er is enkel een gehoudenheid ten aanzien van één partij. Logischerwijze is het gevolg dat de bevoordelende partij degene is die het voordeel verschaft aan de begunstigde. Deze algemeenheid levert toegepast op de lening een opvallende vaststelling, waar AYDOGAN nochtans zelf naar verwijst.³²⁸ De ontleners is traditioneel degene die als enige verbintenissen op zich neemt, wat maakt dat de uitlener de begunstigde zou zijn. Het is echter net omgekeerd, de ontleners geniet het voordeel. Zonder de erkenning van het bestaan van een verbintenis van de uitlener, zou de ontleners zichzelf dus een voordeel verschaffen door zijn eigen verbintenis uit te voeren.

OVEREENKOMST OM NIET

A → B = begunstigde
verbintenis

LENING OM NIET

ontlener → uitlener = begunstigde?
verbintenis
(teruggave)

161. Dit wordt nog duidelijker wanneer andere eenzijdige overeenkomsten om niet, zoals de bewaargeving en de lastgeving, worden betrokken. Bij deze overeenkomsten in hun kosteloze vorm zijn het respectievelijk de bewaarnemer en de lasthebber die een prestatie leveren.³²⁹ De bewaargever en de lastgever genieten het voordeel en hebben in beginsel geen verplichtingen. Wanneer deze logica wordt gevolgd dan zouden de bewaargeving, lastgeving en lening er idealiter als volgt uit zien.

BEWAARGEVING OM NIET

bewaarnemer → bewaargever = begunstigde
verbintenis

LENING OM NIET

uitlener → ontleners = begunstigde
verbintenis
(afgifte & laten en houden)

LASTGEVING OM NIET

lasthebber → lastgever = begunstigde
verbintenis

³²⁵ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 156.

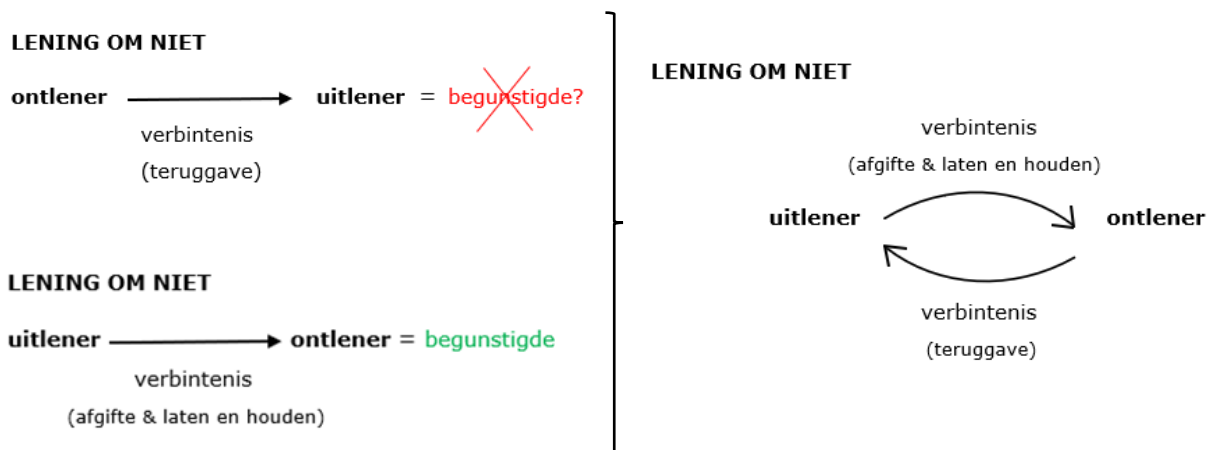
³²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 196.

³²⁷ Art. 1105 BW; art. 1107 CC; Voor Nederland bestaat er geen equivalent wetsartikel meer maar zie bv. HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 220.

³²⁸ A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 157-160.

³²⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 194-195 en 354-355.

162. Het is vrij evident dat het de ontlener is die het voordeel geniet, en niet de uitlener. Per definitie kan er niets anders geconcludeerd worden dan dat de uitlener een verbintenis op zich neemt bij de leningsovereenkomst. Dat neemt echter niet weg dat de ontlener nog steeds de verbintenis tot teruggave dient na te komen wat resulteert in onderstaande combinatie, die quasi identiek is aan de visie die DU LAING al voorstelt inzake de lening op interest. Dit is meteen de eerste indicatie die de kwalificatie van de lening als consensuele wederkerige overeenkomst mogelijk maakt. Bovendien kan hier de koppeling gemaakt worden met de visie van de Franse CHÉNEDÉ waarbij het al dan niet kosteloos karakter van de lening geen afbreuk doet aan de verbintenis van *la mise à disposition* aan de zijde van uitlener.



163. Om de vergelijking met bewaargeving en lastgeving voor te zetten kan er op dit moment gedacht worden aan een tegenargument: bewaargeving en lastgeving zijn ook enkel een wederkerige overeenkomst wanneer ze onder bezwarende titel zijn aangegaan. In dat geval is volgens de bovenstaande bewoordingen van DE PAGE de bewaargeving zelfs een zakelijke, maar wederkerige overeenkomst (*supra* nr. 159). Daarenboven stelt DE PAGE zich de vraag of een zakelijke overeenkomst altijd eenzijdig dient te zijn. Hiervoor verwijst hij onder andere naar de bewaargeving onder bezwarende titel en trekt een parallel met de lening op interest: "*D'autre part, nous verrons que le prêt à intérêt semble bien être également, en raison de l'obligations garantie inhérente à tout contrat à titre onéreux, un contrat synallagmatique. Il en résulte à toute évidence que les notions de contrat réel et de contrat unilatéral ne sont pas nécessairement liées.*"³³⁰ Op zijn minst kan deze visie soelaas bieden om het zakelijk karakter van de lening eventueel te behouden, maar dit te scheiden van de wederkerigheid die noodzakelijkerwijs ontstaat bij een de lening onder bezwarende titel, zijnde de lening op interest.

164. Toch zou ik liever uitgaan van consensualiteit als norm voor de totstandkoming van een leningsovereenkomst, zowel voor de bruiklening als de verbruiklening. In dat opzicht valt een tweede indicatie te vinden in de overbodigheid van de leningsbelofte, *la promesse de prêt* en de Nederlandse voorovereenkomst. Mijns inziens, en net zoals DU LAING, is dit een overbodigheid. Aangaande de belofte om *te zullen* lenen, is consensus aanvaardbaar, maar een geheel consensuele lening zou te

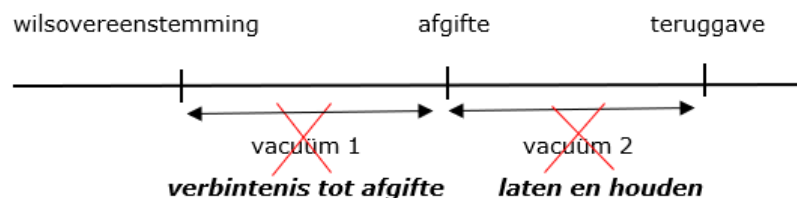
³³⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 428.

verregaand zijn. In Nederland is er zelfs afdwingbaarheid gekoppeld aan de voorovereenkomst. Wat maakt het verschil dan tussen slechts de leningsbelofte en de lening? Zelfs al zou voor miskenning van deze leningsbelofte enkel schadevergoeding mogelijk zijn en geen uitvoering in natura, in het kader van een lening op interest zal dat veelal niets uitmaken. De uitlener heeft dan de keuze tussen de afgifte van het geld zoals beloofd, of het betalen van een schadevergoeding. Bij de lening kan de uitlener terugvallen op de teruggaveverplichting, bij een schadevergoeding verdwijnt de geldsom definitief uit zijn of haar vermogen. Een leningsovereenkomst die tot stand komt *solo consensu* is daarom beter geplaatst, zonder omslachtige leningsbeloften of voorovereenkomsten als "passe-partout".

165. Wat dan met leningen uit vriendendienst, is de consensualiteit daar wenselijk? Wat dat betreft volg ik de redenering van de Nederlandse GRÄLER. Familiariteit of vriendschap is geen automatische vrijkaart voor de verbintenissen die met consensus worden aangegaan, al zeker niet wanneer het over aanzienlijke geldsommen gaat (*supra* nr. 140). In de zakelijke visie zou een mondelinge leningsbelofte afdwingbaar kunnen zijn, hierbij geldt ook geen onderscheid naar particuliere of professionele uitlener.

166. Wanneer dit alles samen wordt bekeken, is het vanzelfsprekend dat het zakelijke en eenzijdige karakter van de leningsovereenkomst een wankelende fundering heeft. De ontkenning van het verbintenisrechtelijk karakter van de afgifte moet worden verlaten. Vergeleken met de handgift, en samen met het oordeel van het hof van beroep te Bergen, zit de afgifte minstens ingebed in het zakelijk karakter van de lening, maar doet geen afbreuk aan de kwalificatie van een afgifteverplichting in hoofde van de uitlener. Vervolgens is het houdbaar dat het zakelijk karakter gesplitst kan worden van een eventuele wederkerigheid. Daarnaast treedt deze wederkerigheid conform de vergelijking met de bewaargeving en lastgeving, uiteindelijk zelfs op voor de kosteloze (ver)bruiklening en niet (meer) enkel bij de lening op interest. Het verwerpen van de leningsbelofte, samen met de verbintenis tot uitlening van DU LAING, creëert des te meer de mogelijkheid voor een consensuele gedachte. Extra bescherming voor leningen met een vriendschappelijk karakter lijkt tot slot niet meteen nodig. Het voorgaande brengt wat mij betreft onderstaande conclusie met zich mee:

CONSENSUELE LENING



V. Tussenbesluit

167. De subvraag die het derde hoofdstuk inhoudelijk dekt is de volgende: "*Blijft de kwalificatie van de leningsovereenkomst als een zakelijk contract – en dus een eenzijdige overeenkomst – de dag van vandaag nog overeind in België, Nederland en Frankrijk?*" Ten eerste geldt in Nederland reeds een consensuele commerciële geldlening in de wet, en heerst er kritiek op de reële bruiklening. In Frankrijk is dezelfde tendens te zien vanwege de consensuele commerciële geldlening van het Franse Hof van Cassatie. Over het algemeen staat de categorie van de reële overeenkomsten bovendien op de helling in Frankrijk, alsook in België. Het enige verschil hierbij is dat ons Hof van Cassatie blijft oordelen ten voordele van een zakelijke lening met de afgifte als loutere totstandkomingsvereiste.

Hoofdstuk 4 - Implicaties van de kwalificatie van de leningsovereenkomst voor het toepasselijke bewijsregime in België, Nederland en Frankrijk

I. Kwalificatie als eenzijdige overeenkomst

168. Indien de traditionele visie wordt gehanteerd, vloeit uit het zakelijk karakter van de lening voort dat dit een eenzijdige overeenkomst is (*supra* nr. 103-106). In dit hoofdstuk zal blijken dat het bewijsrecht voor eenzijdige overeenkomsten niet overeenstemt met dat van de wederkerige overeenkomsten. Zoals uiteengezet in het tweede hoofdstuk moet er in het nieuwe bewijsrecht immers rekening gehouden worden met art. 8.21 BW. Voor het bewijs van de leningsovereenkomst heeft dit twee gevolgen.

I.1 Impact op de bruiklening

169. Wanneer er sprake is van een bruiklening zal hierdoor in een bepaald geval wel degelijk het vrij bewijsstelsel gelden. Art. 8.21 BW spreekt over "*een geldsom of de levering van een zekere hoeveelheid vervangbare zaken.*" Bij bruiklening is er echter geen eenzijdige verbintenis tot betalen, of levering van een zekere hoeveelheid *vervangbare* zaken overeengekomen. Bruiklening veronderstelt immers een teruggaveplicht in natura van een *niet-vervangbare zaak* daar er geen eigendomsoverdracht voorhanden is. Het bewijs van een bruiklening vereist hierdoor niet in ieder geval een geschrift in het nieuwe bewijsrecht om de simpele reden dat het niet onder de toepassing van art. 8.21 BW valt. De wetgever bevestigt dit bovendien in de memorie van toelichting: "*De toepassing ervan is beperkt tot de verbintenis tot het betalen van geldsommen of het leveren van vervangbare zaken, (...) De levering van niet-vervangbare zaken leent zich er niet toe om ook onderworpen te worden aan de formaliteit omschreven in dit artikel.*"³³¹

170. Het bewijsregime voor de eenzijdige bruiklening bevindt zich bijgevolg ofwel in art. 8.8 BW, ofwel in art. 8.9 BW. Een eenzijdige bruikleningsovereenkomst met een waarde hoger dan of gelijk aan 3.500 euro is onderworpen aan art. 8.9 BW. Blijft de waarde van de bruiklening echter onder de 3.500 euro, dan zijn zowel art. 8.9 BW als art. 8.21 BW niet van toepassing. In dat geval geldt het uitgangspunt van het vrije bewijsstelsel uit art. 8.8 BW.

I.2 Impact op de verbruiklening

171. Bij het bewijs van een verbruiklening ligt het anders. Vanwege de teruggaveplicht bij equivalent en de mogelijkheid van een lening op interest – dus een eenzijdige verbintenis een geldsom te betalen – zal het vrij bewijsstelsel voor de verbruiklening in deze veronderstelling geen toepassing vinden. Overeenkomstig art. 8.10 derde lid *juncto* 8.21 BW zal een verbruiklening – ongeacht de waarde – enkel bewezen kunnen worden indien de degene die zich verbonden heeft

³³¹ MvT Boek 8 "Bewijs", 29.

deze eenzijdige overeenkomst voorziet van zijn of haar handtekening, alsmede de som en hoeveelheid in voluit handgeschreven letters. Deze regeling is hierdoor soepeler ten opzichte van de vroegere eenzijdige schuldbekentenissen uit art. 1326 Oud BW wegens het wegvallen van een handgeschreven "goed voor" of "goedgekeurd voor" (*supra* nr. 70). Daarnaast is dit eveneens een mildere vorm van formalisme ten opzichte van het ondertekend geschrift dat wordt vereist onder art. 8.9 BW.

172. Het bewijs van de eenzijdige verbruiklening is dus hoe dan ook gebonden aan de formaliteiten uit art. 8.21 BW aangezien voornoemd artikel geldt ongeacht de waarde van de overeenkomst. Hierbij valt wel de nuance te maken dat wanneer de waarde van de verbruiklening het plafond uit art. 8.9 BW raakt of overschrijdt, in de eerste plaats art. 8.9 BW van toepassing is. In dat scenario is het ondertekend geschrift uit art. 8.9 BW vereist, met bijkomend de vormvereisten uit art. 8.21 BW wegens de eenzijdige verbintenis tot betalen of de levering van een hoeveelheid vervangbare zaken.

I.3 Impact naar Nederlands recht

173. Nederlands recht kent een andere structuur inzake bewijsrecht. Een volledige uiteenzetting zou deze masterscriptie te ver leiden, maar een weergave van de belangrijkste elementen is daarentegen wel noodzakelijk. Het bewijs door geschrift kent in Nederland evenzeer de voorkeur, maar het bewijsregime voor burgerlijke zaken is niet op dezelfde wijze gereguleerd. Ten eerste staan de regels omtrent bewijs niet meer in het NBW, maar wel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: "Rv.").³³² Ten tweede is er het kernverschil dat er geen soortgelijke bepaling bestaat zoals art. 1341 Oud BW of het huidige art. 8.9 BW. Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever zich niet gewaagd aan een wettelijke definitie van geschrift.³³³

174. Art. 150 lid 1 Rv. bevat het vrij bewijsstelsel zoals het Belgische art. 8.8 BW. Bewijs kan worden geleverd met alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt. In het Belgische recht komt hierna meteen de wettelijke bepaling met de geschriftsvereiste voor rechtshandelingen boven de 3.500 euro. Dat is in het Nederlandse recht niet (meer) zo.³³⁴ Indien voor een overeenkomst een schriftelijke vereiste geldt, dan staat dit opgenomen in de wetsbepalingen van die welbepaalde overeenkomst zelf.³³⁵ De bepalingen inzake bruiklening of de nieuwe geldlening bevatten zulke vereiste niet, behoudens eventueel de particuliere geldlening (Boek 7 art. 129b NBW). De partijen zijn dus bewijsrechtelijk niet verplicht een geschrift op te stellen voor een bruiklening of een commerciële geldlening.³³⁶ Bewijs door geschrift wordt in Nederland wel hoger in het vaandel

³³² Boek 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, www.overheid.nl.

³³³ J.G. GRÄLER, *Schriftelijk bewijs (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Kluwer, Deventer, 2020, 1.

³³⁴ D.J. VEEGENS, H.W. WIERSMA en K. WIERSMA, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 3-4.

³³⁵ Zie bv. Boek 7 art. 317 lid 1 NBW over de pachtovereenkomst: "*De pachtovereenkomst, de overeenkomst tot wijziging en die tot beëindiging van een pachtovereenkomst moeten schriftelijk worden aangegaan.*"

³³⁶ Inzake de commerciële geldleningen geldt dit behoudens de gevallen waarin een geldlening tevens onderworpen is aan de bepalingen van het consumentenkrediet of het goederenkrediet (Boek 7 art. 129a NBW). Boek 7 art. 61 lid 1 en 86 lid 1 NBW bevatten in dat geval wel een geschriftsvereiste.

gedragen vanwege de volgorde waarin de wet de bewijsmiddelen bespreekt.³³⁷ De akten en vonnissen krijgen hierbij de eerste plek toegewezen.

175. Geschriften worden opgedeeld in akten en niet-akten.³³⁸ Akten worden vervolgens opgedeeld in authentieke en onderhandse akten.³³⁹ Een onderhandse akte bestemd om tot bewijs te dienen, levert volgens Nederlands recht "dwingend bewijs" op tussen de partijen (art. 157 lid 2 Rv.). De rechter is in dat geval verplicht de inhoud ervan voor waar aan te nemen.³⁴⁰ Uitzondering hierop geldt wanneer er een eenzijdige verbintenis tot voldoening van een geldsom in de onderhandse akte is opgenomen (art. 158 Rv.) – een eenzijdige schuldbekentenis. Hierin schuilt dus een equivalent van het Belgische art. 8.21 BW, in Nederland gekend als de vereiste van "het goedschrift". De onderhandse akte moet hiervoor ofwel geheel handgeschreven zijn, ofwel een "goedgekeurd voor zoveel gelden" bevatten met de geldsom voluit in letters geschreven.³⁴¹ Deze "goedgekeurd voor" is in het nieuwe Belgische art. 8.21 BW intussen afgeschaft.

176. Concreet betekent dit voor Nederland dat een bruiklening geen verplicht geschrift nodig heeft in het bewijsrecht. Zelfs niet bij een eenzijdige kwalificatie, art. 158 Rv. spreekt immers enkel over een geldsom en niet een hoeveelheid niet-ervangbare zaken. Voor de geldlening moet het onderscheid gemaakt worden tussen de commerciële en de particuliere vorm. De commerciële vorm is definitief een wederkerige overeenkomst geworden, maar bevat in beginsel geen uitdrukkelijke geschriftsvereiste.³⁴² De particuliere geldlening blijft in de praktijk een reële overeenkomst. De uitlener is overeenkomstig Boek 7 art. 129b NBW slechts gebonden wanneer de afgifte effectief plaatsvindt, of indien dit schriftelijk is bedongen. Dat geschrift dient dan te voldoen aan de vereisten van het goedschrift uit art. 158 Rv.³⁴³ Indien het goedschrift ontbreekt, dan komt er slechts vrije bewijskracht toe aan de onderhandse akte in tegenstelling tot de dwingende bewijskracht.³⁴⁴ Een geschrift bij de particuliere geldlening is bijgevolg in principe niet verplicht, maar indien partijen het toch opmaken geldt wel de formaliteit uit art. 158 Rv.

I.4 Impact naar Frans recht

177. Het Franse bewijsrecht is al wat eerder vernieuwd dan het Belgische, sinds 1 oktober 2016 geldt er daar al een moderner bewijsregime.³⁴⁵ Het nieuwe bewijsrecht in België heeft zich dan ook

³³⁷ D.J. VEEGENS, H.W. WIERSMA en K. WIERSMA, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 3.

³³⁸ H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Appeldoorn, Maklu, 2013, 133.

³³⁹ J.M. LEBRE DE FREITAS, *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, 335.

³⁴⁰ H.L.G. WIETEN, "Bewijs" in *Studereeks burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer, 2014, 15.

³⁴¹ J.G. GRÄLER, *Schriftelijk bewijs (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Kluwer, Deventer, 2020, 88.

³⁴² Opnieuw behoudens de eventuele gelijktijdige toepassing van de regels omtrent consumenten- of goederenkrediet waar wel een geschriftsvereiste geldt (Boek 7 art. 61 lid 1 en 86 lid 1 NBW).

³⁴³ Rb. Leeuwarden 12 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AU1606.

³⁴⁴ HR 31 maart 2017, NJ 2017/166; Rb. Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK7904.

³⁴⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11 février 2016; Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 21 avril 2018.

laten inspireren door de Franse vernieuwingen – toch nog een weerslag van de regen in Parijs en de druppels in Brussel.³⁴⁶ Tussen het Franse en Belgische bewijsrecht zijn er bijgevolg meer gelijkenissen dan met het Nederlandse bewijsrecht. Desalniettemin zijn er bepaalde verschillen terug te vinden die belangrijk zijn voor het bewijs van de lening.

178. Om te beginnen geldt er in Frankrijk wel een equivalent van art. 8.9 BW, zijnde art. 1359 CC. De waarde vanaf wanneer een rechtshandeling bewezen dient te worden met een geschrift ligt evenwel lager in het Franse recht: er geldt een plafond van 1.500 euro.³⁴⁷ Daarnaast is art. 1376 CC de weerspiegeling van art. 8.21 BW voor de eenzijdige verbintenis tot betaling of levering van een hoeveelheid vervangbare zaken. De zinsnede "ongeacht de waarde" is niet uitdrukkelijk opgenomen in art. 1376 CC, maar het is duidelijk dat er geen onderscheid wordt gemaakt nopens het bedrag.³⁴⁸ Ook daar is er een verschil, volgens het Franse recht moet het bedrag of de hoeveelheid zowel voluit in letters, als in cijfers worden geschreven. Bij discussie wordt er gekeken naar de voluit geschreven som of hoeveelheid.

179. In het eenzijdige scenario van de lening is het bewijs daarom vrijwel hetzelfde als het Belgische recht, behoudens het feit dat voor de commerciële geldlening al een wederkerigheid geldt in Frankrijk (*supra* nr. 152-153).

Een eenzijdige bruiklening beneden de 1.500 euro zal idem dito onder het vrij bewijs vallen wegens art. 1358 CC, corresponderend met art. 8.8 BW. Voor een waarde vanaf 1.500 euro speelt art. 1359 CC met de geschriftvereiste. Art. 1376 CC heeft het immers, net zoals art. 8.21 BW, enkel over "*une somme d'argent ou (...) un bien fongible.*" De eenzijdige verbruiklening valt dientengevolge wel onder de toepassing van art. 1376 CC, ongeacht het plafond van 1.500 euro. Bovenop de formaliteiten van voornoemd artikel, komt de vereiste van ondertekend geschrift uit art. 1359 CC indien het plafond van 1.500 euro wordt bereikt. Specifiek voor de geldlening, zal de commerciële vorm niet onder bovenstaande regeling vallen.

II. Kwalificatie als wederkerige overeenkomst

180. Wanneer de leningsovereenkomst gekwalificeerd wordt als een wederkerige overeenkomst, waarvoor de rechtsleer pleit, dan zal zowel de bruiklening als de verbruiklening in principe bewezen moeten worden overeenkomstig art. 8.9 BW. De vereiste van een ondertekend geschrift leidt vervolgens enkel uitzondering in de wettelijk bepaalde gevallen (*supra* nr. 67) of wanneer de waarde van de overeenkomst onder het plafond van art. 8.9 BW blijft.

181. Art. 8.9 BW poneert de regel dat er voor rechtshandelingen met een waarde *gelijk aan of hoger dan* 3.500 euro een ondertekend geschrift vereist is. Logischerwijze volgt hier dan uit dat voor

³⁴⁶ MvT Boek 8 "Bewijs", 4.

³⁴⁷ Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil, JO 16 juillet 1980 modifié par décret n° 2016-1278 du 29 septembre 2016 portant coordination des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO septembre 2016.

³⁴⁸ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats: Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2016, 352.

een leningsovereenkomst *lager dan* 3.500 euro geen geschrift vereist is (art. 8.9, §1, eerste lid BW *a contrario*).³⁴⁹ Deze stellingname is echter net te kort door de bocht en verdient nuancering voor het bewijs van de leningsovereenkomst. Wanneer art. 8.9 BW geen toepassing vindt, betekent dat niet noodzakelijkerwijs dat er geen geschrift vereist *kan* worden. De veronderstelling dat wanneer art. 8.9 BW geen toepassing vindt, er *nooit* een geschrift vereist is, is niet volkomen zuiver. Art. 8.20 BW – of art. 8.21 BW in de eenzijdige hypothese – mag in dat geval niet vergeten worden. Als tegenhanger van art. 1325 Oud BW, zal art. 8.20 BW in ieder geval van toepassing zijn op eender welke wederkerige overeenkomst, los van de vraag of art. 8.9 BW (art. 1341 Oud BW) al dan niet geldt. Maar is dat wel zo? De interpretatie aangaande art. 1325 BW is wat dat betreft niet helemaal helder en kan naar mijn mening op twee manieren worden begrepen. De vraag stelt zich bijgevolg hoe dat getransponeerd dient te worden naar het nieuwe bewijsrecht.

182. Ligt er een wederkerige overeenkomst voor, dan is art. 1325 Oud BW normaliter zonder meer van toepassing. In de rechtsleer valt onder meer het volgende te lezen: "*L'article 1325 du Code civil s'applique à tous les contrats synallagmatiques parfaits (...)*", "*Art. 1325 BW is van toepassing indien de overeenkomst wederkerige verplichtingen bevat*" of "*L'article 1325 s'applique à toutes les conventions qui font naître une réciprocité d'obligations.*"³⁵⁰ Wederkerige overeenkomsten lager dan het vroegere plafond uit art. 1341 Oud BW van 375 euro, zijn dus nog steeds onderworpen aan de formaliteiten uit art. 1325 Oud BW. CATTOIR en DE PAGE omschrijven dit zeer recht voor de raap: "*Ook onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten met een waarde lager dan 375 euro zijn onderworpen aan de bepaling van artikel 1325 BW.*" en "*Les conventions à réciprocité d'obligations qui viennent d'être énumérées, même si la valeur de la chose n'excède pas le taux légal prévu à l'article 1341 du Code civil.*"³⁵¹ Dat uitgangspunt gaat schuil achter de manier waarop art. 1325 Oud BW werd gelezen en geïnterpreteerd. De interpretatie moet in die zin beschouwd worden dat het *enkel* de onderhandse akten aangaande wederkerige overeenkomsten zijn, die aan de bepaling moeten voldoen.³⁵² CORNELIS schrijft dat zelfs letterlijk in zijn uiteenzetting van art. 1325 Oud BW: "*Die regel geldt enkel voor de wederkerige overeenkomst (resp. voor de daaruit volgende verbintenissen).*"³⁵³ Andere bewijsmiddelen zoals een authentieke akte of een bekentenis vallen buiten het bestek van art. 1325 Oud BW.³⁵⁴ Het is dus niet zo dat wanneer art. 1341 Oud BW niet van toepassing zou zijn, er geen geschrift meer vereist *kan* worden via art. 1325 Oud BW. Het is daarbij niet duidelijk of aan art. 1325 Oud BW de lezing gegeven moet worden dat er *alsnog* een geschrift vereist is, ook al is art. 1341 Oud BW niet van toepassing, of dat art. 1325 Oud BW slechts

³⁴⁹ R. DE CORTE, B. DE GROOTE en D. BRULOOT, *Privaatrecht in hoofdlijnen*, I, Antwerpen, Intersentia, 2020, 373.

³⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 827; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 232; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 279.

³⁵¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 830; B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 300.

³⁵² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 826-827; B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 297-298.

³⁵³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 247.

³⁵⁴ B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 281.

toepassing vindt *als* de partijen opteren om *toch* een onderhandse op te stellen. Mijns inziens valt deze tweede lezing van art. 1325 Oud BW bij te treden.

183. Wanneer art. 8.20 BW wordt gelezen in samenhang met art. 8.21 BW, zou de eerste lezing van art. 1325 Oud BW immers de (meer)waarde van art. 8.9 BW totaal overschaduwden. Wat is immers nog het belang van art. 8.9 BW indien er overeenkomstig art. 8.20 BW *toch* een geschrift vereist zou zijn voor iedere wederkerige overeenkomst, ongeacht de waarde? Voor een wederkerige overeenkomst is in beginsel enkel een geschrift nodig voor een waarde gelijk aan of hoger dan 3.500 euro. Beneden deze grens is er geen geschrift vereist. Als deze eerste manier van interpretatie aangaande art. 1325 Oud BW wordt getransponeerd naar art. 8.20 BW, dan is voor iedere wederkerige overeenkomst lager dan 3.500 euro een geschrift nodig, niet vanwege art. 8.9 BW, maar wel op basis van art. 8.20 BW. In die zin wordt art. 8.9 BW – en ook art. 1341 Oud BW – op aanzienlijke wijze achterhaald.

184. Het is daarom aangewezen om art. 8.20 BW eerder een voorwaardelijke interpretatie toe te dragen. Het artikel start immers met "*de onderhandse akte die een wederkerig contract vaststelt...*" Hieruit kan worden afgeleid dat er eerst uitgemaakt moet worden of er überhaupt een onderhandse akte vereist is, via een voorafgaande toetsing aan art. 8.9 BW. De redenering gaat dan als volgt: vindt art. 8.9 BW toepassing, dan dient de onderhandse akte te voldoen aan de eisen uit art. 8.20 BW, vindt art. 8.9 BW geen toepassing dan is er *tout court* geen geschrift vereist. Beslissen de partijen echter om voor een wederkerige overeenkomst lager dan 3.500 euro *toch* een onderhandse akte op te maken, dan dient deze wel nog steeds te voldoen aan art. 8.20 BW. Het staat de partijen overeenkomstig art. 8.9 BW natuurlijk vrij om beneden de grens van 3.500 euro nog steeds een geschrift op te maken, het is evenwel geen verplichting. Via deze interpretatie behoudt art. 8.9 BW haar waarde, daar art. 8.20 BW een voorwaardelijke toepassing krijgt afhankelijk van de vereiste van een geschrift in de eerste plaats. Zo niet, dan wordt art. 8.9 BW vrijwel irrelevant aangezien er via art. 8.20 BW op verdoken wijze in ieder geval een geschrift noodzakelijk wordt voor wederkerige overeenkomsten.

185. Het feit dat art. 8.20 BW voorafgaandelijk aan art. 8.9 BW getoetst dient te worden vindt steun in twee principes: (1) de bepalingen zijn van aanvullend recht en (2) het nieuwe bewijsrecht stelt het vrije bewijsstelsel voorop. Ik verklaar mij nader. Ten eerste zijn beide bepalingen van aanvullend recht.³⁵⁵ Partijen kunnen bijgevolg conventioneel, uitdrukkelijk of stilzwijgend afwijken van de formaliteiten aangaande het aantal originelen van de overeenkomst.³⁵⁶ Mijns inziens wringt het in dat opzicht om op basis van een aanvullende regel een geschrift te vereisen voor gevallen waarin er zelfs onder de hoofdvogel van art. 8.9 BW eigenlijk geen geschrift vereist zou zijn. Voor een wederkerige overeenkomst gelijk aan of hoger dan 3.500 euro, kunnen de partijen de toepassing van art. 8.20 BW al moduleren. Is het dan nog logisch om voor wederkerige overeenkomsten lager

³⁵⁵ Art. 8.2 BW; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 282; B. VANLERBERGHE, "De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 3.

³⁵⁶ I. SAMOY W. en VANDENBUSSCHE, "Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in ORDE VAN ADVOCATEN KORTIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 207-208.

dan 3.500 euro de volwaardige toepassing van art. 8.20 BW te verwachten? Al zou dat het geval zijn, het blijft aanvullend recht en ook dan kunnen de partijen opteren om van art. 8.20 BW af te wijken. Daarnaast kiest het nieuwe Boek VIII "Bewijs" voor het vrije bewijsstelsel als uitgangspunt.³⁵⁷ Een gereguleerd bewijsrecht is hierdoor niet (meer) het gemeen recht. Het bewijs is vrij, tenzij de wet anders bepaalt. Art. 8.9 BW is zulke bepaling die afwijkt, maar slechts als het plafond van 3.500 euro wordt bereikt of overschreden. Wanneer art. 8.20 BW eveneens gezien wordt als een uitzondering op art. 8.8 BW in tegenstelling tot een uitvloeisel van de toepassing van art. 8.9 BW, dan druist dit enigszins in tegen het vrije bewijsstelsel als startpunt.

186. Deze voorwaardelijke interpretatie van art. 8.20 BW ligt tevens in lijn met de bewoordingen van art. 8.21 BW. De eerste zin van vernoemd artikel luidt namelijk: "*Ongeacht de waarde van de rechtshandeling...*" Hiermee is het duidelijk dat art. 8.21 BW moet worden nageleefd, ongeacht de toepassing van art. 8.9 BW – en dus ook voor rechtshandelingen *lager dan* 3.500 euro. Een voorafgaande toetsing aan art. 8.9 BW, zoals wel het geval is bij art. 8.20 BW, is overbodig. Teruggekoppeld aan de stellingname van zojuist (*supra* nr. 181), biedt dit het verlengde van de nuancering. Wanneer art. 8.9 BW niet van toepassing is, *kan* er nog steeds een geschrift vereist zijn via art. 8.20 BW of art. 8.21 BW. Dit bevestigt nogmaals dat een voorwaardelijke interpretatie zich opdringt inzake art. 8.20 BW. Als dat niet het geval zou zijn, dan heeft het verschil tussen een eenzijdig, dan wel wederkerig gekwalificeerde lening in de praktijk nog weinig betekenis. Er is dan *steeds* wel enige vorm van een geschrift vereist, en dat zelfs ongeacht het plafond van 3.500 euro: ofwel via art. 8.9 BW, ofwel via art. 8.20 BW, ofwel via art. 8.21 BW (*infra* nr. 195). Het enige dat eventueel buiten schot zou blijven is de eenzijdige bruiklening voor een waarde lager dan 3.500 euro (*supra* nr. 170).

187. Ten slotte houdt deze bewering in dat ook in het oude bewijsrecht deze voorwaardelijke interpretatie geldt ten aanzien van art. 1325 Oud BW. Het is bijgevolg wel degelijk de tweede lezing die gevolgd moet worden inzake art. 1325 Oud BW. Een onvoorwaardelijke toepassing van art. 1325 Oud BW holt immers art. 1341 Oud BW op dezelfde wijze uit als hierboven is uiteengezet aangaande art. 8.9 BW en art. 8.20 BW.

II.1 Impact naar Nederlands recht

188. Wegens het gebrek aan een equivalente bepaling zoals art. 8.9 BW, is de bespreking in dit scenario vrij kort. Indien de leningsovereenkomst geheel consensueel zou zijn in Nederland, dan geldt in principe geen enkele geschriftsvereiste. Art. 158 Rv. blijft in dat geval buiten toepassing daar er geen sprake meer is van een eenzijdige schuldbekentenis. In de overige gevallen werd er überhaupt al geen geschrift vereist (*supra* nr. 174-176).

³⁵⁷ Art. 8.8 BW; B. ALLEMEERSCH, "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 128.

189. Een algemene bepaling die het aantal vereiste originelen vastlegt van een onderhandse akte bestaat evenmin in het Nederlandse bewijsrecht.³⁵⁸ Een vergelijking omtrent de uiteenzetting van art. 1325 Oud BW / art. 8.20 BW kan derhalve niet gebeuren.

II.2 Impact naar Frans recht

190. Het Franse bewijsregime zal in deze overtuiging evenzeer vrij gelijklopend zijn aan de Belgische variant. Indien de lening als geheel een wederkerige overeenkomst zou zijn in Frankrijk, en niet enkel de commerciële geldlening, zijn simpelweg de art. 1359 en/of 1375 CC van kracht. Dit maakt dat beneden de 1.500 euro geen geschrift vereist is. Indien partijen er toch voor opteren een onderhandse akte op te maken, dient deze te voldoen aan de vereiste van het dubbel origineel uit art. 1375 CC. Vanaf 1.500 euro gelden zonder meer de verplichtingen uit art. 1359 en 1375 CC: zowel een ondertekend geschrift als een dubbel origineel zijn in dat geval vereist.

191. Met betrekking tot de beschouwing over art. 1325 Oud BW en art. 8.21 BW kan er in het Franse bewijsrecht bevestiging gevonden worden voor de verdedigde interpretatie wat genoemde artikelen betreft (*supra* nr. 181 e.v.). Allereerst kan gesteld worden dat het nieuwe art. 1375 CC enkel redactionele vernieuwingen bevat ten opzichte van het oude art. 1325 CC. Daarnaast valt er het volgende te lezen: "*La règle ne s'applique qu'à l'acte sous signature privée, ce qui exclut l'acte authentique. Il faut, ensuite, que l'acte instrumentaire constate un contrat synallagmatique.*"³⁵⁹ Bovendien accentueren de woorden *fasse preuve* het pure bewijsrechtelijke karakter van de bepaling.³⁶⁰ Art. 1375 CC heeft enkel het doel "*de parfaire l'écrit sous signature privée*".³⁶¹ Om die reden is er gekozen voor de formulering "*un contrat qui fait preuve*" in tegenstelling tot de oude "*conventions qui ne sont valables*".³⁶² De Fransen wilden hiermee eveneens benadrukken dat het niet naleven van het dubbel origineel geen afbreuk doet aan de geldigheid van het *negotium*.³⁶³

192. Het dubbel origineel vrijwaart bovendien "*l'égalité des parties devant le preuve*"³⁶⁴ Iedere partij moet idealiter beschikken over een origineel van zijn of haar schuldvorderingen. Ingevolge dat art. 1375 CC ten dienste staat van het perfectioneren en verfijnen van het bewijs via een onderhandse akte, impliceert dit logischerwijs dat er in eerste instantie een onderhandse akte is opgemaakt. Die onderhandse akte zal dan ofwel zijn opgesteld onder de verplichting van art. 1359 CC, ofwel op vrijwillige basis. Wil deze (vrijwillige) onderhandse akte een volwaardig bewijsstuk zijn,

³⁵⁸ Specifieke wetsbepalingen kunnen deze vereiste wel stellen, zie art. 61 lid 1 en art. 86 lid 2 Boek 7 NBW waar een dubbel origineel vereist is voor een consumentenkrediet- of goederenkredietovereenkomst.

³⁵⁹ O. DESHAYES, T. GENICON en Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, 874.

³⁶⁰ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats: Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2016, 351.

³⁶¹ O. DESHAYES, T. GENICON en Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, 874.

³⁶² T. DOUVILLE (ed.), *La réforme du Droit des contrats: commentaire article par article*, Paris, Gualino, 2016, 422.

³⁶³ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats: Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2016, 351.

³⁶⁴ J.M. LEBRE DE FREITAS, *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, 143.

dan dient het dubbel origineel uit art. 1375 CC nageleefd te worden. Bij niet-naleving van die formaliteit, kan het eventueel nog dienen als een begin van bewijs door geschrift of buitengerechtigke bekenenis.³⁶⁵ Tot slot is reeds gezegd dat het nieuwe art. 1375 CC slechts een precisering is van het oude art. 1325 CC. Inhoudelijk is er niets hervormd en bevestigt het tevens dat de verdedigde voorwaardelijke interpretatie van art. 8.20 BW evenzeer al gelding had voor art. 1325 Oud BW.

III. Tussenbesluit

193. Om het overzicht te bewaren wordt hier een korte terugkoppeling gemaakt met de bijhorende subvraag van dit hoofdstuk: *Wat is de impact van de eenzijdige dan wel wederkerige kwalificatie van de leningsovereenkomst voor het Belgische, Nederlandse en Franse bewijsregime?* In de navolgende randnummers worden de verschillende bewijsregimes schematisch weergegeven alvorens verder te gaan met een tweede kwalificatieprobleem (*infra* nr. 198 e.v.). Het besluit inzake dat tweede kwalificatieprobleem is terug te vinden als een mini-tussenbesluit (*infra* nr. 222).

III.1 België

194. Uit voorgaande beschrijving kan het toepasselijk bewijsrecht in de verschillende zienswijzen van de leningsovereenkomst idealiter op onderstaande manier schematisch worden weergegeven. De gradatie van de tint blauw komt overeen met de striktheid van het bewijsregime. Des te lichter de tint, des te minder reglementering aangaande het vereiste van geschrift. Daarnaast illustreert dit schema de eenvoud die bereikt wordt in het bewijsrecht wanneer de lening als wederkerige overeenkomst wordt gezien. Zelfs indien het zakelijke karakter wordt behouden, maar geen afbreuk doet aan de wederkerigheid, kan het bewijsrecht van de voordelen genieten.

| | EENZIJDIG | | WEDERKERIG | |
|----------------------------|---|--|--|--|
| | < 3500 EUR | ≥ 3500 EUR | < 3500 EUR | ≥ 3500 EUR |
| BRUIKLENING (BE) | Vrij bewijs (art. 8.8 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) | Geschrift verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 8.20 BW | niet verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 8.20 BW Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |
| VERBRUIKLENING (BE) | Formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 8.21 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) én formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 8.21 BW) | Geschrift verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 8.20 BW | niet verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 8.20 BW Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |

³⁶⁵ T. DOUVILLE (ed.), *La réforme du Droit des contrats: commentaire article par article*, Paris, Gualino, 2016, 422.

195. Indien het toepasselijk bewijsrecht zou worden opgevat *zonder* de voorwaardelijke interpretatie van art. 8.20 BW, is meteen duidelijk dat de opsplitsing die hierboven wordt gemaakt in de gradatie van striktheid wordt uitgedund. Enkel voor de eenzijdige visie blijft een duidelijk onderscheid zichtbaar. Voor de wederkerige lening overlappen praktisch gezien de scenario's voor zowel bruik- als verbruiklening, en dat geldt bovendien ongeacht het plafond van 3.500 euro. Behoudens de eenzijdige bruiklening beneden 3.500 euro, is er dan vrijwel in ieder geval enige vorm van geschrift vereist.

| | EENZIJDIG | | WEDERKERIG | |
|----------------------------|---|--|---|---|
| | < 3500 EUR | ≥ 3500 EUR | < 3500 EUR | ≥ 3500 EUR |
| BRUIKLENING (BE) | Vrij bewijs (art. 8.8 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) | Ondertekend geschrift wegens art. 8.20 BW | Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |
| VERBRUIKLENING (BE) | Formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 8.21 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) én formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 8.21 BW) | Ondertekend geschrift wegens art. 8.20 BW | Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |

III.2 Nederland

196. Indien het bewijsrecht van de lening naar Nederlands recht in schematische vorm wordt weergegeven, ziet dit er veel eenvoudiger uit dan het Belgische systeem. Een verbruiklening die geen geldlening is, is niet opgenomen in het schema daar dit onbenoemde overeenkomsten zijn geworden in Nederland.

| | EENZIJDIG | WEDERKERIG |
|------------------------|---|----------------------------|
| | BRUIKLENING (NL) | Geschrift vrijblijvend |
| GELDLENING (NL) | PARTICULIER | COMMERCIEEL |
| | Indien geschrift, naleving formaliteiten art. 158 Rv. | Geschrift vrijblijvend (*) |

(*) behoudens geldleningen die evt. gelijktijdig onderworpen zijn aan de regels van het consumenten- of goederenkrediet.

III.3 Frankrijk

197. Zoals dat wel vaker het gegeven is, kan er besloten worden dat het Franse en Belgische recht redelijk vergelijkbaar is. Behoudens punctuele verschillen, zoals het bedrag in art. 1359 CC en de commerciële geldlening, is de schematische weergave van het Franse bewijsregime identiek aan het Belgische.

| | EENZIJDIG | | WEDERKERIG | |
|---|---|---|---|--|
| | < 1500 EUR | ≥ 1500 EUR | < 1500 EUR | ≥ 1500 EUR |
| BRUIKLENING (FR) | Vrij bewijs (art. 1358 CC) | Ondertekend geschrift (art. 1359 CC) | Geschrift niet verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 1375 CC | Ondertekend geschrift (art. 1359 en 1375 CC) |
| VERBRUIKLENING (FR) <i>*Uitgezonderd de commerciële geldlening die wederkerig is volgens Cassatie (FR).</i> | Formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 1376 CC) | Ondertekend geschrift (art. 1359 CC) én formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 1376 CC) | Geschrift niet verplicht. Indien toch keuze voor onderhandse akte: voldoen aan art. 1375 CC | Ondertekend geschrift (art. 1359 en 1375 CC) |

IV. Begin van bewijs door geschrift vs. bekentenis: het kwalificatieprobleem 2.0

198. Er stelt zich bovendien een probleem wat betreft de bewijsmiddelen begin van bewijs door geschrift en de bekentenis. De grens tussen beide bewijsmiddelen lijkt vervaagd te zijn, daar een bewijselement tegelijk zowel een begin van geschrift kan uitmaken, als een bekentenis. Deze vaststelling heeft grote gevolgen aangezien een bekentenis niet aan vormvereisten is onderworpen en een volledig bewijs oplevert (*supra* nr. 94-96). Het begin van bewijs door geschrift daarentegen is wel onderworpen aan vormvereisten en levert geen volwaardig bewijs op. Er moet in dat geval nog aangevuld worden met een of meerdere andere bewijsmiddelen.³⁶⁶

199. De onzekerheid over het onderscheid tussen beide bewijsmiddelen is te wijten aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie (*supra* nr. 92) Volgens het Hof is het niet langer vereist dat er door de bekentenis een intentie is om aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen.³⁶⁷ De intentionaliteitsvereiste is hierdoor weggefallen.³⁶⁸ De beweegreden van de partij van wie de

³⁶⁶ Art. 8.13 BW.

³⁶⁷ Cass. 20 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, 2545; Cass. 25 mei 2009, *Arr. Cass.* 2009, 1379; Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, 184.

³⁶⁸ W. VANDENBUSSCHE, "Intentionaliteit van de buitengerechtelijke bekentenis", *NJW* 2018, 482-483.

bekentenis uitgaat, is irrelevant geworden. Ten tweede besloot het Hof dat "voor het aannemen van een buitengerechtelijke bekentenis niet vereist is dat tussen de partijen reeds een ontstane en actuele betwisting bestaat."³⁶⁹ Een bekentenis die gebeurt vóór de betwisting van het feit dat het voorwerp ervan uitmaakt, kan dus worden aangewend in een toekomstig geschil (bekentenis *in tempore non suspecto*).³⁷⁰

200. Vanwege deze rechtspraak is het heden niet ondenkbaar dat een onregelmatige onderhandse akte, die strekt tot bewijs van een leningsovereenkomst, zowel een begin van bewijs door geschrift kan zijn, als een bekentenis. Een buitengerechtelijke bekentenis in schriftelijke vorm heeft immers veel weg van het schriftelijk bewijs, maar moet niet aan de vormvereisten voldoen.³⁷¹ DECLERCQ geeft het voorbeeld van het ontbreken van één der handtekeningen op een geschrift.³⁷² In dat geval is voor een begin van bewijs door geschrift vereist: (1) een geschrift (2) dat uitgaat van de partij tegen wie wordt bewezen (3) dat het beweerd feit waarschijnlijk maakt. Een kwalificatie als bekentenis is ongetwijfeld eveneens mogelijk, daar dit een erkenning is van de persoon, van een feit dat rechtsgevolgen tegen hem kan hebben – en dus tot nadeel van die persoon strekt. Dit kwalificatieprobleem kan samenhangend met het eerder beschreven "juridisch vacuüm" van DU LAING, opnieuw teruggebracht worden naar een temporeel criterium: het begin van bewijs door geschrift dateert van het moment der consensus – lees: voor de uitvoering van het contract – terwijl de bekentenis dateert van *tijdens* de uitvoering van het contract.³⁷³

201. Het is via dit temporeel criterium dat de rechtsleer tracht opnieuw de scheidingslijn tussen de twee bewijselementen op te trekken.³⁷⁴ Wanneer door de kwalificatievrijheid aan een bewijselement beide kwalificaties gegeven kan worden, dient er *in concreto* nagegaan te worden op welk ogenblik het geschrift werd opgesteld.³⁷⁵ Ingeval de onregelmatige akte werd opgesteld voor de uitvoering van het contract, dringt de kwalificatie van een begin van schriftelijk bewijs zich op. Dateert de onregelmatige akte echter van tijdens de uitvoeringsfase, gaat het idealiter om een bekentenis.

202. De beleidsmotieven die hierachter schuilgaan zijn van belang. Het bewijsformalisme uit art. 1341, 1325 en 1326 Oud BW respectievelijk art. 8.9, 8.20 en 8.21 BW, strekt ertoe de partijen bewust te maken van de verbintenissen die ze op zich zullen nemen bij de totstandkoming van de

³⁶⁹ Cass. 1 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1181; Cass. 20 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, 2545.

³⁷⁰ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 10.; S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁷¹ In het bijzonder art. 1325 en 1326 Oud BW respectievelijk art. 8.20 en 8.21 BW; B. SAMYN, "Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis", *P&B* 2011, (34) 37; B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 298.

³⁷² S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁷³ S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁷⁴ B. SAMYN, "Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis", *P&B* 2011, (34) 36-38; B. VANLERBERGHE, "Moet een schriftelijke schulderkenning gekwalificeerd worden als een (onregelmatige) akte dan wel als een bekentenis?" in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium* 2016, Brugge, die Keure, 2016, 173-177; S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 12-13; S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁷⁵ P. THIRIAR, "De rechter en het bewijs" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 19.

overeenkomst.³⁷⁶ Het is daarom dat de wetgever op dat welbepaald ogenblik van de partijen verwacht een geschrift op te maken alvorens ze overgaan tot de uitvoering van hun overeenkomst. De *ratio legis* luidt in dat opzicht dat partijen die een geschrift opstellen vóór elke uitvoering van de verbintenissen, zich willen plaatsen binnen het toepassingsgebied van het formalisme en de bijhorende bescherming.³⁷⁷ Een onregelmatige akte zal in dat scenario gekwalificeerd – of beter gedegradieerd – moeten worden als een begin van bewijs door geschrift. Een kwalificatie als bekentenis zou immers in dat geval het bewijsformalisme ondermijnen.³⁷⁸ Omgekeerd betekent dit dat partijen die op het ogenblik van totstandkoming geen geschrift wensen op te maken, blijk geven geen behoefte te hebben aan de bescherming van het bewijsformalisme.³⁷⁹ De beschermingsidee van art. 1341 Oud BW en art. 8.9 BW is op dat moment al uitgehold. Een onregelmatige akte die dateert uit de uitvoeringsfase kan derhalve enkel de kwalificatie krijgen van een bekentenis.³⁸⁰ Wanneer het niet mogelijk zou zijn in dat geval te spreken van een bekentenis, doet het afbreuk aan de koninginnenstatus ervan.

203. Er moet wat voorgaande betreft wel rekening gehouden worden met het feit dat partijen zelfs (ruim) na de totstandkoming van de overeenkomst nog een geschrift kunnen opmaken, dat nog steeds dateert van vóór enige uitvoering.³⁸¹ Anders zou ieder geschrift dat dateert van vlak na de totstandkoming niet meer in aanmerking komen als begin van bewijs door geschrift, en rechtstreeks resulteren in een bekentenis. Determinerend is bijgevolg of de uitvoering van de overeenkomst reeds is aangevangen of niet.

204. Daarnaast valt er in art. 8.21 BW te lezen dat iedere overeenkomst die van dat artikel afwijkt, nietig is. Dit betekent niet dat een onregelmatige eenzijdige schuldbekentenis geen kans meer heeft om in aanmerking te komen als begin van bewijs door geschrift. De bedoeling van de wetgever is niet om het regime te wijzigen: het is enkel een wettelijke verankering van het feit dat partijen geen afbreuk mogen doen aan de principes uit art. 1326 Oud BW.³⁸²

IV.1 Het kwalificatieprobleem 2.0 kritisch bekeken

205. De kwalificatie van de leningsovereenkomst, het toepasselijke bewijsregime en het kwalificatieprobleem inzake begin van schriftelijk bewijs en de bekentenis brengen een belangrijk inzicht met zich mee voor het Belgische bewijsregime. Volgend schema illustreert dit.

³⁷⁶ S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁷⁷ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 12.

³⁷⁸ Cass. 26 september 2016, AR C.16.0027.N.

³⁷⁹ S. DECLERCQ, "Begin van bewijs of buitengerechtelijke bekentenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, (3) 13.

³⁸⁰ B. VANLERBERGHE, "Moet een schriftelijke schulderkenning gekwalificeerd worden als een (onregelmatige) akte dan wel als een bekentenis?" in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2016*, Brugge, die Keure, 2016, 173-176.

³⁸¹ D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 135; S. DECLERCQ, "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

³⁸² MvT Boek 8 "Bewijs", 30; P. THIRIAR, "De rechter en het bewijs" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 18.

TOEPASSELIJK BEWIJSRECHT LENING

| | EENZIJDIG | | WEDERKERIG |
|-----------------------|--|--|--|
| | < 3500 EUR | ≥ 3500 EUR | ≥ 3500 EUR |
| BRUIKLENING | Vrij bewijs (art. 8.8.) BW | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |
| VERBRUIKLENING | Formaliteiten eenzijdige verbintenis tot betalen (art. 8.21 BW) | Ondertekend geschrift (art. 8.9 BW) én formaliteiten art. 8.21 BW | Ondertekend geschrift (art. 8.9 en 8.20 BW) |



MAAR: indien onregelmatige akte of "schuldbekentenis"?
Art. 8.13 BW (art 1347 Oud BW) mogelijk
= begin van bewijs door geschrift



KWALIFICATIEPROBLEEM

Begin van bewijs door geschrift ↔ Bekentenis

206. Met bovenstaand schema wordt de impact van het kwalificatieprobleem zichtbaar. Voor de duidelijkheid wordt er vertrokken vanuit een vereenvoudigd schema inzake het bewijsrecht: aangaande de wederkerige lening geldt de beperkte hypothese dat een geschrift verplicht is in de zin van art. 8.9 BW en bijgevolg abstractie wordt gemaakt van de vrijblijvende naleving van 8.20 BW voor leningen lager dan 3.500 euro. Vervolgens is het in de gevallen van de blauwgekleurde vakken steeds mogelijk dat het onregelmatige bewijselement eventueel gekwalificeerd wordt als een bekentenis. Noch de kwalificatie van de leningsovereenkomst, noch het bewijsformalisme zijn dan van enige tel. Zowel wanneer er een ondertekend geschrift vereist is tot bewijs, als wanneer slechts de eenzijdige verbintenis tot betalen bewezen moet worden, is het mogelijk dat er uiteindelijk een volledig bewijs tot stand komt wegens de kwalificatie van een bekentenis. In een arrest van het hof van beroep te Antwerpen worden Whatsapp-berichten zelfs voldoende geacht voor het bewijs van een leningsovereenkomst daar de appelrechter er de kwalificatie van bekentenis aan geeft (*infra* nr. 210-212).³⁸³

³⁸³ Antwerpen 9 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 235.

207. Dan rest er nog de bedenking bij het temporele criterium. Mijns inziens is er daar sprake van een nadelige tegenstrijdigheid. Aan de hand van een voorbeeld tracht ik mijn standpunt duidelijk te maken. Veronderstel een onderhandse akte, waarin volgende clausule te lezen valt:

"Ik, Vrouwe Justitia, heb op 6 december 2020 van Meneer de Wetgever, een bedrag ontvangen van 15.000 euro als lening, dat ik aan hem dien terug te betalen."

Wanneer deze clausule wordt opgemaakt in het scenario van art. 8.21 BW, maar de handtekening van Vrouw Justitia ontbreekt, de som van 15.000 euro is niet met de handgeschreven, of de som van 15.000 euro is handgeschreven doch niet voluit in letters, dan is dit een onregelmatig bewijselement. Hetzelfde geldt voor de clausule indien ze wordt opgemaakt in het scenario van art. 8.9 BW. Wanneer er in dat geval een handtekening zou ontbreken, is er geen ondertekend geschrift en dus eveneens een onregelmatig bewijselement. Beiden komen vervolgens in aanmerking om eventueel een begin van bewijs door geschrift te vormen. Het kwalificatieprobleem omtrent dat bewijsmiddel steekt de kop op. Wegens het temporeel criterium zal de clausule een begin van bewijs door geschrift zijn indien ze werd opgesteld bij de totstandkoming van de overeenkomst of meteen daarna – voor iedere uitvoering. Is de clausule later opgesteld – tijdens de uitvoering – dan zal ze een bekentenis uitmaken.

208. Het bewijsformalisme gaat uit van een beschermings- en bewustwordingsgedachte (*supra* nr. 202). Toch wordt Meneer de Wetgever uit bovenstaand voorbeeld beter beschermd wanneer hij pas achteraf de clausule zou opstellen. In dat geval legt Vrouwe Justitia immers een bekentenis af. Wanneer er dan onregelmatigheden spelen in de akte, heeft Meneer de Wetgever alsnog een volwaardig bewijs van de lening. Opteren de partijen echter voor de bescherming van het bewijsformalisme en stellen ze de clausule, zoals het normatief hoort, meteen op bij de totstandkoming dan krijgen ze de deksel op hun neus. De onregelmatige akte of schuldbekentenis is dan slechts een begin van schriftelijk bewijs waardoor Meneer de Wetgever geen volledig bewijs heeft van de lening. Dit is naar mijn mening een paradoxaal gegeven. Partijen die de norm *niet* volgen, en pas *achteraf* hun verbintenissen op papier zetten, hebben als het puntje bij paaltje komt een krachtiger bewijs in handen dan wanneer ze dit *vóór* de uitvoering van hun overeenkomst hadden gedaan. Het hele bewustwordingsproces dat met het bewijsformalisme bereikt moet worden, is dan slechts een grijsgedraaide plaat.

209. Daarbovenop komt de opmerking dat de betekenis van de kwalificatie van de leningsovereenkomst als eenzijdig, dan wel wederkerig wederom nihil wordt (*supra* nr. 195). Enkel het bewijs van een eenzijdige bruiklening blijft opnieuw buiten schot.³⁸⁴ In de andere gevallen is bij een onregelmatigheid in het vereiste bewijselement geen verschil in de uitkomst aangezien er steeds op datzelfde kwalificatieprobleem gestoten wordt.

³⁸⁴ Aangeduid als het witgekleurde vak in bovenstaand schema.

IV.1.1 Whatsappbericht vs. sms-bericht

210. Het zonet vernoemde arrest van het hof van beroep Antwerpen uit 2019 achtte enkele Whatsapp-berichten voldoende voor het bewijs van een leningsovereenkomst. De appelrechter heeft toen het volgende geoordeeld: *"WhatsApp-berichten kunnen voldoen aan de voorwaarden van een buitengerechterlijke erkenning en derhalve de bewijskracht hebben die van rechtswege aan elke bekentenis toekomt en die zich als dusdanig opdringt aan de rechter."*³⁸⁵

211. In het arrest gaat het om geïntimeerde en appellante die samenwerken in een artspraktijk. Wanneer appellante in financiële moeilijkheden verkeert, stort geïntimeerde aan appellante een bedrag van 2.000 euro in april 2016 en nogmaals 650 euro in juli 2016. Geïntimeerde is in oktober 2017 overgegaan tot dagvaarding voor de terugbetaling van de totaalsom. Volgens appellante is er geen sprake van een lening daar niet werd overeengekomen dat ze het bedrag diende terug te betalen, en is niet voldaan aan art. 1341 Oud BW. Geïntimeerde beroept zich tot bewijs van de lening op een reeks WhatsApp-berichten gestuurd door appellante waarin valt te lezen *"Jij moet gewoon je geld terug krijgen", "Beloftes maken schuld ook dat weet ik. Ik doe mijn best om je geld zo snel mogelijk terug te geven ... Ik ben oplossing a het zoeken."*³⁸⁶

212. Geïntimeerde bewijst vervolgens via outprints de afzender van de berichten. Appellante betwist de inhoud ervan en beweert dat ze gemanipuleerd zouden zijn. Volgens geïntimeerde zijn de berichten een buitengerechterlijke bekentenis. Hierover zegt het hof het volgende:

"Het hof ziet geen enkele reden om te twijfelen aan de echtheid van al deze berichten die er helemaal regelmatig uitzien en waarvan de inhoud en de timing volledig stroken met elkaar en met de andere gegevens in deze zaak."

"Appellante haalt geen enkel element aan waaruit zou kunnen blijken dat de inhoud van de berichten gemanipuleerd werd. Er is geen enkele aanwijzing dat er geknoeid zou zijn met de inhoud van de WhatsApp-berichten uitgaande van appellante."

213. Een gelijkaardig arrest van het hof van beroep Antwerpen uit 2013 oordeelde echter veel strenger aangaande het bewijs dat werd voorgelegd via een sms-bericht.³⁸⁷ In dit arrest gaat het eveneens over een litigieuze lening tussen partijen die een bepaalde tijd een relatie hadden, maar waarvan de juiste aard van die relatie niet duidelijk bleek te zijn. J.S. heeft aan V.T. een bedrag van 27.000 euro voorgesloten, 15.000 euro via een bankoverschrijving de rest cash. Het bewijs dat de 15.000 euro werd overgeschreven kon J.S. bewijzen, de overhandiging van het cash geld niet. Vervolgens spreekt het hof over het bewijzen van de terugbetalingsverbintenis. J.S. tracht zowel de overhandiging van het cash geld, als de verbintenis tot terugbetaling te bewijzen aan de hand van sms-berichten van V.T. In deze zaak wordt geprobeerd om de sms-berichten te kwalificeren als een

³⁸⁵ Antwerpen 9 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, (235) 235.

³⁸⁶ Antwerpen 9 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, (235) 236.

³⁸⁷ Antwerpen 29 april 2013, *NJW* 2014, 319.

begin van bewijs door geschrift in de zin van art. 1326 Oud BW. Het oordeel dat het hof *in casu* echter velt over de sms-berichten klinkt helemaal anders dan het bovenstaand arrest van 2019:

"Van een sms-bericht kan niet met absolute zekerheid bewezen worden dat het is uitgegaan van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld.

Een sms bevat noch een geschreven, noch een elektronische handtekening. In theorie kan iedereen van om het even welke gsm een sms-bericht sturen in naam van iemand anders. Bovendien bestaan er mogelijkheden om in te breken in andermans gsm om te doen alsof deze laatste een sms-bericht heeft verstuurd. Aldus kan in theorie de naam van de afzender van een sms-bericht gemanipuleerd worden."³⁸⁸

214. In beide arresten liggen gelijkaardige feiten voor en wordt er bewijs geleverd aan de hand van berichten, via Whatsapp of standaard sms-berichten. Het enige verschil ligt bijgevolg in het medium waarmee de berichten verstuurd zijn, en in het feit dat de geïntimeerde in het recentste arrest de kwalificatie van een bekentenis aanvoert in tegenstelling tot een begin van schriftelijk bewijs. Hieromtrent vallen drie opmerkingen te maken.

215. Ten eerste kan er de vraag gesteld worden wat het verschil is tussen een Whatsappbericht en een standaard sms-bericht. In het arrest van 2019 ziet het hof er geen graten in dat er mogelijk geknoeid is met de berichten, en wordt vlot aanvaard dat de berichten afkomstig zijn van de appellante. Wanneer de redenering van zes jaar eerder van het hof gevolgd wordt, speelt er inzake standaard sms-berichten nochtans een sterke wantrouwigheid. Een sms-bericht kan niet garanderen dat het effectief de appellant is die de sms heeft verstuurd of er kan sprake zijn van manipulatie, aldus het hof in 2013. Waarom zou een Whatsapp-bericht meer garantie bieden op de echtheid van de inhoud en de afzender? Whatsapp is immers gewoonweg gekoppeld aan iemands mobiele telefoonnummer, maar maakt gebruik van een smartphoneapplicatie en Wi-Fi voor het verzenden van de berichten. Een Whatsappgesprek zou op identiek dezelfde wijze nagemaakt, geïmiteerd of gemanipuleerd kunnen worden als een standaard sms-gesprek op een mobiele telefoon.³⁸⁹ Daarnaast neemt de vrederechter in Herzele zelfs genoegen met een Facebookbericht als begin van bewijs door geschrift.³⁹⁰ Waar ligt dan nog de grens aangaande garanties van de identificatie van de afzender? Een Facebookaccount is tegenwoordig vaak automatisch ingelogd op iemands smartphone of laptop, waardoor eender wie een bericht via Facebook kan verzenden in andermans naam.

216. Ten tweede rijst de vraag waarom een Whatsapp-bericht voldoende kan zijn om de koningin van het bewijs uit te maken, maar een sms-bericht niet *slechts* een begin van schriftelijk bewijs. Mijn inziens is er geen verschil tussen een bericht via Whatsapp of sms-bericht, deze twee dienen op gelijke hoogte te staan. Verder lijkt het nogal uit den boze dat een virtueel bericht enerzijds, voldoende is om te besluiten tot een bekentenis – dat een volledig bewijs verschaft – maar

³⁸⁸ Antwerpen 29 april 2013, *NJW* 2014, (319) 320.

³⁸⁹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 180.

³⁹⁰ Vred. Herzele 20 juni 2019, *T.Vred.* 2020, 589.

anderzijds, niet genoeg is om een begin van schriftelijk bewijs uit te maken. Dit begin van bewijs zou per slot van rekening nog verder aangevuld moeten worden met andere bewijsstukken. Het hof denkt hier anders over en is in het laatste geval terughoudender om de berichten te aanvaarden, ook al zou het bewijs dan niet eens compleet zijn.

217. Dit zet aan tot nadenken over een derde opmerking inzake deze kwestie. Aangezien de berichten wel voldoende zijn om tot buitengerechtelijke bekentenis te dienen, bestaat dan de bevoegdheid van de rechter om het etiket dat de partijen op hun bewijsmiddel plakken ambtshalve te herkwalficeren naar een gunstigere oplossing? Een document waarin X erkent de som A *heden* te hebben ontvangen van Y, is een eenzijdige schuldbekentenis die moet voldoen aan art. 1326 Oud BW / 8.21 BW, voldoet het daar niet aan, geldt de degradatie tot begin van bewijs door geschrift. Een document waarin X erkent de som A in het *verleden* te hebben ontvangen van Y, dan gaat het om een buitengerechtelijke bekentenis en zijn er geen vormvoorwaarden. Uitgaande van de redenering van het hof in 2019, zouden de berichten in de zaak van 2013 een bekentenis kunnen uitmaken, doch voert J.S. een begin van bewijs door geschrift aan. Had J.S. zich gebaseerd op het bestaan van een buitengerechtelijke bekentenis, zou het hof dan in 2013 al hetzelfde oordeel geveld hebben overeenkomstig het arrest van 2019? Of is het in dat opzicht aan de rechter om deze kwalificatie van de bekentenis op te werpen? THIRIAR is van mening dat er toch enige actieve houding van de rechter verwacht mag worden vanwege de billijkheid.³⁹¹ Niettemin staat het vast dat de rechter hiertoe niet verplicht is.³⁹²

IV.2 Het kwalificatieprobleem 2.0 rechtsvergelijkend bekeken

218. Nederland kent het bewijsmiddel begin van bewijs door geschrift niet.³⁹³ Vanwege het onderscheid tussen de akten en niet-akten, zal bijvoorbeeld een e-mail een gewoon geschrift opleveren (een niet-akte) met vrije bewijswaarde.³⁹⁴ Een bekentenis bestaat in het Nederlandse bewijs als "de erkentenis", maar de buitengerechtelijke erkentenis heeft niet dezelfde koninginnenstatus zoals in het Belgische recht. Een buitengerechtelijke erkentenis krijgt insgelijks de niet-akten slechts vrije bewijswaarde toegekend.³⁹⁵ Het Nederlandse recht kan dus niet meteen nieuwe inzichten bieden over de bovenstaande discussie. Daarnaast is er in principe geen verplichting tot geschrift voor de leningsovereenkomst in Nederland.

219. Nochtans zijn er gevallen waarbij op basis van een e-mail of bankrekeningoverzichten het bestaan van een leningsovereenkomst is aangenomen.³⁹⁶ Whatsapp-berichten zouden als geschrift aangemerkt kunnen worden stelt GRÄLER, terwijl in een vonnis inzake de rente van een lening een

³⁹¹ P. THIRIAR, "De rechter en het bewijs" in B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN, en J. ROZIE (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 20.

³⁹² Cass. 11 september 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1903.

³⁹³ J.G. GRÄLER, *Schriftelijk bewijs (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Kluwer, Deventer, 2020, 27.

³⁹⁴ H.W.B. THOE SCHWARTZENBERG, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Appeldoorn, Maklu, 2013, 134.

³⁹⁵ H.L.G. WIETEN, "Bewijs" in *Studiereeks burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer, 2014, 22.

³⁹⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:42; Rb. Midden-Nederland 19 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2029.

sms-bericht niet gezien werd als een geschrift.³⁹⁷ Deze Whatsappberichten of e-mails mogen misschien dan wel geschriften zijn, maar dat maakt van hen nog geen akten in het Nederlandse bewijsrecht. Een schriftelijkvereiste moet immers niet steeds voldaan worden via een authentieke of onderhandse akte volgens de Nederlanders.³⁹⁸ De vergelijking met het Belgische bewijsrecht hieromtrent voelt daarom eerder als artificieel aan. Een vergelijking met het Franse recht kan in dat opzicht meer baten.

220. Het Franse recht is namelijk ook bekend met *un commencement de preuve par écrit* in art. 1361 en 1362 CC. De bekentenis, of specifiek *l'aveu extrajudiciaire*, is te vinden in art. 1383 en 1383-1 CC. Nochtans zal in het Franse bewijsrecht het bovenstaande kwalificatieprobleem zich niet voordoen tussen het begin van bewijs door geschrift en de buitengerechtelijke bekentenis. Een buitengerechtelijke bekentenis krijgt in het Franse recht niet dezelfde status toegekend als de gerechtelijke bekentenis.³⁹⁹ *L'aveu extrajudiciaire* levert in tegenstelling tot in België dus geen volledig bewijs op.⁴⁰⁰ De opsomming van de uitzonderingen op het ondertekend geschrift, bevat zodoende enkel de gerechtelijke bekentenis (art. 1361 CC). In het Belgische art. 8.13 BW wordt er daarentegen gesproken van de bekentenis in het algemeen aangezien beide vormen van de bekentenis dezelfde wettelijke bewijswaarde genieten (art. 8.31 BW). Art. 1383-1 al. 2 CC stelt bovendien over de buitengerechtelijke bekentenis dat "*sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge.*" Er komt dus slechts vrije bewijswaarde toe aan een buitengerechtelijke bekentenis in Frankrijk. Dat was, voor alle duidelijkheid, ook al het geval vóór de hervorming van het Franse bewijsrecht.⁴⁰¹

221. Hoe dan ook blijft de Franse rechtspraak aangaande Whatsapp- en sms-berichten in het kader van het bewijs van de lening interessant. Het aannemen van het bestaan van een leningsovereenkomst via een tekstbericht is niet onmogelijk, maar verloopt eerder secuur in Frankrijk. De Franse rechters lijken bovendien strenger te zijn in hun oordeel aangaande Whatsapp- of sms-berichten. Wat Whatsapp betreft is het hof van beroep te Versailles van oordeel dat ze niet volstaan als begin van bewijs door geschrift.⁴⁰² Wat sms-berichten betreft is er geen overgrote meerderheid waarbij een sms aanvaard wordt als begin van bewijs door geschrift of buitengerechtelijke bekentenis, doch zijn er zeker gevallen waarin dat wel het geval is.⁴⁰³ Concreet voor het bewijs van de lening is het opmerkelijk dat er gekeken wordt naar de inhoud en draagwijdte van het tekstbericht. De Franse rechtspraak houdt rekening met het feit of er blijk wordt gegeven

³⁹⁷ J.G. GRÄLER, *Schriftelijk bewijs (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Kluwer, Deventer, 2020, 2; Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3301.

³⁹⁸ Zie overweging 4.6 Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3301.

³⁹⁹ J.M. LEBRE DE FREITAS, *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, 152.

⁴⁰⁰ T. DOUVILLE (ed.), *La réforme du Droit des contrats: commentaire article par article*, Paris, Gualino, 2016, 432.

⁴⁰¹ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats: Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2016, 360.

⁴⁰² Cour d'appel de Versailles 28 novembre 2019, n° 18/00369.

⁴⁰³ Voor afwijzende rechtspraak zie bv. Cour de cassation (1^{re} civ.) 9 juillet 2014, n° 13-19.679; Cour d'appel de Bordeaux 27 juin 2013, n° 12/03549; Cour d'appel de Metz 8 septembre 2016, n° 16/00281; Voor bevestigende rechtspraak zie bv. Cour d'appel de Dijon 23 avril 2020, n° 18/00793; Cour d'appel de Poitiers 12 mai 2015, n° 14/03078.

van de erkenning van een verbintenis tot teruggave zijnde *le principe d'une dette de restitution*.⁴⁰⁴ Daarbij is het van belang dat de afzender van het tekstbericht effectief de schuldenaar-ontlener is en dat de erkenning van de schuld niet ondubbelzinnig, onduidelijk, verwarrend of dubieus is.⁴⁰⁵ Tot slot is het voor geldleningen niet onbelangrijk dat bij de erkenning van de schuld een indicatie wordt gegeven over de aard en het bedrag van de beweerdde schuld om in aanmerking te komen als begin van bewijs door geschrift.⁴⁰⁶

IV.3 Mini-tussenbesluit

222. Samengevat doet het kwalificatieprobleem tussen het begin van bewijs door geschrift en de buitengerechtelijke bekentenis zich enkel voor in België. In ons bewijsrecht heeft de bekentenis immers wettelijke bewijswaarde, ongeacht de vorm. In Frankrijk en Nederland krijgt daarentegen enkel de gerechtelijke bekentenis wettelijke bewijswaarde. Daarnaast bestaat in Nederland het begin van bewijs door geschrift niet eens. Het is aangewezen dat België de grens tussen het begin van schriftelijk bewijs en de buitengerechtelijke bekentenis terug aanscherpt. Aangezien de wettelijke bewijswaarde van de buitengerechtelijke bekentenis kersvers is opgenomen in het nieuwe Boek VIII van het BW, zal dat niet zo evident zijn. Eventueel kan het Hof van Cassatie terugkomen op de afschaffing van de intentionele vereiste bij de buitengerechtelijke bekentenis zodat er toch enig onderscheidingscriterium terug te vinden is. Op die manier kan het temporele criterium voorlopig worden opgeborgen, zodat partijen die de norm uit het bewijsrecht niet hebben gevolgd, geen krachtiger bewijs in handen krijgen omdat hun bewijs achteraf is opgesteld. Voor de Whatsapp- en sms-berichten houdt dit tevens in dat geoordeeld wordt op basis van de intentie die er wordt uitgedrukt in het bericht om al dan niet een schuldbekentenis te doen, in lijn met het bovenstaande Franse *principe d'une dette de restitution*.

IV.4 Verrijking zonder oorzaak: het *ultimum remedium*?

223. Wat het begin van bewijs door geschrift betreft, valt nog één opmerking te maken. Hierbij wordt abstractie gemaakt van het debat en de verwevenheid omtrent de bekentenis. In principe dient een leningsovereenkomst bewezen te worden door een geschrift vanwege het gereguleerd bewijsstelsel, alleszins in het oude bewijsrecht of de wederkerige piste in het nieuwe bewijsrecht.⁴⁰⁷ In het nieuwe bewijsrecht kan versoepeling gelden voor de (ver)bruiklening via de eenzijdige piste beneden de 3.500 euro (*supra* nr. 170-171). Het begin van bewijs door geschrift, mits aangevuld met andere bewijselementen, is een mogelijke oplossing voor onregelmatige aktes zoals hierboven uitgelegd. Onder een begin van bewijs door geschrift wordt in het Oud BW verstaan: "*Elk geschreven stuk dat uitgaat van diegene tegen wie het bewijs geleverd moet worden ('degene die een rechtshandeling betwist' in het huidige BW), of van de persoon die hem vertegenwoordigt, en*

⁴⁰⁴ Cour de cassation (1^{re} civ.) 9 juillet 2014, n° 13-19.679.

⁴⁰⁵ Cour d'appel de Metz 8 septembre 2016, n° 16/00281; Cour d'appel de Versailles 28 novembre 2019, n° 18/00369.

⁴⁰⁶ Cour de cassation (1^{re} civ.) 9 juillet 2014, n° 13-19.679.

⁴⁰⁷ Art. 1341 Oud BW en art. 8.9 BW.

waardoor de betwiste rechtshandeling waarschijnlijk wordt gemaakt."⁴⁰⁸ Degene die de terugbetalingsverbintenis van de lening dient te bewijzen, moet voldoen aan de vormvereisten van art. 1326 Oud BW / art. 8.21 BW.

224. Welnu, de schuldeiser die zich beroept op het bestaan van de lening, kan zich in ondergeschikte orde beroepen op het algemeen rechtsbeginsel van de verrijking zonder oorzaak.⁴⁰⁹ Opdat er sprake kan zijn van een verrijking zonder oorzaak, moet er aan vijf voorwaarden tegemoet gekomen worden.⁴¹⁰ Er vindt een verrijking plaats van het ene vermogen, een verarming van het andere vermogen, hiertussen bestaat een causaal verband, aan de vermogensverschuiving ontbreekt iedere oorzaak en ten slotte geniet deze rechtsfiguur slechts een subsidiair karakter. De schuldeiser, zijnde de verarmde, moet deze voorwaarden bewijzen.⁴¹¹

225. Ieder in geld waardeerbaar voordeel kan een verrijking uitmaken.⁴¹² De verrijking van het vermogen wordt ruim geïnterpreteerd: zowel een positieve als negatieve aangroei van vermogen komt in aanmerking. Concreet gaat het dan respectievelijk om een vermeerdering van het vermogen of een afname van bepaalde verplichtingen.⁴¹³ Daarnaast is een immateriële verrijking niet uitgesloten (bv. het genot van een zaak).⁴¹⁴ De verarming krijgt evenzeer een ruime interpretatie en blijft niet beperkt tot een vermogensrechtelijke verarming (bv. onbezoldigde inspanningen).⁴¹⁵ Vervolgens wordt via de equivalentieleer bepaald of de verarming van het ene vermogen niet had plaatsgevonden door de verrijking van het andere en omgekeerd.⁴¹⁶ Het gebrek aan oorzaak heeft betrekking op zowel de verarming, als de verrijking.⁴¹⁷ Deze oorzaak kan een juridische, economische of morele grondslag hebben.⁴¹⁸ Tot slot kan de verrijking zonder oorzaak enkel toegepast worden indien er niet (langer) via een andere rechtsgrond een vordering kan worden ingesteld.⁴¹⁹

226. Het knelpunt situeert zich bij het te leveren bewijs van het gebrek aan oorzaak voor de verarming aangezien dit een negatief feit is.⁴²⁰ Laat dit nu net een nieuwe toevoeging zijn in het

⁴⁰⁸ Art. 1347, lid 2 Oud BW en art. 8.1, 7° BW.

⁴⁰⁹ P. THIRIAR, "Het bewijs van een lening en de vermogensverschuiving zonder oorzaak als redmiddel voor de schuldeiser in bewijsnood" (noot onder Gent 29 december 2017), *RABG* 2018, (1827) 1832.

⁴¹⁰ S. STIJNS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2020, 30.

⁴¹¹ E. NORDIN, "De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid", *RW* 2009-10, (1084) 1085.

⁴¹² E. NORDIN, "De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid", *RW* 2009-10, (1084) 1085.

⁴¹³ R. DEKKERS, A. VERBEKE e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 179-180.

⁴¹⁴ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 293.

⁴¹⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 48.

⁴¹⁶ S. STIJNS en I. SAMOY, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2020, 30.

⁴¹⁷ P. THIRIAR, "Het bewijs van een lening en de vermogensverschuiving zonder oorzaak als redmiddel voor de schuldeiser in bewijsnood" (noot onder Gent 29 december 2017), *RABG* 2018, (1827) 1833.

⁴¹⁸ E. NORDIN, "De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid", *RW* 2009-10, (1084) 1084.

⁴¹⁹ M. AERTS, "De eigen wil van de verarmde en de subsidiariteit bij verrijking zonder oorzaak: het Hof van Cassatie grijpt in", *RW* 2017-18, (1104) 1107.

⁴²⁰ C. DECLERCK en V. ALLAERTS, "Grondslag en waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen tussen partners - Ontwikkelingen 2011-2013" in *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 73; P. THIRIAR, "Het bewijs van een lening en de vermogensverschuiving zonder oorzaak als redmiddel voor de schuldeiser in bewijsnood" (noot onder Gent 29 december 2017), *RABG* 2018, (1827) 1833.

nieuwe bewijsrecht (*infra* nr. 228). Daarnaast zal de discussie vaak rijzen over de eigen wil van de verarmde, die beschouwd wordt als een mogelijke oorzaak voor de vermogensverschuiving.

IV.4.1 De wil van de verarmde als oorzaak

227. Voor zover de verarmde een definitieve vermogensverschuiving wilde teweegbrengen, geniet deze eigen wil een rechtvaardigend karakter als oorzaak voor de verarming van het eigen vermogen en de verrijking van het andere.⁴²¹ Het Hof van Cassatie verfijnde de wil om een blijvende vermogensverschuiving te bekomen in een arrest van 2014.⁴²² De eerste algemene bewoordingen inzake de wil van de verarmde van het Hof bleven immers stil over een blijvend, dan wel tijdelijk karakter van de vermogensverschuiving.⁴²³ In een later arrest van 2017 bevestigt het Hof nogmaals de verdere verfijningen aangaande de voorwaarde van een definitieve verarming en verrijking. Belangrijker is echter het onderscheid dat gemaakt dient te worden wat het oogmerk van die wil betreft.⁴²⁴ Een *animus donandi* mag niet verward worden met een *animus solvendi*.⁴²⁵ Vrijgevigheid is niet gelijk aan een tijdelijke hulpvaardigheid. In dat laatste geval is er slechts de wil om hulp te bieden, maar dat valt niet te vereenzelvigen met het oogmerk om een definitief voordeel toe te kennen aan de – tijdelijk – verrijkte.⁴²⁶ In het kader van leningsovereenkomsten zou de verrijking zonder oorzaak dus wel eens kunnen slagen, indien het oogmerk in de zin van een *animus solvendi* hard gemaakt wordt. In dat opzicht kan gedacht worden aan het eerder beschreven arrest van het hof van beroep te Antwerpen waarbij geld werd geleend aan iemand in financiële moeilijkheden (*supra* nr. 144-145). In zulke gevallen schuilt het oogmerk van de vermogensverschuiving eerder in een hulpvaardigheid om de ontleners uit de nood te helpen, zodat laatstgenoemde de mogelijkheid heeft dat vermogensvoordeel te vereffenen wanneer daar weer ruimte voor bestaat.

IV.4.2 Bewijs door waarschijnlijkheid: een nieuw achterpoortje?

228. Naast het begin van bewijs door geschrift en de *animus solvendi*, bestaat er voor het bewijs van negatieve feiten het bewijs door waarschijnlijkheid (*supra* nr. 77-79). Dit zou wel eens een bijkomende versoepeling kunnen zijn en een nieuwe mogelijkheid openen in het te leveren bewijs van een leningsovereenkomst. Indien de rechter niet akkoord gaat met het geleverde schriftelijk bewijs omdat het niet voldoet aan de vormvereisten, of er kan geen bekentenis bekomen worden als volledig bewijs, dan kan subsidiair de verrijking zonder oorzaak eventueel soelaas bieden. Door de wettelijke verankering van het bewijs door waarschijnlijkheid voor negatieve feiten, is dit mogelijk een achterpoortje ten voordele van het bewijs van het bestaan van een leningsovereenkomst bij een onregelmatige akte of het ontbreken van een akte. Via een samenspel tussen de verrijking zonder oorzaak en het bewijs door waarschijnlijkheid kan er dan een verlaging van de bewijsstandaard

⁴²¹ J. LAMBRECHTS, "De wil van de verarmde als rechtvaardiging voor vermogensverschuivingen inhoudelijk verduidelijkt", *TBBR* 2015, (560) 561.

⁴²² Cass. 23 oktober 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2330.

⁴²³ Cass. 19 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, I, 176.

⁴²⁴ Cass. 9 juni 2017, *RW* 2017-18, 1104.

⁴²⁵ E. NORDIN, "De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid", *RW* 2009-10, (1084) 1086.

⁴²⁶ M. AERTS, "Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking", *TFAM* 2020, (247) 249-250.

bekomen worden. Dat verhoogt misschien wel de slaagkansen van de verrijking zonder oorzaak, een rechtsfiguur met doorgaans niet erg veel succes.⁴²⁷

229. Nu is het enkel de vraag of dat het bewijs van het ontbreken van een oorzaak voor de verarming gezien kan worden als een oneindig negatief feit, waarvoor de verlaging van de bewijstandaard kan worden toegepast. Zoals gezegd heeft de wetgever geen definitie opgenomen van negatieve feiten, maar dient hieronder verstaan te worden "oneindig negatieve feiten".⁴²⁸ Om dit concreter te maken, is het opportuun de redenering van VANDENBUSSCHE te volgen.⁴²⁹ Negatieve feiten zijn feiten waarbij er bewezen dient te worden dat deze zich *niet* hebben voorgedaan – in dit geval dus het feit dat er zich *geen* oorzaak heeft voorgedaan.⁴³⁰ Logischerwijze is het bewijzen dat iets niet gebeurd is, moeilijker dan dat het wel gebeurd is. Het klassieke voorbeeld luidt in dat geval het bewijs van het niet naleven van de informatieverplichtingen.⁴³¹ Soms is het toch mogelijk om een negatief feit te bewijzen doordat het positieve tegengestelde bewezen kan worden. Wanneer iemand niet kan aantonen dat hij op een zeker tijdstip niet aanwezig was op een bepaalde plek, is het wel mogelijk de aanwezigheid te bewijzen op een andere plek op datzelfde tijdstip.⁴³² De omstandigheden zijn complexer wanneer het gaat om oneindig negatieve feiten. Zulke feiten zijn onbepaald en hebben dientengevolge geen bewijsbare positieve tegenhanger.⁴³³ Het bewijs ervan impliceert dan een onbegrensd aantal hypothesen die onmogelijk allemaal te bewijzen zijn.⁴³⁴ VANDENBUSSCHE brengt hier een nuancering op aan. De positieve tegenhanger bestaat in de zonet genoemde gevallen wel, maar dat houdt net de bevestiging in van de stellingname van de tegenpartij.⁴³⁵ De partij die de bewijslast draagt, zal dat dus ten zeerste vermijden.

230. Bovenstaande redenering verdient bijstand en illustreert dat het gebrek aan oorzaak een oneindig negatief feit is. Wanneer de uitlener het gebrek aan oorzaak dient te bewijzen, door de positieve antithese aan te tonen, dan toont hij of zij juist aan dat er *wel* een oorzaak ten grondslag ligt aan de vermogensverschuiving. Dat is uiteraard niet de bedoeling en zelfs enigszins paradoxaal. Bovendien geeft CATTOIR een uiteenzetting van oneindig negatieve feiten en geeft hierbij het gebrek aan oorzaak expliciet als voorbeeld: "*Ik ben hier nooit geweest, of, ik heb die man nooit ontmoet, of nog, die rechtshandeling heeft geen oorzaak.*"⁴³⁶ Hieruit volgt de conclusie dat het bewijs inzake het gebrek aan oorzaak een oneindig negatief feit is waarop de verlaging van de bewijstandaard uit art. 8.6 BW van toepassing kan zijn.

⁴²⁷ C. DECLERCK en V. ALLAERTS, "Grondslag en waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen tussen partners - Ontwikkelingen 2011-2013" in *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 74.

⁴²⁸ MvT, Boek 8 "Bewijs", 11.

⁴²⁹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 217-220.

⁴³⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 213.

⁴³¹ B. VANLERBERGHE, "Wat brengt het nieuwe burgerlijke bewijsrecht?" in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2019*, Brugge, die Keure, 2019, 156.

⁴³² B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 57.

⁴³³ D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 86.

⁴³⁴ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 58.

⁴³⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 218.

⁴³⁶ B. CATTOIR, "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 58.

231. Praktisch gezien kan deze verlaagde bewijstandaard dus de deur op een kier zetten voor de aanvaarding van een verrijking zonder oorzaak inzake het bewijs van een leningsovereenkomst. In dat opzicht valt bijvoorbeeld te denken aan bewijsmoeilijkheden inzake vermogensverschuivingen tussen ex-echtgenoten in een stelsel van scheiding van goederen of feitelijke samenwoners die hun relatie beëindigen.⁴³⁷ In zulke gevallen maken partners immers zelden een geschrift op wanneer ze alles nog bekijken vanuit hun roze bril. Liefdesrelaties zijn echter niet steeds rozengeur en maneschijn waardoor achteraf discussies kunnen ontstaan over al dan niet definitief toegekende vermogensbestanddelen. Een affectieve samenlevingsvorm tussen de verrijkte en verarmde is hierbij *op zich* niet voldoende als verantwoording voor eventuele vermogensverschuivingen.⁴³⁸ De wil van een der partners om een vermogensvoordeel toe te kennen zal dan opnieuw de kop opsteken ter rechtvaardiging van de definitieve verarming. Doch wees niet getreurd, de verarmde partner krijgt mogelijk meer kansen om het bewijs te leveren van het ontbreken van iedere oorzaak wanneer art. 8.6 BW van toepassing geacht wordt.

⁴³⁷C. DECLERCK en V. ALLAERTS, "Grondslag en waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen tussen partners - Ontwikkelingen 2011-2013" in *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 65-79; J. LAMBRECHTS, "De wil van de verarmde als rechtvaardiging voor vermogensverschuivingen inhoudelijk verduidelijkt", *TBBR* 2015, (560) 562; M. AERTS, "De eigen wil van de verarmde en de subsidiariteit bij verrijking zonder oorzaak: het Hof van Cassatie grijpt in", *RW* 2017-18, (1104) 1106-1107.

⁴³⁸ C. DECLERCK en V. ALLAERTS, "Grondslag en waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen tussen partners - Ontwikkelingen 2011-2013" in *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 73-74; Brussel 3 mei 2013, *RTDF* 2013, 1019.

Algemeen besluit

232. Deze masterscriptie staat in functie van de volgende onderzoeksvraag: "*Is er in het licht van het nieuwe Boek VIII 'Bewijs' in het Burgerlijk Wetboek nood aan een herziening van de kwalificatie van een leningsovereenkomst?*" Het is onmiskenbaar dat de zakelijke en eenzijdige zienswijze van de leningsovereenkomst op losse schroeven staat. De meerderheid van de rechtsleer in België – maar ook in Nederland en Frankrijk – is het niet eens met de zakelijke gedachtegang inzake de lening, en het eenzijdig karakter dat daarvan het gevolg is. Wat de geldlening betreft, resulteerde dit al in een wettelijk initiatief voor onze Noorderburen en een tendens in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. De Belgische wetgeving en rechtspraak loopt voorlopig nog wat achterop.

233. Het vernieuwde bewijsrecht richt wederom de schijnwerpers op de controversiële kwalificatie van de leningsovereenkomst. Het eenzijdig dan wel wederkerig karakter blijft niet zonder gevolgen. Wanneer de lening als eenzijdige overeenkomst blijft bestaan, brengt dat extra verschillen met zich mee inzake het te leveren bewijs van de leningsovereenkomst. In een bepaald geval zal het bewijs zich dan zelfs bevinden in het vrije bewijsstelsel overeenkomstig art. 8.8 BW. Voor het wederkerige scenario is er echter sprake van meer eenvoud in de reglementering van het bewijsrecht voor de verschillende vormen van de lening. De bruik- en verbruiklening zijn in dat geval beiden onderworpen aan dezelfde bewijsregels, waarbij vooral het plafond uit art. 8.9 BW als determinerende factor fungeert. Vanuit praktisch oogpunt en ten goede van de rechtszekerheid zou een wederkerige kwalificatie van de leningsovereenkomst wat mij betreft dus zeker aangewezen zijn.

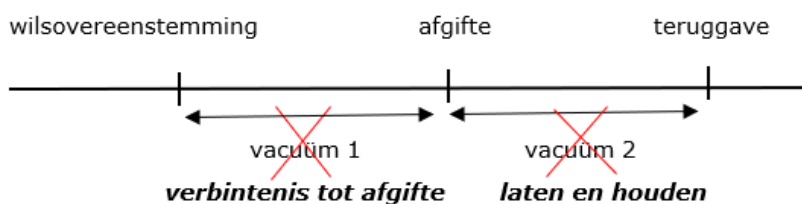
234. Het consensuele karakter van de lening is daarentegen een delicatesse. De discussie of door loutere wilsovereenstemming een afdwingbare lening ontstaat, hangt tevens samen met de kunstmatige leningsbelofte waar naar huidig (buitenlands) recht beroep op wordt gedaan. Mijns inziens kan dan de algehele leningsovereenkomst in dat opzicht evengoed als consensueel beschouwd worden. Via de leningsbelofte wordt de lening reeds geforceerd in het consensuele hokje, via een geknutselde omweg die onnodig blijkt te zijn. De erkenning van de afgifte als verbintenis van de uitlener zou wat dat betreft al veel wonderen kunnen doen. Indien een consensuele lening voor velen te verregaand zou blijken, is er nog steeds de mogelijkheid om enkel de wederkerigheid te aanvaarden. Auteurs zoals AYDOGAN en CHÉNEDÉ zijn alvast van mening dat het al dan niet zakelijk gepercipieerde karakter geen afbreuk doet aan het bestaan van de verbintenis tot uitlening in hoofde van de uitlener. Wat het bewijsrecht betreft is de belangrijkste verandering immers de aanwezige wederkerigheid van de verbintenissen in de leningsovereenkomst. Nochtans zie ik niet in waarom de consensualiteit nog langer aan de lening ontnomen moet worden.

235. Menig auteurs hebben hier ondertussen hun ongezouten mening over neergeschreven, waarvan de meest uitgesproken standpunten in deze masterscriptie zijn uiteengezet. Wanneer al deze opvattingen worden gebundeld, ontstaat het volgende overzicht dat de essentie weergeeft van iedere auteur en hun visie.

| | BRUIKLENING | VERBRUIKLENING |
|-------------------------|--|---|
| <i>BELGIË</i> | | |
| B. Du Laing | / | Consensuele en wederkerige geldlening |
| A. Aydogan | / | Wederkerige geldlening los van zakelijk of consensueel karakter |
| <i>NEDERLAND</i> | | |
| A.C. van Schaick | Onderscheid naargelang het commercieel karakter | |
| J. Gräler | Algehele consensualiteit | |
| <i>FRANKRIJK</i> | | |
| F. Chénéde | Wederkerigheid los van zakelijk of consensueel karakter én los van karakter om niet dan wel ten bezwarende titel | |
| F. Grua | Reëel karakter afhankelijk van partijautonomie | |

236. Bovenstaand schema dringt mijns inziens tot het besluit dat een combinatie vormt tussen de visies van alle auteurs, behoudens VAN SCHAICK en GRUA. Dat alles samengebracht met de besproken vergelijking inzake bewaargeving en lastgeving, levert immers het hoger vernoemde resultaat op (*supra* nr. 157 e.v.).

CONSENSUELE LENING



237. Trekken we het besluit ten slotte nog breder, dan moet de grens tussen het begin van bewijs door geschrift en de buitengerechtelijke bekentenis terug aangedikt worden. Zo niet, dan scheidt dat tweede kwalificatieprobleem extra moeilijkheden voor het bewijs van de leningsovereenkomst. Uiteindelijk blijft de hamvraag deze van de kwalificatie van de leningsovereenkomst. De analyse van alle (tegen)argumenten – zowel naar Belgisch, als naar Nederlands en Frans recht – en de uiteenzetting van enkele knelpunten in het bewijsrecht, neigen wat mij betreft in de richting van een bevestigend antwoord op de centrale onderzoeksvraag. Er is duidelijk nood aan verandering.

Bibliografie

I. België

Wetgeving

Europees niveau

Verordening 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 1999/93/EG, *Pb.L.* 28 augustus 2014, 73-114. **(eIDAS-verordening)**

Nationaal niveau

Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804, *BS* 3 september 1807.

Wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, *BS* 29 september 2001, 33 070.

Wet van 21 juli 2016 tot uitvoering en aanvulling van de verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, houdende invoeging van titel 2 in boek XII "Recht van de elektronische economie" van het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan titel 2 van boek XII en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan titel 2 van boek XII, in de boeken I, XV en XVII van het Wetboek van economisch recht, *BS* 28 september 2016. **(Digital Act I)**

Wet van 20 september 2018 tot harmonisatie van de begrippen elektronische handtekening en duurzame gegevensdrager en tot opheffing van de belemmeringen voor het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg, *BS* 10 oktober 2018. **(Digital Act II)**

Wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019.

Wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 8 "Bewijs" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2018-2019, nr. 54-3349/001.

Rechtspraak

Hof van Cassatie

Cass. 29 november 1963, *RW* 1963-64, 2023.

Cass. 19 december 1963, *Pas.* 1964, I, 416.

Cass. 11 december 1969, *Arr. Cass.* 1969, 356.

Cass. 25 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 230.

Cass. 3 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 759.

Cass. 14 november 1985, *Arr.Cass* 1985-1986, 359.

Cass. 2 december 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 432.

Cass. 27 mei 1998, *TBH* 2000, 227.

Cass. 17 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1119.

Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424.

Cass. 12 oktober 2000, AR C.99.0179.F.

Cass. 27 februari 2003, AR C.01.0062.N.

Cass. 20 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, 645.

Cass. 1 juni 2007, *Arr.Cass.* 2007, 1181.

Cass. 20 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, 2545.

Cass. 11 september 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1903.

Cass. 19 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, I, 176.

Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1379.

Cass. 17 november 2010, *Arr. Cass* 2010, 2766.

Cass. 5 mei 2011, *RW* 2012-13, 1254.

Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, 184.

Cass. 16 september 2013, C.12.0032.F.

Cass. 23 oktober 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2330.

Cass. 8 mei 2015, *Arr.Cass.* 2015, 1188.

Cass. 5 juni 2015, *Arr.Cass.* 2015, 41.

Cass. 18 september 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2089.

Cass. 26 september 2016, AR C.16.0027.N.

Cass. 2 januari 2017, C.16.0346.F.

Cass. 9 juni 2017, *RW* 2017-18, 1104.

Cass. 19 april 2018, *Arr. Cass.* 2018, 900.

Cass. 3 mei 2018, *NJW* 2018, 481.

Cass. 28 juni 2018, AR. C.17.0229.N.

Cass. 28 september 2018, *RW* 2019-2020, 55.

Cass. 3 oktober 2019, *RW* 2019-2020, 1615.

Cass. 27 april 2020, *TBBR* 2020, 534.

Cass. 18 juni 2020, *NJW* 2020, 748.

Hof van beroep

Antwerpen 22 maart 2010, *TBBR* 2016, 173.

Antwerpen 29 april 2013, *NJW* 2014, 319.

Antwerpen 9 april 2019, *Limb.Rechtsl.* 2019, 235.

Bergen 10 februari 1976, *Pas.* 1977, II, 14.

Bergen 2 mei 1991, *RNB* 1992, 150.

Brussel 3 mei 2013, *RTDF* 2013, 1019.

Gent 19 maart 2015, *RW* 2016-17, 1542.

Gent 29 december 2017, *RABG* 2018, 1819.

Luik 8 september 1999, *TBBR* 2001, 458.

Rechtbank van eerste aanleg

Rb. Antwerpen 27 februari 2015, *RW* 2015-16, 1423.

Rb. Dendermonde 24 november 1998, *TGR* 1999, 5.

Rb. Gent 28 juni 2001, nr. 2001/2505.

Rb. Hasselt 18 januari 2001, *TBBR* 2002, 51.

Vredegerrecht

Vred. Herzele 20 juni 2019, *T.Vred.* 2020, 589.

Rechtsleer

Boeken

ALLEMEERSCH, B., "Omnia mutatur, nihil interit. Beschouwingen over Boek 8 van het nieuw Burgerlijk Wetboek" in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 121-134.

AYDOGAN, A., *De aard van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 576 p.

CATTOIR, B., "Burgerlijk bewijsrecht" in *APR* Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 597 p.

CLIJMANS, N., *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke en ondernemingszaken*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 245 p.

CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.

COUSY, H., "De lening" in HERBOTS, J.H. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten: actuele problemen*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 534 p.

DE CORTE, R. en DE GROOTE, B., "Hoofdstuk VIII - Gebruikelijke contracten" in *Handboek Civiel Recht 2011*, Gent, Larcier, 2011, 672-708.

DE CORTE, R., DE GROOTE, B. en BRULOOT, D., *Privaatrecht in hoofdlijnen, I*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 437 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 1196 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 1185 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 1167 p.

DECLERCK, C. en ALLAERTS, V., "Grondslag en waardering van vergoedingsrechten en schuldvorderingen tussen partners - Ontwikkelingen 2011-2013" in *Themis Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 65-79.

DEKKERS, R., VERBEKE, A. e.a., *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820 p.

DEMARSIN, B., "Actualia 'kleine contracten', recente ontwikkelingen inzake lening en dading" in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2011, 141-161.

DEMARSIN, B., "Actualia 'kleine contracten'. Een greep uit een veelheid van (cassatie)rechtspraak" in TILLEMANN, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020, 207-258.

DEMARSIN, B., "De 'kleine contracten': bloemlezing uit de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges" in TILLEMANN, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2017, 101-109.

DEMARSIN, B., "Enkele aandachtspunten inzake ruil, lijfrente, bruiklening en dading" in TILLEMANN, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2015, 121-162.

DU LAING, B., *(Geld)lening en krediet(opening): theoretische grondslagen en praktische gevolgen van de verbruiklening van geld op interest als gemeenrechtelijke onmiddellijke thesauriekredietovereenkomst*, Brugge, die Keure, 2005, 670 p.

GLANSDORFF, F. en VAN DEN HAUTE, E., "Prêt" in *De Page - Traité de droit civil belge*, IV, Brussel, Buylant, 2017, 203-279.

MERCHIEERS, Y., *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 395 p.

MICHAUX, S., "Le contrat de prêt" in *Les contrats spéciaux: chronique de jurisprudence 1996- 2000*, Brussel, Larcier, 2002, 71-100.

MOUGENOT, D., *La preuve*, Brussel, Larcier, 2012, 458 p.

SAGAERT, V., TILLEMANN, B., en VERBEKE, A.-L., *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 506 p.

SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Het nieuwe bewijsrecht" in STIJNS, S. (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 117-150.

SAMOY, I. en VANDENBUSSCHE, W., "Over schriftelijk bewijs, bewijsovereenkomsten en de nieuwe wetgeving inzake de schriftelijke getuigenverklaring" in ORDE VAN ADVOCATEN KORTIJK (ed.), *Bewijsrecht*, Gent, Larcier, 2014, 195-261.

SAMYN, B., *Privaatrechtelijk bewijs: een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story Publishers, 2012, 576 p.

STIJNS, S. en SAMOY, I., *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2020, 408 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure 2016, 284 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 193 p.

THIRIAR, P., "De rechter en het bewijs" in VANLERBERGHE, B., RUTTEN, S. en ROZIE, J. (eds.), *Bewijsnood na het vernieuwde bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 1-26.

TILLEMANN, B. en VERBEKE, A.-L. (eds.), *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 324 p.

TILLEMANN, B., en BAUDONCQ, F., "Bruikleen, bewaargeving en sekwestering" in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer 2000, 657 p.

VAN GERVEN, W. en VAN OEVELEN, A., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 728 p.

VANDEBUSSCHE, W., *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 812 p.

VANLERBERGHE, B., "Bewijs" in WEYTS, B., en VANSWEEVELT, T. (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1013-1128.

VANLERBERGHE, B., "De krachtlijnen van het nieuwe burgerlijke bewijsrecht" in VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B. (eds.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 1-33.

VANLERBERGHE, B., "Moet een schriftelijke schulderkenning gekwalificeerd worden als een (onregelmatige) akte dan wel als een bekentenis?" in PINTENS, W. en DECLERCK, C. (eds.), *Patrimonium 2016*, Brugge, die Keure, 2016, 167-177.

VANLERBERGHE, B., "Wat brengt het nieuwe burgerlijke bewijsrecht?" in PINTENS, W. en DECLERCK, C. (eds.), *Patrimonium 2019*, Brugge, die Keure, 2019, 149-166.

VANLERBERGHE, B., *Het nieuwe burgerlijke bewijsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 54 p.

VERBEKE, A., "Actualia lening en bewaargeving" in HERBOTS, J. en VERBEKE, A. (eds.), *Themis Bijzondere Overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2002, 33-47.

Tijdschriften

AERTS, M., "Back to the roots: de rol van de wil en het eigenbelang van de verarmde bij de ongerechtvaardigde verrijking", *TFAM* 2020, 247-253.

AERTS, M., "De eigen wil van de verarmde en de subsidiariteit bij verrijking zonder oorzaak: het Hof van Cassatie grijpt in", *RW* 2017-18, 1104-1109.

ALLEMEERSCH, B. en HOUTMEYERS, A., "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, 624-641.

BAECK, J., "Boek 8 'Bewijs': het eerste boek van het nieuw Burgerlijk Wetboek", *RW* 2019-2020, 1123-1141.

BEECKWEE, A., "Commentaar bij artikel 1892 BW" in *Comm.Bijz.Ov* 2016, 77-81.

BIQUET-MATHIEU, C., "Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit", *JLMB* 2020, 1543-1554.

BIQUET-MATHIEU, C., "Prêt versus ouverture de crédit – Confrontation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège avec l'enseignement découlant des arrêts de la Cour de cassation des 27 avril 2020 et 18 juin 2020", *TBBR* 2020, 515-516.

CLIJMANS, N., "Het nieuwe bewijsrecht", *Notariaat* 2020, 1-14.

DECLERCQ, S. en DE COCK, S., "Het nieuwe bewijsrecht en de notariële praktijk", *T. Not.* 2020, 565-600.

DECLERCQ, S., "Begin van bewijs of buitengerechtigke bekenenis? Poging tot afbakening van twee bewijsmiddelen", *RW* 2020-21, 3-14.

DECLERCQ, S., "Over het nut van hoge schotten in het bewijsrecht", *Juristenkrant* 2020, 11.

DU LAING, B., "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-2005, 961-971.

DU LAING, B., "Naar een veralgemeende afwijzing van het zakelijk karakter van de geldlening?", *TBH* 2000, 228-232.

GELDHOF, W., "Bob heeft zware juridische kater", *Juristenkrant* 2002, 1 en 11.

JACQUEMIN, H., "Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016", *JT* 2017, 197-209.

LAMBRECHTS, J., "De wil van de verarmde als rechtvaardiging voor vermogensverschuivingen inhoudelijk verduidelijkt", *TBBR* 2015, 560-562.

MAES, L., "Het aanhoudende debat inzake de kwalificatie van kredietovereenkomsten: geldlening of kredietopening?", *NJW* 2020, 748-749.

NORDIN, E. "De wil als oorzaak van een vermogensverschuiving: het onderscheid tussen hulpvaardigheid en vrijgevigheid", *RW* 2009-10, 1084-1087.

SAMYN, B., "Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekenenis", *P&B* 2011, 34-38.

STORME, M., "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen", *RW* 2000-2001, 1505-1525.

THIRIAR, P., "Het bewijs van een lening en de vermogensverschuiving zonder oorzaak als redmiddel voor de schuldeiser in bewijsnood" (noot onder Gent 29 december 2017), *RABG* 2018, 1827-1834.

VAN BOXSTAEL, J.-L., "Le prêt à usage ou commodat", *Notamus* 2004, 35-39.

VANDEBUSSCHE, W., "Intentionaliteit van de buitengerechtigke bekenenis", *NJW* 2018, 482-483.

II. Frankrijk

Wetgeving

Code Civil 1804, www.legifrance.gouv.fr.

Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 21 avril 2018.

Décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil, *JO* 16 juillet 1980

Décret n° 2016-1278 du 29 septembre 2016 portant coordination des textes réglementaires avec l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* septembre 2016.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11 février 2016.

Rechtspraak

Hof van Cassatie

Cour de cassation (1^{re} civ.) 28 mars 2000, n° 97-21.422, www.dalloz.fr.

Cour de cassation (1^{re} civ.) 7 mars 2006, n° 02-20.374, www.dalloz.fr.

Cour de cassation (1^{re} civ.) 19 juin 2008, n° 06-19.056, www.dalloz.fr.

Cour de cassation (3^e civ.) 2 mai 2012, n° 11-18.927, www.dalloz.fr.

Cour de cassation (1^{re} civ.) 9 juillet 2014, n° 13-19.679, www.dalloz.fr.

Hof van beroep

Cour d'appel de Bordeaux 27 juin 2013, n° 12/03549, www.dalloz.fr.

Cour d'appel de Dijon 23 avril 2020, n° 18/00793, www.dalloz.fr.

Cour d'appel de Metz 8 septembre 2016, n° 16/00281, www.dalloz.fr.

Cour d'appel de Poitiers 12 mai 2015, n° 14/03078, www.dalloz.fr.

Cour d'appel de Versailles 28 novembre 2019, n° 18/00369, www.dalloz.fr.

Rechtsleer

Boeken

BÉNABENT, A., "Droit civil: Les contrats spéciaux civils et commerciaux" in *Domat droit privé*, Paris, Montchrestien, 2011, 702 p.

CHABAS, F. (ed.), "Obligations: théorie générale" in *Leçons de droit civil*, II, Paris, Montchrestien, 1998, 1353 p.

DESHAYES, O., GENICON, T. en LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, 945 p.

DOUVILLE, T. (ed.), *La réforme du Droit des contrats: commentaire article par article*, Paris, Gualino, 2016, 534 p.

FLOUR, J., AUBERT J.-L. en SAVAUX, É., "L'acte juridique" in *Droit civil: Les obligations*, Paris, Dalloz, 2014, 544 p.

GHESTIN, J. (ed.), "Les principaux contrats spéciaux" in *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2012, 1684 p.

LEBRE DE FREITAS, J.M., *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, 463 p.

MAINGUY, D., *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, 2020, 698 p.

MALAURIE, P., AYNÈS, L. en GAUTHIER, P.-Y., "Droit des contrats spéciaux" in *Droit civil*, Paris, LGDJ, 2018, 756 p.

MALAURIE, P., AYNÈS, L. en GAUTHIER, P.-Y., "Les contrats spéciaux" in *Droit civil*, Paris, Defrénois, 2004, 783 p.

MERCADAL, B., *Réforme du droit des contrats: Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2016, 408 p.

PLANIOL, M. en RIPERT, G., "Les obligations" in *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, LGDJ, 1952, 1047 p.

Tijdschriften

BARBIER, H., "Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016", *RTD civ.* 2016, 247-262.

BÉNOS, C., " L'altruisme dans le contrat de prêt à usage", *Rec. Dall.* 2013, 2358-2363.

CAYROL, N., "Le droit civil aujourd'hui", *RTD civ.* 2020, 502-505.

CHÉNEDÉ, F., "La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel", *Rec. Dall.* 2008, 2555-2559.

DELEBECQUE, P., "Les caractères du prêt d'argent", *Rec. Dall.* 2000, 358.

FADDOUL, J., "Le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel", *Rec. Dall.* 2000, 239-240.

FRANÇOIS, J., "La preuve de la remise des fonds dans les contrats de prêt d'argent réels et consensuels", *Rec. Dall.* 2010, 620-623.

FRANÇOIS, L.S., "La spécificité du contrat unilatéral", *RTD civ.* 2006, 209-238.

GHESTIN, J., "La définition de l'absence de cause dans les contrats consensuels de prêt", *Rec. Dall.* 2009, 2080-2083.

GHOZI, A., "Contrat de prêt de somme d'argent : l'intérêt négatif en débat", *Rec. Dall.* 2017, 965-977.

GRUA, F., "Le prêt d'argent consensuel", *Rec. Dall.* 2003, 1492-1495.

LEGEAIS, D., "Prêt consenti par un particulier. Caractère réel", *RTD com.* 2006, 460.

LEGEAIS, D., "Prêt. Cause du contrat de prêt", *RTD com.* 2009, 598-599.

LEGEAIS, D., "Prêt. Preuve de la remise des fonds dans les contrats de prêt d'argent réels et consensuels", *RTD Com.* 2010, 763-764.

MARTIN, D.R., "Du contrat consensuel de prêt", *Rec. Dall.* 2002, 640.

PIÉDELIÈVRE, S., "Vers la disparition des contrats réels?", *Rec. Dall.* 2000, 482-484.

REBEYROL, V., "La charge de la preuve de la remise des fonds dans le contrat de prêt", *Rec. Dall.* 2010, 128-131.

Encyclopédie

LE TOURNEAU, P. en POUMARÈDE, M., "Le contrat de prêt (y compris le crédit-bail)" in *Dalloz action: Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2020, 2133-2147.

PIGNARRE, G., *Prêt*, Répertoire de droit civil 2016, rn. 1-184.

III. Nederland

Wetgeving

Nederlands Burgerlijk Wetboek, www.overheid.nl.

Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, www.overheid.nl.

Boek 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, www.overheid.nl.

Wet van 5 oktober 2016, houdende aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Stb.* 14 oktober 2016.

KB van 17 november 2016, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 5 oktober 2016, houdende aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Stb.* 25 november 2016.

Kamerstukken

Wetsvoorstel Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 2 .

Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en een nieuwe titel 7.2c (Consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening), *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3.

Rechtspraak

Hoge Raad

HR 26 maart 1958, *NJ* 1958, 399.

HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 220.

HR 13 april 2001, *JOL* 2001, 265.

HR 4 juni 2004, *JOL* 2004, 303.

HR 13 juni 2008, *N.* 2008, 336.

HR 29 april 2016, *JOR* 2016, 354.

HR 31 maart 2017, *NJ* 2017/166.

HR 15 februari 2019, *JOR* 2019, 150.

Hoger beroep

Gerechtshof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1510.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:335.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2305.

Gerechtshof Leeuwarden 4 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2021:BX6574.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:492.

Eerste aanleg

Rb. Amsterdam 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5357.

Rb. Arnhem 11 november 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK7904.

Rb. Gelderland 20 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3301.

Rb. Haarlem 2 juni 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD6827.

Rb. Leeuwarden 12 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AU1606.

Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:291.

Rb. Midden-Nederland 19 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2029.

Rb. Rotterdam 12 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5796.

Rechtsleer

Boeken

GRÄLER, J.G., *Bruikleen (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2020, 74 p.

GRÄLER, J.G., *Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Monografieën BW)*, Kluwer, Deventer, 2012, 117 p.

GRÄLER, J.G., *Mandeligheid (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht)*, Kluwer, Deventer, 2007, 354 p.

GRÄLER, J.G., *Schriftelijk bewijs (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Kluwer, Deventer, 2020, 174 p.

KAMPHUISEN, P.W., *Asser-serie – Bijzondere overeenkomsten: Huur, pacht, bewaargeving, bruikleen, verbruikleen en borgtocht*, 5-II, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1976, 420 p. (**Asser-Kamphuisen 5-II, 1976**)

LEBRE DE FREITAS, J.M., *The Law of Evidence in the European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 2004, 463 p.

PABBRUWE, H.J., "Verbruikleen" in *Serie Bijzondere Contracten*, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1979, 127 p.

REEHUIS, W.H.M., SLOB, E.E. en VEN ZEBER, C.J., (eds.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Kluwer, Deventer, 1991, 494 p.

SIEBURGH, C.H., *Asser-serie – Algemeen overeenkomstenrecht*, 6-III, Kluwer, Deventer, 2018, 772 p. (**Asser-Sieburgh 6-III, 2018**)

THOE SCHWARTZENBERG, H.W.B., *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Appeldoorn, Maklu, 2013, 279 p.

VAN SCHAICK, A.C., *Asser-serie - Bijzondere overeenkomsten: Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, 7-VIII, Kluwer, Deventer, 2012, 333 p. (**Asser-Van Schaick 7-VIII, 2012**)

VAN SCHAICK, A.C., *Asser-serie - Bijzondere overeenkomsten: Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, 7-VIII, Kluwer, Deventer, 2018, 356 p. (**Asser-Van Schaick, 7-VIII, 2018**)

VAN SCHAICK, A.C., *Asser-serie - Bijzondere overeenkomsten: Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, 5-IV, Kluwer, Deventer, 2004, 302 p. (**Asser-Van Schaick 5-IV, 2004**)

VEEGENS, D.J., WIERSMA, H.W. en WIERSMA, K., *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 202 p.

WIETEN, H.L.G., "Bewijs" in *Studiereeks burgerlijk procesrecht*, Kluwer, Deventer, 2014, 129 p.

Tijdschriften

GRÄLER, J.G., "Bruikleen en verbruikleen", *JBN* 2005, 13-15.

GRÄLER, J.G., "Geldlening in een modern jasje", *WPNR* 2015, 339-345.

PABBRUWE, H.J., "Verbruikleen in Boek 7 NBW", *WPNR* 1974, 149-154.

SCHELHAAS, H.N., "Het naderende einde van boek 7A BW", *NTBR* 2016, 167-168.

TJONG TJIN TAI, T.F.E. "Weg met Boek 7A", *WPNR* 2016, 793-794.

VAN VELTEN, A.A., "Wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet (incl. huurkoop) en geldlening ingediend", *WPNR* 2016, 367-368.

IV. Duitsland

LUTHER, W., "Darlehen im Konkurs" in HOPT, K.J., LIEB, M. en WESTERMANN, H.P. (eds.), *Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht*, XIV, Baden-Baden, Nomos, 1990, 144 p.