

# JIN 2016/200, Hoge Raad, 30-09-2016, ECLI:NL:HR:2016:2228, ECLI:NL:PHR:2016:352, 15/02275 (annotatie)

## Gegevens

### Publicatie

JIN 2016/200

### Instantie

Hoge Raad

### Datum uitspraak

30 september 2016

### Datum publicatie

10 november 2016

### Annotator

E.J.H. Zandbergen  
Fermm advocaten

### ECLI

[ECLI:NL:HR:2016:2228](#)

### Zaaknummer

15/02275

### Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 7A \[Tekst geldig vanaf 01-01-2019\] art. 1791](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7A \[Tekst geldig vanaf 01-01-2019\] art. 1797](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7A \[Tekst geldig vanaf 01-01-2019\] art. 1798](#)

## Inhoudsindicatie

Verbintenissenrecht, Geldlening of schenking, Stelplicht en bewijslast

## Samenvatting

Zijn de aan een toenmalige partner verstrekte gelden, onder de afspraak dat de ontvanger dit zou terug betalen “wanneer hij daartoe in staat zal zijn”, schenkingen of geldleningen? Is deze voorwaarde inzake terugbetaling een opschortende voorwaarde of een tijdsbepaling en op wie drukt de stelplicht en bewijslast? De Hoge Raad bekrachtigt, in afwijking van conclusie A-G, het oordeel van het hof dat er sprake is van een opschortende voorwaarde tot terugbetaling en dat op eiseres de stelplicht en bewijslast rust dat deze voorwaarde is vervuld. Het kan daarbij in het midden blijven of er sprake is van een geldlening dan wel schenking.

Eiseres had tijdens haar affectieve relatie met verweerder enkele bedragen aan en namens hem betaald. Partijen verschillen van mening of dit geldleningen of schenkingen zijn. In confesso is dat daarbij bij één betaling is afgesproken dat verweerder dit bedrag zou terugbetalen “wanneer hij daartoe in staat zal zijn”. Het hof oordeelt dat sprake is van een overeenkomst, waarbij eiseres een bedrag zou verstrekken met de verplichting tot terugbetaling onder de opschortende voorwaarde “wanneer verweerder daartoe de mogelijkheid heeft”. Tevens oordeelt het hof dat op eiseres de stelplicht en bewijslast rust dat deze voorwaarde niet langer aan nakoming in de weg staat en dat daarbij in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een geldlening dan wel een schenking. De A-G concludeert dat er sprake is van een geldlening omdat het hof, naast het oordeel dat in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een geldlening of een schenking, tevens heeft geoordeeld dat er sprake was van een “verplichting” tot terugbetaling onder opschortende voorwaarde, tegen welk oordeel geen cassatiemiddel is ingesteld. Op grond hiervan concludeert de A-G dat de bepalingen inzake verbruiklening van toepassing zijn (met als species een geldlening) en dat er op grond van art. 7A:1798 BW sprake is van een tijdsbepaling waarbij tevens de stelplicht en bewijslast op verweerder rust. De Hoge Raad oordeelt echter anders. Uit het arrest blijkt niet dat een cassatiemiddel is ingesteld tegen het oordeel van het hof dat in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een geldlening dan wel een schenking. Wel zijn er, naar het schijnt omdat eiseres er veronderstellenderwijs van uitgaat dat er sprake is van een geldlening, diverse andere cassatiemiddelen ingesteld tegen onder meer de opschortende voorwaarde. De Hoge Raad oordeelt dat art. 7A:1798 BW (tijdsbepaling overeengekomen, hoe vaag ook) niet kan zien op een opschortende voorwaarde. Nu het hof heeft geoordeeld dat er wel sprake is van een opschortende voorwaarde, vindt dit artikel geen toepassing. Ook art. 7A:1797 BW (geen tijdsbepaling overeengekomen) is niet van toepassing, omdat de door het hof aanwezig geoordeelde opschortende voorwaarde zich hiertegen verzet. Een tweetal andere betalingen kan eiseres evenmin terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling, omdat er sprake is van een rechtsverhouding (geldlening dan wel schenking).

## Uitspraak

### Hoge Raad:

#### 1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 469517 CV EXPL 11-6196 van de kantonrechter te Apeldoorn van 1 februari 2012, 24 oktober 2012 en 15 mei 2013;
- b. het arrest in de zaak 200.135.144 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 februari 2015.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## 2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor [verweerder] toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

## 3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 18 juli 2005 heeft [eiseres] ten behoeve van [verweerder], haar toenmalige partner, een bedrag van € 895,= overgemaakt naar Leaseproces B.V.

(ii) [eiseres] heeft op 22 december 2005 een bedrag van € 10.000,= overgemaakt naar [verweerder]. Op het desbetreffende rekeningafschrift van 7 januari 2006 staat als omschrijving vermeld: “Lening van [...]”.

(iii) Op 9 juli 2006 heeft [eiseres] een bedrag van € 1700,= overgemaakt naar [verweerder].

(iv) In maart 2010 is de relatie tussen partijen beëindigd.

(v) [verweerder] heeft vanaf 29 maart 2010 gedurende achttien maanden een bedrag van € 55,= per maand, derhalve in totaal een bedrag van € 990,=, overgemaakt aan [eiseres]. Op het rekeningafschrift van 7 april 2010 van de rekening van [eiseres] staat als omschrijving van de overschrijving vermeld: “Dank Rente”.

(vi) Bij brieven van 29 september en 11 oktober 2011 heeft de raadsman van [eiseres] zich op het standpunt gesteld dat ter zake van het bedrag van € 10.000,= sprake is van een lening en is [verweerder] gesommeerd dit bedrag, vermeerderd met rente, terug te betalen. [verweerder] heeft aan deze sommatie niet voldaan.

3.2.1 Voor zover in cassatie van belang, vordert [eiseres] in dit geding dat [verweerder] wordt veroordeeld tot terugbetaling van voornoemde bedragen, derhalve in totaal tot een bedrag van € 12.595,=. Zij legt daaraan primair ten grondslag dat zij deze bedragen aan [verweerder] heeft geleend en dat [verweerder] heeft toegezegd deze bedragen terug te betalen, en (in hoger beroep) subsidiair dat zij deze bedragen onverschuldigd aan [verweerder] heeft betaald.

[verweerder] voert als verweer dat sprake was van schenkingen en dat hij de betaling van € 55,= per maand gedurende achttien maanden heeft gedaan uit moraal en fatsoen.

De rechtbank heeft de vordering van [eiseres] afgewezen.

3.2.2 Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank, voor zover in cassatie van belang, bekrachtigd. Het hof heeft daartoe als volgt overwogen:

“4.5 [eiseres] heeft (...) gesteld dat zij met [verweerder] op 22 december [2005] een overeenkomst van geldlening heeft gesloten uit hoofde waarvan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou lenen, welk bedrag hij zou terugbetalen wanneer hij dat kon. [verweerder] heeft (...) aangevoerd dat geen sprake was van een geldlening maar van een schenking en dat hij het bedrag slechts zou terugbetalen als hij daartoe de mogelijkheid had en dat niet bekend was of en eventueel hoe hij dit bedrag zou terugbetalen en op welke termijn.

4.6 Het hof kwalificeert de aldus tussen partijen gemaakte afspraken als een overeenkomst ingevolge waarvan [eiseres] aan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou verstrekken, met de verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had. De stelplicht en bewijslast ter zake van de stelling dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, rust hierbij ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op [eiseres] (HR 20 maart 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB0610](#), NJ 2002/494).

4.7 Naar het oordeel van het hof heeft [eiseres] niet voldoende onderbouwd gesteld dat en wanneer het voor [verweerder] mogelijk was het bedrag van € 10.000,= terug te betalen. De enkele mededeling van mr. Douwes ter gelegenheid van de repliek van het pleidooi in hoger beroep dat niet vaststaat dat [verweerder] nooit kan terugbetalen is hiertoe, mede gelet op het gemotiveerde betoog van [verweerder] dat hij het bedrag eerst niet wilde aannemen omdat hij wist dat hij het bedrag niet zou kunnen terugbetalen en de erkenning van [eiseres] ter gelegenheid van het pleidooi dat [verweerder] het absoluut niet wilde, niet voldoende. Aan bewijslevering op dit punt komt het hof gelet hierop niet toe. Het hof heeft er derhalve vanuit te gaan dat voormelde opschortende voorwaarde niet is vervuld. Of sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking kan dan ook in het midden blijven.

4.9 Voor zover [eiseres] betoogt dat door de toezegging van [verweerder] dat hij het bedrag (onverplicht) zou terugbetalen er in ieder geval een afdwingbare verplichting tot terugbetaling is ontstaan, stuit zulks af op het hiervoor gegeven oordeel dat geen sprake is van een verplichting tot terugbetaling omdat niet vaststaat dat de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had in vervulling is gegaan.

4.11 Met betrekking tot de door [eiseres] aan [verweerder] betaalde bedragen van € 895,= en € 1700,= heeft [eiseres] ter gelegenheid van het pleidooi medegedeeld dat zij deze bedragen simpelweg heeft betaald. Dit strookt met de opmerking in haar brief van 24 augustus 2011 aan [verweerder] (...): ‘(...) de proceskosten vanwege Dexia (795) heb ik óók betaald. Plus 1695 euro voor Yokogama, Maar dàt daargelaten’. [verweerder] heeft als getuige verklaard dat hij het bedrag van € 895,= zou terugbetalen als de Dexia procedure gunstig zou verlopen en dat hij zich niet kan herinneren over het bedrag van € 1700,= enige afspraak te hebben gemaakt. Tussen partijen is in confesso dat de Dexia procedure voor [verweerder] niet gunstig is verlopen. Ten aanzien van deze bedragen staat naar het oordeel van het hof derhalve evenmin vast dat sprake is van een verplichting tot terugbetaling. Hierop strandt de vordering tot betaling van deze bedragen.

4.12 [eiseres] heeft het aan haar vordering tot terugbetaling van de door haar aan [verweerder] verstrekte bedragen subsidiair ten grondslag gelegde beroep op onverschuldigde betaling tegenover de gemotiveerde betwisting door [verweerder] niet voldoende onderbouwd. Het betoog van zowel [eiseres] als [verweerder] komt er immers op neer dat de door [eiseres] aan [verweerder] gedane betalingen werden gerechtvaardigd door een tussen partijen bestaande rechtsverhouding, te weten een overeenkomst van geldlening dan wel een overeenkomst van schenking. Gelet hierop ontberen de betalingen geen rechtsgrond zoals bedoeld in artikel 6:203 lid 1 BW. Van onverschuldigde betaling is derhalve geen sprake.”

3.3.1 De onderdelen 1-3 van het middel zijn gericht tegen hetgeen het hof in de rov. 4.5-4.10 heeft overwogen met betrekking tot het bedrag van € 10.000,=. Bij de beoordeling van deze onderdelen dient tot uitgangspunt dat het hof in het midden heeft gelaten of sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking (zie het slot van rov. 4.7), in beide gevallen met een opschortende voorwaarde als door het hof bedoeld. Dat ook bij een schenking sprake kan zijn van een

voorwaardelijke verbintenis tot terugbetaling, kan afgeleid worden uit HR 13 juli 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB2576](#), NJ 2001/506.

Het voorgaande brengt mee dat de motivering van het hof ook stand moet houden in het geval sprake is van een overeenkomst van geldlening, zoals [eiseres] heeft betoogd en de onderdelen 1-3 tot uitgangspunt nemen. Bij de beoordeling van deze onderdelen kan daarom veronderstellenderwijs uitgegaan worden van een overeenkomst van geldlening.

3.3.2 Met betrekking tot een geldlening als hier (veronderstellenderwijs) aan de orde wordt het volgende vooropgesteld. De lener dient het bedrag van de lening in beginsel terug te betalen op het overeengekomen tijdstip of binnen de overeengekomen termijn (art. 7A:1796 en 1800 BW), en bij gebreke daarvan binnen een redelijke termijn (vgl. art. 7A:1797 BW). Het enkele verweer dat hij daartoe niet in staat is, bevrijdt hem, ook indien juist, niet van die verplichting.

3.3.3 Het onderhavige geval wordt mede gekenmerkt door de bijzonderheid dat, naar de vaststelling van het hof in de rov. 4.5-4.6, ingevolge de tussen partijen gemaakte afspraken met betrekking tot de verplichting tot terugbetaling geldt dat de lener ([verweerder]) het bedrag van € 10.000,= slechts behoefde terug te betalen onder de opschortende voorwaarde dat hij daartoe de mogelijkheid had. De onderdelen 1-3 komen met klachten van uiteenlopende aard op tegen dit oordeel en de daaraan door het hof verbonden gevolgen.

3.4 Onderdeel 1.1 van het middel strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat de overeenkomst van geldlening naar huidig recht niet een consensuele maar een reële overeenkomst is, en dat de uit de wet (art. 7A:1791-1801 BW) voortvloeiende verplichting van de lener tot terugbetaling zich daarom onttrekt aan de bedoeling van partijen zoals deze tot uiting komt in de door het hof aangenomen opschortende voorwaarde.

Het onderdeel faalt, omdat noch de genoemde bepalingen, noch de aard van de overeenkomst van geldlening als reële overeenkomst, eraan in de weg staat dat de verplichting tot terugbetaling voorwaardelijk wordt aangegaan (vgl. HR 29 november 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE7005](#), NJ 2003/50, rov. 3.4.5).

3.5.1 Volgens onderdeel 2.1 is het oordeel van het hof dat partijen met betrekking tot de terugbetaling van het bedrag van € 10.000,= een opschortende voorwaarde zijn overeengekomen en dat die voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan, onbegrijpelijk in het licht van de door [eiseres] gestelde omstandigheden (i) dat [verweerder] heeft toegezegd het bedrag van € 10.000,= (onverplicht) terug te betalen, en (ii) dat [verweerder] na beëindiging van de affectieve relatie gedurende achttien maanden een bedrag van € 55,= per maand aan [eiseres] heeft overgemaakt onder vermelding van "Dank rente".

3.5.2 Hoewel, vanwege de daaraan verbonden gevolgen (zie hierna in 3.6.2, 3.6.3 en 3.7.3), in het algemeen minder voor de hand ligt om bij geldleningen in de privésfeer een afspraak als de onderhavige aan te merken als een opschortende voorwaarde, treffen de daartegen gerichte motiveringsklachten van het onderdeel geen doel. Omstandigheid (i) is niet onverenigbaar met het oordeel van het hof dat – ondanks de bedoelde toezegging – (tevens) een opschortende voorwaarde is overeengekomen, welke nog niet in vervulling is gegaan. En het oordeel dat niet voldaan is aan de opschortende voorwaarde dat het voor [verweerder] mogelijk is de € 10.000,= terug te betalen, is niet onbegrijpelijk in het licht van omstandigheid (ii), omdat uit de betaling van dergelijke kleine bedragen gedurende een beperkte periode nog niet hoeft te volgen dat [verweerder] in staat is € 10.000,= terug te betalen.

3.6.1 Onderdeel 3.1 klaagt dat het hof, voor zover de door hem bedoelde opschortende voorwaarde moet worden verstaan als een voorwaarde voor terugbetaling zonder enige tijdsbepaling, art. 7A:1797 BW heeft miskend omdat het de vordering van [eiseres] op de voet van die bepaling had moeten toewijzen, eventueel onder toestaan van uitstel aan [verweerder].

Volgens onderdeel 3.2 heeft het hof, indien de door hem bedoelde opschortende voorwaarde moet worden verstaan als een tijdsbepaling, miskend dat het dan op grond van art. 7A:1798 BW verplicht was het tijdstip van terugbetaling ambtshalve te bepalen.

Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke beoordeling.

3.6.2 De art. 7A:1796-1798 en 7A:1800 BW die, in aanvulling op de algemene regels van verbintenissenrecht, de overeenkomst van verbruikleen (en dus ook geldlening) nader regelen, hebben betrekking op het tijdstip waarop de lener verplicht is tot terugbetaling. De art. 7A:1796 en 7A:1800 BW zien op de situatie dat bij de overeenkomst een tijd voor de terugbetaling is bepaald, terwijl art. 7A:1797 BW het geval bestrijkt dat geen tijdsbepaling is overeengekomen.

Art. 7A:1798 BW houdt in dat, indien is overeengekomen dat de lener moet terugbetalen “wanneer hij daartoe in staat zal zijn”, de rechter gehouden is de tijd van terugbetaling te bepalen. Hoewel de geciteerde woorden in het algemeen zowel op een opschortende tijdsbepaling als op een opschortende voorwaarde kunnen zien, volgt uit het slot van het artikel en het verband met de twee voorgaande artikelen dat het betrekking heeft op een beding dat een bepaalde tijd voor de terugbetaling aanwijst, en dus op een door partijen overeengekomen opschortende tijdsbepaling. Het betreft een vage tijdsbepaling, die ruimte kan laten voor verschil van mening tussen partijen of in een concreet geval de lener in staat is tot terugbetaling.

Dat art. 7A:1798 BW geen betrekking heeft op een opschortende voorwaarde, volgt ook uit de strekking van de bepaling, die immers in geval van zojuist bedoeld verschil van mening aan de rechter opdraagt, zo nodig ambtshalve, de tijd van terugbetaling naar gelang van de omstandigheden te bepalen (vgl. HR 24 november 1927, NJ 1928/390). Een dergelijke bevoegdheid past slechts bij een opschortende tijdsbepaling, omdat in dat geval het contractueel aangewezen tijdstip, en daarmee ook de terugbetaling, door partijen als een zekere (toekomstige) gebeurtenis is aangemerkt, en een betaling voor dat tijdstip niet onverschuldigd is (art. 6:39 lid 2 BW).

De in art. 7A:1798 BW besloten liggende bevoegdheid van de rechter past echter niet indien sprake is van een opschortende voorwaarde, omdat dan de werking van de verbintenis tot terugbetaling afhankelijk is gesteld van een toekomstige, objectief onzekere gebeurtenis (art. 6:21-22 BW), zodat naar de bedoeling van partijen onzeker is of de lener daadwerkelijk tot terugbetaling gehouden zal zijn. In zodanig geval is een betaling voordat de contractueel omschreven gebeurtenis daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, in beginsel onverschuldigd (art. 6:25 BW). Met het bestaan van een opschortende voorwaarde zou dan ook in strijd zijn dat de rechter zonder meer moet veroordelen tot terugbetaling, met bepaling van het tijdstip daarvan.

3.6.3 Nu het tussen [eiseres] en [verweerder] overeengekomen beding omtrent de terugbetaling door het hof is uitgelegd als een opschortende voorwaarde en niet als een opschortende tijdsbepaling (en de tegen die uitleg gerichte klachten falen, zie hiervoor in 3.5.2), is art. 7A:1798 BW niet van toepassing en mist onderdeel 3.2 feitelijke grondslag.

Ook het in onderdeel 3.1 vervatte beroep op art. 7A:1797 BW treft geen doel. Het hof heeft geoordeeld dat de opschortende voorwaarde niet in vervulling is gegaan. Dan kan niet met succes nakoming gevorderd worden van de verbintenis tot terugbetaling van het geleende. Het voorwaardelijk karakter van die verbintenis verzet zich dus ingevolge art. 6:26 BW tegen toepassing van art. 7A:1797 BW. Onderdeel 3.1 faalt derhalve.

3.7.1 Onderdeel 1.4 klaagt met een beroep op HR 10 juni 1927, NJ 1927/1048, dat het hof miskend heeft dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de stelling dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, niet op [eiseres] maar op [verweerder] rusten, aangezien het om een bevrijdend verweer gaat.

3.7.2 De stelling dat aan de verplichting tot terugbetaling een voorwaarde was verbonden, hetgeen in beginsel aan de vordering tot nakoming in de weg staat, is inderdaad een bevrijdend verweer waarvan (in overeenstemming met het zojuist genoemde arrest van 10 juni 1927) de stelplicht en bewijslast op [verweerder] rusten. Het hof heeft dat evenwel niet miskend, aangezien het blijkt rov. 4.5 die stelling besloten heeft geacht in hetgeen [verweerder] had aangevoerd, en bewijs van die stelling niet nodig heeft geoordeeld omdat die stelling (in zoverre) overeenstemde met hetgeen [eiseres] had aangevoerd.

3.7.3 Uitgaande van het bestaan van zojuist bedoelde voorwaarde, rusten echter op [eiseres] als de partij die desondanks nakoming verlangt, de stelplicht en bewijslast dat de voorwaarde niet langer aan nakoming in de weg staat doordat deze in vervulling is gegaan (vgl. HR 20 maart 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB0610](https://www.eclii.nl/HR:2001:AB0610), NJ 2002/494), zoals het hof met juistheid heeft geoordeeld.

Het onderdeel faalt derhalve.

3.8 De overige klachten van de onderdelen 1-3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.9.1 Onderdeel 4.1 klaagt dat het hof in rov. 4.11 ten onrechte de vordering tot terugbetaling van de bedragen van € 1700,= en € 895,= niet toewijsbaar heeft geoordeeld op de enkele grond dat met betrekking tot deze bedragen geen sprake is geweest van een geldlening; volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat [eiseres] aan die vordering subsidiair onverschuldigde betaling ten grondslag had gelegd.

De klacht kan wegens gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, aangezien het hof de subsidiair aangevoerde grond van onverschuldigde betaling (ten aanzien van de twee genoemde bedragen) in rov. 4.12 heeft beoordeeld.

3.9.2 Onderdeel 4.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.12 dat de vordering van [eiseres] ook niet op de grondslag van onverschuldigde betaling toewijsbaar is, omdat de door [eiseres] gedane betalingen aan [verweerder] gelet op het betoog van zowel [eiseres] als [verweerder] werden gerechtvaardigd door een tussen partijen bestaande rechtsverhouding, te weten een overeenkomst van geldlening dan wel een overeenkomst van schenking. Volgens het onderdeel is dat oordeel met betrekking tot de bedragen van € 1700,= en € 895,= onjuist althans onbegrijpelijk.

3.9.3 Het oordeel van het hof in rov. 4.11 komt erop neer (in zoverre in cassatie onbestreden) dat [eiseres] de bedragen van € 1700,= en € 895,= niet op grond van de door [eiseres] gestelde overeenkomst van geldlening kan terugvorderen, omdat [eiseres] heeft verklaard dat zij die bedragen simpelweg heeft betaald en [verweerder] heeft verklaard dat hij het bedrag van € 895,= zou terugbetalen als zijn procedure tegen Dexia gunstig zou verlopen, welk geval zich niet heeft voorgedaan, en dat hij zich niet kan herinneren over het bedrag van € 1700,= enige afspraak te hebben gemaakt. Kennelijk heeft het hof deze verklaringen, nu zij over en weer niet waren weersproken, voor juist aangenomen.

Hetgeen het hof vervolgens in rov. 4.12 heeft overwogen, komt erop neer dat voor zover met betrekking tot deze bedragen geen sprake is geweest van een geldlening, in ieder geval sprake is geweest van een schenking aan [verweerder]. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, in het licht van de vaststaande affectieve relatie tussen [eiseres] en [verweerder] en hetgeen het hof in rov. 4.11 heeft overwogen, ook niet onbegrijpelijk. Onderdeel 4.2 faalt derhalve.

## 4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## Conclusie van de Advocaat-Generaal:

### 1 Feiten en procesverloop

Het hof heeft in zijn arrest van 3 februari 2015 de volgende feiten vastgesteld (rov. 3.1 tot en met 3.7).

1.1 [eiseres] heeft op 22 december 2005 een bedrag van € 10.000,= overgemaakt naar [verweerder], haar toenmalige partner. Op het betreffende afschrift van haar rekening van 7 januari 2006 staat als omschrijving van de overschrijving vermeld: "Lening van [...]".

1.2 Voordien, op 18 juli 2005, heeft [eiseres] ten behoeve van [verweerder] een bedrag van € 895,= overgemaakt naar Leaseproces B.V.

1.3 Op 9 juli 2006 heeft [eiseres] een bedrag van € 1700,= overgemaakt naar [verweerder].

1.4 In maart 2010 is de relatie tussen partijen beëindigd.

1.5 [verweerder] heeft vanaf 29 maart 2010 gedurende achttien maanden een bedrag van € 55,= per maand, derhalve in totaal een bedrag van € 990,=, overgemaakt aan [eiseres]. Op het rekeningafschrift van 7 april 2010 van de rekening van [eiseres] staat als omschrijving van de overschrijving vermeld: "Dank Rente".

1.6 Bij brieven van 29 september en 11 oktober 2011 heeft de raadsman van [eiseres] zich op het standpunt gesteld dat ter zake van het bedrag van € 10.000,= sprake is van een lening en heeft zij [verweerder] gesommeerd dit bedrag, vermeerderd met rente, terug te betalen.

1.7 Op 13 december 2011 heeft [eiseres] [verweerder] gedagvaard voor de rechtbank Zutphen, sector kanton, locatie Apeldoorn. Na vermeerdering van eis heeft zij gevorderd [verweerder] te veroordelen tot betaling aan haar van een bedrag van € 12.595,=, te vermeerderen met buitengerechtelijke incassokosten en rente. [eiseres] heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat ter zake van de hiervoor in 1.1-1.3 genoemde bedragen van € 10.000,=, € 895,= en € 1700,= sprake is van geldleningen en dat [verweerder] heeft toegezegd deze bedragen terug te betalen, welke afspraak hij niet is nagekomen. Voor wat betreft het bedrag van € 10.000,= heeft [eiseres] gevorderd te bepalen dat dit bedrag zal worden vermeerderd met de door ABN AMRO over het bedrag aan [eiseres] maandelijks berekende rente en zal worden verminderd met de daarop door [verweerder] reeds aan haar betaalde bedragen.

1.8 [verweerder] heeft als verweer aangevoerd dat geen sprake is van geldleningen maar van schenkingen, en dat hij de betaling van een bedrag van € 55,= per maand gedurende achttien maanden heeft gedaan uit moraal en fatsoen. In reconventie heeft hij gevorderd [eiseres] te veroordelen om aan hem te voldoen een bedrag van € 990,= wegens onverschuldigde betaling.



1.9 Na comparitie heeft de kantonrechter bij tussenvonnissen van 24 oktober 2012 [eiseres] opgedragen te bewijzen dat zij de hiervoor genoemde bedragen aan [verweerder] heeft geleend en dat [verweerder] heeft toegezegd de ontvangen bedragen aan haar te zullen terugbetalen. Bij eindvonnis van 15 mei 2013 heeft de kantonrechter [eiseres] niet in dit bewijs geslaagd geacht en de vordering in conventie afgewezen. De vordering in reconventie is toegewezen.

1.10 Tegen beide vonnissen heeft [eiseres] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem. Zij heeft bij memorie van grieven de grondslag van haar eis in die zin gewijzigd dat, voor zover niet zou komen vast te staan dat sprake is van een geldlening, zij haar vordering tot betaling van de bedragen van € 10.000,=, € 895,= en € 1700,= subsidiair baseert op onverschuldigde betaling. Voorts heeft [eiseres] de grondslag van haar eis aldus gewijzigd dat zij haar vordering tot betaling van de door haar aan ABN AMRO betaalde rente over het bedrag van € 10.000,= subsidiair baseert op de redelijkheid en billijkheid. [eiseres] heeft verder gevorderd [verweerder] te veroordelen tot betaling aan haar van een bedrag van € 1158,= terzake buitengerechtelijke incassokosten alsmede hem te veroordelen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

1.11 Bij arrest van 3 februari 2015 heeft het hof de vonnissen van de kantonrechter van 24 oktober 2012 en 15 mei 2013 bekrachtigd, behoudens voor zover bij het vonnis van 15 mei 2013 de vordering in reconventie is toegewezen. Het hof heeft dit vonnis in zoverre vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering in reconventie afgewezen.

1.12 Bij dagvaarding van 6 mei 2015 heeft [eiseres] – tijdig <sup>1</sup> – beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van 3 februari 2015. [verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Hij heeft zijn standpunt vervolgens schriftelijk doen toelichten. [eiseres] heeft afgezien van het geven van een schriftelijke toelichting. [eiseres] heeft gerepliceerd.

## 2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel bevat vier onderdelen, die alle uiteenvallen in meerdere klachten. Voordat deze klachten zullen worden besproken, volgt eerst een schets van het juridische kader van de geldleningsovereenkomst.

2.2 Art. 7A:1791 BW luidt:

“Verbruikleen is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.”

Van Schaick omschrijft verbruikleen als de overeenkomst waarbij de ene partij (de uitlener) aan de andere partij (de lener) een of meer roerende zaken overdraagt en afgeeft of een som geld verstrekt, en de andere partij zich verbindt om evenveel zaken van gelijke soort en hoedanigheid terug over te dragen respectievelijk een gelijke som geld te verstrekken. <sup>2</sup> De overeenkomst van geldlening is een bijzondere vorm van de overeenkomst van verbruikleen. <sup>3</sup>

2.3 Naar huidig Nederlands recht is de overeenkomst van verbruikleen een reële overeenkomst. <sup>4</sup> Dat betekent dat voor totstandkoming van de overeenkomst alleen wilsovereenstemming niet voldoende is. De geldleningsovereenkomst komt pas tot stand indien en zodra het geld in de macht van de lener is gekomen. <sup>5</sup> Zolang de lener de gelden niet in zijn macht heeft is er geen sprake van een geldleningsovereenkomst. <sup>6</sup>

Art. 118 van het hierna nog te bespreken Wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening (Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe Afdeling 7.2A en met de nieuwe Titels 7.2B

en 7.2C) luidt als volgt: <sup>7</sup>

“1. De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.

2. Indien is overeengekomen dat de kredietnemer door een enkele verklaring, een betalingsopdracht daaronder begrepen, de kredietgever kan verplichten hem een som geld te verstrekken, komt pas door deze verklaring de geldlening tot stand.”

In het nieuwe art. 118 is de geldleningsovereenkomst niet langer reëel, maar wordt deze consensueel. <sup>8</sup> Door de overeenkomst ontstaat de verplichting voor de uitlener tot het ter beschikking stellen van geld.

2.4 De hoofdverplichting van de lener van roerende zaken is de (af)levering aan de uitlener van een even grote hoeveelheid zaken van gelijke soort en hoedanigheid als hij bij het tot stand komen van de overeenkomst heeft ontvangen. De hoofdverplichting van de lener van geld is om aan de uitlener evenveel geld terug te betalen als hij heeft geleend (het nominaliteitsbeginsel). <sup>9</sup> De teruggaveplicht van de lener betreft de ‘hoofdsom’, maar het staat partijen vrij om overeen te komen dat de lener een vergoeding (rente) verschuldigd is. <sup>10</sup> De hoogte van de rente moet ingevolge art. 7A:1804 BW schriftelijk worden vastgelegd. Indien dit niet is gebeurd, moet de wettelijke rente worden betaald (art. 7A:1805 BW).

Als op de partij aan wie de zaak is overgedragen of het geld is overhandigd géén teruggaveplicht rust, moet de overeenkomst gekwalificeerd worden als een schenking. In de praktijk komt het nogal eens voor dat aanspraak wordt gemaakt op terugbetaling van een geldsom op grond van de stelling dat het geld is uitgeleend, terwijl de ontvanger stelt dat het geld hem is geschonken. In beginsel volgt uit art. 150 Rv dat de eiser het bestaan van de verbintenis tot teruggave dient te bewijzen. <sup>11</sup>

2.5 Indien de overeenkomst voorziet in een tijdstip voor teruggave, dan is de lener volgens art. 7A:1800 BW verplicht om het geleende op dat tijdstip terug te geven. De uitlener kan niet eisen dat het geld eerder wordt teruggegeven (art. 7A:1796 BW). Als de tijdsbepaling (mede) in het belang van de uitlener is overeengekomen, is de lener in het algemeen niet bevoegd tot vroegere teruggave. <sup>12</sup> Als de overeenkomst *niet* bepaalt op welk tijdstip de lener het geleende moet teruggeven, moet hij het op eerste aanvraag en alsdan terstond teruggeven, zie art. 6:38 BW. <sup>13</sup> Ingevolge art. 7A:1797 BW kan de rechter de lener dan echter, naar gelang van de omstandigheden, ‘enig uitstel toestaan’. Zowel ten aanzien van het verlenen van het uitstel als de duur daarvan is de rechter vrij. <sup>14</sup>

2.6 Soms wordt bij het uitlenen van geld door partijen in het midden gelaten wanneer de lener moet terugbetalen. Het ontbreken of de vaagheid van een tijdsbepaling in een overeenkomst van verbruikleen is volgens Van Schaick een aanwijzing dat de overeenkomst bij wijze van vriendendienst is aangegaan. De meeste overeenkomsten waarbij bij wijze van vriendendienst een zaak of geld wordt uitgeleend zonder dat expliciete afspraken worden gemaakt over het tijdstip van teruggave, kunnen naar zijn mening worden uitgelegd als de overeenkomst onder de (opschortende) voorwaarde dat de schuldenaar het geleende zal teruggeven wanneer hij daartoe in staat zal zijn. De verbintenis tot teruggave wordt dan opeisbaar zodra de lener in de omstandigheid komt te verkeren dat hij het geleende aan de uitlener kan teruggeven. <sup>15</sup> Op grond van art. 150 Rv zou de uitlener dan moeten bewijzen dat de lener in staat is om zijn teruggaveplicht na te komen. Art. 7A:1798 BW bepaalt echter anders:

“Indien men is overeengekomen dat hij die een goed ter leen heeft ontvangen dit zal terug geven, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, zal de rechter naar gelang der omstandigheden, den tijd der teruggave bepalen.”

De uitlener hoeft dus niet te bewijzen dat de lener in staat is terug te betalen. Art. 7A:1798 BW verplicht de rechter om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, het tijdstip van de terugbetaling te bepalen. <sup>16</sup> De rechter dient dit zonedig ambtshalve te doen, zo is af te leiden uit HR 24 november 1927. <sup>17</sup> De uitlener kan daarbij volstaan met het stellen van de inhoud van de overeenkomst en op grond daarvan teruggave vorderen of vorderen dat de rechter het tijdstip van teruggave bepaalt. Bij wijze van verweer kan de lener dan om vaststelling van een termijn of om vaststelling van een andere termijn vragen. <sup>18</sup> De rechter is vrij in het bepalen van het tijdstip van teruggave. Hij kan dus ook beslissen dat de teruggave terstond moet geschieden. <sup>19</sup> Art. 7A:1798 BW staat er niet aan in de weg dat de uitlener – al dan niet overeenkomstig een primaire vordering – wordt toegelaten tot het bewijs van zijn stelling dat de lener al langer in staat is om zijn teruggaveplicht in te lossen. Als de uitlener in dat bewijs slaagt, kan art. 7A:1798 BW niet – ook niet subsidiair – worden toegepast. De rechter moet dan immers concluderen dat de lener al tot teruggave had moeten overgaan. In dat geval is de lener in verzuim als hij de ingebrekestelling van de uitlener heeft genegeerd, en is hij in elk geval vanaf de dag der dagvaarding de wettelijke rente verschuldigd. <sup>20</sup>

2.7 In afdeling 7.2.1 NBW, waarin de ‘verbruikleen van geld’ is geregeld (het niet ingevoerde Ontwerp Van Opstall) is art. 7A:1798 BW niet overgenomen. <sup>21</sup> In de toelichting wordt onderkend dat het voor de uitlener moeilijk kan zijn om te bewijzen dat de lener tot terugbetaling in staat is, maar opgemerkt wordt dat die bewijslast, ‘die hij nu eenmaal door in het beding toe te stemmen heeft aanvaard, (...) veelal wel [zal] worden verlicht door de omstandigheid dat de lener die ontkent tot teruggave in staat te zijn, die bewering behoorlijk met redenen zal hebben te omkleden.’ Van Schaick stelt dat men mag hopen dat de rechter deze opmerking ter harte zal nemen. Als de uitlener de roerende zaak bij wijze van vriendendienst, uit welwillendheid of genegenheid heeft uitgeleend, gaat het naar zijn mening ver om hem te belasten met het bewijs van de (vermogens)toestand van de lener. Hij bepleit dan ook handhaving van art. 7A:1798 BW. <sup>22</sup>

2.8 Bij Wet van 19 mei 2011 (*Stb* 2011, 246) tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van Richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU L 133/66) is een nieuwe titel 2A betreffende consumentenkredietovereenkomsten in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ingevoegd. Deze wet beoogde uitsluitend te regelen wat noodzakelijk was voor de implementatie van Richtlijn 2008/48/EG. Nu op Europees niveau de regels met betrekking tot het consumentenkrediet voorlopig zijn uitgekristalliseerd, is de tijd ook rijp om gevolg te geven aan de toezegging in het verleden om de overgebleven privaatrechtelijke materie van de Wet op het consumentenkrediet alsmede de materie van de koop op afbetaling en de huurkoop in titel 7A.5A van het Burgerlijk Wetboek en in de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken tezamen in een aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te regelen, waarbij rekening moet worden gehouden met de Implementatiewet. <sup>23</sup> Een belangrijk punt is daarbij dat zo kan worden tegemoetgekomen aan de behoefte om de op dit punt bestaande regels te verminderen of te versoepelen en beter op elkaar af te stemmen. Daarbij is vooral gestreefd naar vermindering van dwingend recht. <sup>24</sup> Voor zover van belang wil de wetgever de regeling van verbruikleen van geld moderniseren, wat tot een vermindering van regels leidt.

De artikelen met betrekking tot de geldlening zijn opgenomen in Titel 2C van het concept-wetsvoorstel. Art. 124 van het concept-wetsvoorstel handhaaft, kennelijk in navolging van Van Schaick, in beginsel art. 7A:1798 BW voor wat betreft het beding dat de lener de geldsom zal terugbetalen ‘wanneer hij daartoe in staat zal zijn’. De bepaling maakt duidelijk ‘dat het hier geen overeenkomst voor onbepaalde tijd betreft, maar één onder een – zij het vage – tijdsbepaling’ <sup>25</sup>. Het beding impliceert volgens de concept-toelichting dat de lener verplicht is het nodige te doen om zich weer tot terugbetaling in staat te stellen. Uitgangspunt is voorts dat de lener op het tijdstip van de geldlening niet over voldoende middelen beschikt, maar daarover later wel zal beschikken. De bewijslast dat de lener weer tot terugbetaling in staat is, zal in beginsel op de uitlener rusten met dien verstande dat de lener verplicht zal zijn een eventuele ontkenning behoorlijk te motiveren en daartoe de gegevens te verschaffen waarover hij beschikt. <sup>26</sup> Ten opzichte van het Ontwerp van Van Opstall is het belang van art. 124 gelegen in de stelplicht: de uitlener kan – net als nu onder toepassing van art. 7A:1798 BW – volstaan met het

stellen van de leenovereenkomst en de niet terugbetaling. Het is dan aan de lener om te stellen en zonodig te bewijzen dat hij niet in staat is tot terugbetaling. 27

2.9 Na deze schets van het juridisch kader zullen nu de cassatieklachten worden besproken.

## Onderdeel 1

2.10 Het onderdeel valt uiteen in zes klachten (onderdelen 1.1 t/m 1.6) en is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.6 t/m 4.9. Daarin heeft het hof als volgt overwogen (voor de goede leesbaarheid wordt ook rov. 4.5 geciteerd):

“4.5 [eiseres] heeft bij memorie van grieven, sub 4 en ter gelegenheid van het pleidooi gesteld dat zij met [verweerder] op 22 december 2006 een overeenkomst van geldlening heeft gesloten uit hoofde waarvan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou lenen, welk bedrag hij zou terugbetalen wanneer hij dat kon. [verweerder] heeft onder meer bij memorie van antwoord, sub 12 en bij pleitnota van mr. Meijer, p. 3, aangevoerd dat geen sprake was van een geldlening maar van een schenking en dat hij het bedrag slechts zou terugbetalen als hij daartoe de mogelijkheid had en dat niet bekend was of en eventueel hoe hij dit bedrag zou terugbetalen en op welke termijn.]

4.6 Het hof kwalificeert de aldus tussen partijen gemaakte afspraken als een overeenkomst ingevolge waarvan [eiseres] aan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou verstrekken, met de verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had. De stelplicht en bewijslast ter zake van de stelling dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, rust hierbij ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op [eiseres] (HR 20 maart 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AB0610](#), NJ 2002/494).

4.7 Naar het oordeel van het hof heeft [eiseres] niet voldoende onderbouwd gesteld dat en wanneer het voor [verweerder] mogelijk was het bedrag van € 10.000,= terug te betalen. De enkele mededeling van mr. Douwes ter gelegenheid van de repliek van het pleidooi in hoger beroep dat niet vaststaat dat [verweerder] nooit kan terugbetalen is hiertoe, mede gelet op het gemotiveerde betoog van [verweerder] dat hij het bedrag eerst niet wilde aannemen omdat hij wist dat hij het bedrag niet zou kunnen terugbetalen en de erkenning van [eiseres] ter gelegenheid van het pleidooi dat [verweerder] het absoluut niet wilde, niet voldoende. Aan bewijslevering op dit punt komt het hof gelet hierop niet toe. Het hof heeft er derhalve vanuit te gaan dat voormelde opschortende voorwaarde niet is vervuld. Of sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking kan dan ook in het midden blijven.

4.8 De stelling van [eiseres] dat niet vaststaat dat [verweerder] nooit kan terugbetalen dient bovendien te worden aangemerkt als een nog niet eerder in de processtukken aangevoerde nieuwe feitelijke onderbouwing van de grondslag van haar vordering die zij ingevolge de in artikel 347 lid 1 Rv besloten liggende twee conclusie regel niet later dan in haar memorie van grieven naar voren had dienen te brengen. Het hof ziet voor het aannemen van een uitzondering op deze in beginsel strakke regel geen grond.

4.9 Voor zover [eiseres] betoogt dat door de toezegging van [verweerder] dat hij het bedrag (onverplicht) zou terugbetalen er in ieder geval een afdwingbare verplichting tot terugbetaling is ontstaan, stuit zulks af op het hiervoor gegeven oordeel dat geen sprake is van een verplichting tot terugbetaling omdat niet vaststaat dat de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had in vervulling is gegaan.”

2.11 *Onderdeel 1.1* bevat in de eerste alinea de algemene klacht dat de oordelen in rov. 4.6 (de kwalificatie van de tussen partijen gemaakte afspraken als een overeenkomst ingevolge waarvan [eiseres] aan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou verstrekken, met de verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat

[verweerder] daartoe de mogelijkheid had), rov. 4.7 (het oordeel dat de genoemde opschortende voorwaarde niet is vervuld omdat [eiseres] niet voldoende onderbouwd heeft gesteld dat en wanneer het voor [verweerder] mogelijk was het bedrag van € 10.000,= terug te betalen) en rov. 4.9 (het oordeel dat er geen sprake is van een verplichting tot terugbetaling omdat niet vaststaat dat de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had, in vervulling is gegaan) blijkt geven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel klaagt allereerst dat het hof heeft miskend dat overeenkomsten van geldlening worden beheerst door de specifieke regeling van de artikelen 7A:1791 t/m 7A:1801 BW, waar de overeenkomst van geldlening als bijzondere overeenkomst van verbruikleen wordt aangemerkt als een reële overeenkomst. Het enkele feit dat [eiseres] het bedrag van € 10.000,= had overgemaakt naar [verweerder], bracht mee dat laatstgenoemde verplicht was om dit bedrag aan haar terug te betalen. Het hof heeft eraan voorbij gezien dat partijen aan deze bepalingen niet hebben kunnen derogeren, nu de verplichting van een geldlener om evenveel terug te geven als hij heeft ontvangen, zich onttrekt aan de bedoelingen van partijen en dat het hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of tussen partijen sprake is van een overeenkomst van geldlening.

2.12 Op te merken is dat op blz. 3 van de cassatiedagvaarding, onder het kopje “Uitgangspunten en klachten in cassatie” wordt gesteld dat veronderstellenderwijs “– bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag –” uit kan worden gegaan van de juistheid van de door [eiseres] in de feitelijke instanties aangevoerde stelling dat tussen partijen sprake is van overeenkomst van geldlening. Dit uitgangspunt is niet juist. [eiseres] heeft onder aanvoering van een aantal feiten primair aangevoerd dat sprake is van een overeenkomst van geldlening. [verweerder] heeft daartegenover aangevoerd dat sprake is van een schenking. Het is vervolgens aan de rechter om de overeenkomst tussen partijen te *kwalificeren* als een bepaalde overeenkomst. Dit is een rechtsoordeel.

2.13 Dit neemt niet weg dat [eiseres] zich terecht op het standpunt stelt dat de overeenkomst van partijen kwalificeert als een overeenkomst van geldlening. Het hof heeft aan het slot van rov. 4.7 overwogen dat het antwoord op de vraag of sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking in het midden kan blijven. Het hof heeft evenwel aan het begin van rov. 4.6 overwogen dat het de tussen partijen gemaakte afspraken kwalificeert als “een overeenkomst ingevolge waarvan [eiseres] aan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou verstrekken, met de *verplichting* tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had.” (cursivering mijnerzijds, A-G). Daarmee is aan alle bestanddelen die worden genoemd in art. 7A:1798 BW (zie punt 2.6) voldaan. Gezien het feit dat dit artikel valt binnen Titel 14 van Boek 7A BW (bruikleen) en de overeenkomst van geldlening als een species van de bijzondere overeenkomst van bruikleen moet worden aangemerkt, kan de conclusie geen andere zijn dan dat de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van geldlening. De overweging van het hof dat in het midden kan blijven of sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking, kan dat niet anders maken.

2.14 In het licht van het bovenstaande slaagt het onderdeel. Nu aangenomen moet worden dat tussen partijen sprake is van een overeenkomst van geldlening, had het hof aan de hand van de bepalingen van Titel 14 van Boek 7A BW de rechten en verplichtingen van partijen moeten vaststellen. Zoals hierna zal blijken had het hof in dat verband ook acht moeten slaan op de bijzondere bepalingen omtrent stelplicht en bewijslast.

2.15 *Onderdeel 1.2* klaagt dat het hof in het licht van de klachten van onderdeel 1.1 (of daarnaast) heeft miskend dat de door hem ten onrechte aangenomen opschortende voorwaarde niet in de weg staat aan de vordering van [eiseres] tot nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling van het aan hem betaalde bedrag van € 10.000,=. Aldus heeft het hof ten onrechte in zijn oordeelsvorming over de toewijsbaarheid van de vordering van [eiseres] betrokken (het antwoord op) de vraag of de door het hof bedoelde opschortende voorwaarde al dan niet was vervuld dan wel of vaststond dat die voorwaarde, dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had, in vervulling was gegaan.

2.16 *Onderdeel 1.3* klaagt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het in rov. 4.5 weergegeven verweer van [verweerder] dat hij het bedrag van € 10.000,= slechts zou terugbetalen als hij daartoe de mogelijkheid had en

dat niet bekend was of en eventueel hoe hij dit bedrag zou terugbetalen en op welke termijn, zonder meer aan te merken als een opschortende voorwaarde die rechtens kan worden verbonden aan de uit de wet voortvloeiende verplichting als geldlener om evenveel geld terug te betalen. Daarmee heeft het hof miskend dat in gevallen zoals hier waar geen tijdsbepaling is gemaakt, als regel geldt dat de geldlener het te leen ontvangen geldbedrag op eerste aanvraag van de uitlener moet teruggeven, tenzij de geldlener stelt en bewijst dat partijen iets zijn overeengekomen over een later tijdstip waarop, of omstandigheden en voorwaarden waaronder, het geleende bedrag slechts kan worden teruggevorderd. Indien het hof van oordeel is dat in genoemd verweer van [verweerder] besloten ligt dat hij aldus heeft gesteld dat partijen waren overeengekomen een later tijdstip waarop, althans omstandigheden en voorwaarden waaronder [eiseres] het aan [verweerder] uitgeleende bedrag (slechts) zou kunnen terugvorderen, dan berust dit oordeel op een te ruime uitleg, omdat het verweer niet anders kan worden begrepen dan dat volgens [verweerder] partijen deze geldlening voor onbepaalde tijd dan wel zonder tijdsbepaling zijn overeengekomen. Ter toelichting wijst het onderdeel erop dat [eiseres] het genoemde verweer van [verweerder] en de door hem gestelde voorwaarde heeft bestreden met haar stelling dat partijen voor de geldlening hebben afgesproken dat [verweerder] na ontvangst van het door [eiseres] ter leen betaalde bedrag van € 10.000,= (tevens) de door [eiseres] aan ABN AMRO verschuldigde rente voor het afsluiten van het door haar afgesloten krediet aan [eiseres] zou vergoeden. Volgens het onderdeel nam het hof in strijd met art. 149 Rv als vaststaand feit tot uitgangspunt dat partijen de [verweerder] de door het hof bedoelde, hiervoor weergegeven opschortende voorwaarde zijn overeengekomen. Het onderdeel klaagt tot slot dat het hof met zijn oordeel in strijd met art. 24 Rv de grondslag heeft aangevuld van hetgeen [verweerder] aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd en dat het daarmee tevens een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven nu [eiseres] op de lezing van het hof van genoemd verweer van [verweerder] niet heeft kunnen reageren. Het onderdeel voert in dat verband aan dat [verweerder] louter ter adstructie van zijn verweer dat er sprake was van een schenking heeft gesteld dat hij [eiseres] toen zou hebben aangegeven dat hij geheel onverplicht het bedrag slechts zou terugbetalen als hij daartoe de mogelijkheid had en dat niet bekend was of en eventueel hoe hij dit bedrag zou terugbetalen en op welke termijn. Het onderdeel stelt dat [verweerder] de door hem gestelde voorwaarde bij ontvangst van het aan hem betaalde bedrag in de feitelijke instanties niet heeft verbonden aan diens terugbetalingsverplichting uit hoofde van de overeenkomst van geldlening. Volgens het onderdeel heeft [eiseres] die stelling steeds zo begrepen en bestreden.

2.17 *Onderdeel 1.4* klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de – aan het in rov. 4.5 weergegeven verweer van [verweerder] ontleende – stelling dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op [eiseres] rust. Ter toelichting wijst het onderdeel erop dat het verweer van [verweerder] dat een opschortende voorwaarde was overeengekomen die nog in de weg stond aan de nakoming van zijn verplichting tot terugbetaling van het door [eiseres] aan hem geleende bedrag, een bevrijdend verweer is en dat de stelplicht en de bewijslast daarvan op [verweerder] rust. Het onderdeel klaagt verder dat het hof met zijn oordeel dat de stelplicht en de bewijslast ter zake van de zojuist genoemde stelling rust bij [eiseres], buiten (de grenzen van) de rechtsstrijd van partijen is getreden, dan wel een onbegrijpelijke lezing aan de stellingen van [eiseres] heeft gegeven, nu [eiseres] in de feitelijke instanties niet als stelling heeft aangevoerd dat de opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door [verweerder] van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat. Het onderdeel stelt dat [eiseres] primair heeft aangevoerd dat [verweerder] in ieder geval verplicht is om het uitgeleende bedrag aan haar terug te betalen, en dat hij ook heeft toegezegd terug te betalen.

2.18 *Onderdeel 1.5* keert zich tegen het oordeel in rov. 4.7 dat [eiseres] niet voldoende onderbouwd heeft gesteld dat en wanneer het voor [verweerder] mogelijk was om het bedrag van € 10.000,= aan haar terug te betalen. Het onderdeel klaagt dat het hof aldus te zware eisen heeft gesteld aan de stel- dan wel onderbouwingsplicht voor het verweer van [eiseres] tegenover het bevrijdend verweer van [verweerder] dat de door het hof in rov. 4.6 genoemde opschortende voorwaarde nog in de weg zou staan aan nakoming van de verplichting van [verweerder] tot terugbetaling van het aan hem geleende bedrag. Daarvan uitgaande klaagt het onderdeel verder dat het hof in rov. 4.7 e.v. ten onrechte heeft geconcludeerd en in zijn verdere beoordeling tot uitgangspunt heeft genomen dat genoemde opschortende voorwaarde niet is vervuld.

2.19 De onderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Tot uitgangspunt kan worden genomen, mede in het licht van de stellingname van [verweerder] dat sprake is van schenking, dat partijen *niet* hebben bepaald op welk specifiek tijdstip hij het aan hem verstrekte (in het licht van het bovenstaande: geleende) bedrag aan [eiseres] diende terug te geven. Dit bracht ingevolge het hiervoor weergegeven juridisch kader in beginsel mee dat [verweerder] het door hem ontvangen bedrag van € 10.000,= op vordering van [eiseres] terstond aan haar diende terug te geven (zie hiervoor bij punt 2.6). Het hof heeft de tussen partijen gemaakte afspraken gekwalificeerd als een overeenkomst ingevolge waarvan [eiseres] aan [verweerder] een bedrag van € 10.000,= zou verstrekken, “met de verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had”. Dit oordeel is niet door middel van een incidenteel cassatieberoep bestreden. Zoals hiervoor tot uitgangspunt is genomen, valt de aldus weergegeven afspraak tussen partijen onder het bereik van art. 7A:1798 BW. Besproken is dat art. 7A:1798 BW de uitlener, in het geval de lener het verweer voert dat hij niet in staat is om het door hem ontvangen bedrag terug te betalen, ontslaat van de conform de hoofdregel van bewijslastverdeling op hem rustende verplichting om te bewijzen dat de lener wel in staat is om zijn teruggaveplicht na te komen. Ingevolge de genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 24 november 1927 verplicht art. 7A:1798 BW de rechter om bij een hem voorgelegd geschil over de tijd van teruggave van de ontvangen (geleende) goederen *ambtshalve* dan wel op verzoek van een partij die meent dat een beslissing omtrent dit punt met haar belangen strookt, de tijd van teruggave te bepalen (zie bij punt 2.6). Voor het onderhavige geval brengen deze regels mee dat [eiseres] kon volstaan met het stellen van de inhoud van de overeenkomst, welke inhoud het hof blijkens de eerste volzin van rov. 4.6 heeft vastgesteld, en dat zij op grond daarvan teruggave kon vorderen of kon vorderen dat de rechter het tijdstip van teruggave bepaalt. Het was vervolgens aan [verweerder] om bij wijze van verweer vaststelling van een (andere) termijn te vragen. Bij honorering van dit verweer diende het hof zelf een termijn voor terugbetaling te bepalen. Het hof heeft over het hoofd gezien dat de door hem als zodanig aangenomen verplichting tot terugbetaling van [verweerder] voortvloeide uit de wet en dat de door het hof aangenomen opschortende voorwaarde voor nakoming van die verplichting geen voorwaarde *sui generis* kon zijn waarvan het bewijs voor het vervuld zijn daarvan op [eiseres] rustte.

2.20 In het licht van het voorgaande slagen de meeste klachten van de onderdelen. De overige klachten behoeven gelet hierop geen afzonderlijke bespreking.

2.21 *Onderdeel 1.6* klaagt dat het hof in de rechtsoverwegingen 4.7 en 4.8 de stelling van [eiseres], ingenomen tijdens het pleidooi in hoger beroep, dat niet vaststaat dat [verweerder] nooit kan terugbetalen, ten onrechte heeft aangemerkt als een nieuwe stelling dan wel nieuwe feitelijke onderbouwing van de grondslag van haar vordering. Volgens het onderdeel had het hof die stelling kunnen en moeten begrijpen als een (nader) verweer tegen hetgeen [verweerder] bij wijze van bevrijdend verweer had aangevoerd, te weten dat hij – ten tijde van de behandeling in hoger beroep – nog niet de mogelijkheid had om het aan hem uitgeleende bedrag van € 10.000,= aan [eiseres] terug te betalen. Door de genoemde stelling van [eiseres] in rov. 4.8 aan te merken als een nog niet eerder in de processtukken aangevoerde nieuwe feitelijke onderbouwing van de grondslag van haar vordering die [eiseres] ingevolge de in art. 347 lid 1 Rv besloten liggende twee conclusie regel niet later dan in de memorie van grieven naar voren had moeten brengen, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans heeft het de stellingen van [eiseres] onbegrijpelijk uitgelegd.

2.22 Ook dit onderdeel slaagt. In het licht van de hiervoor weergegeven verdeling van de stelplecht en bewijslast, die het hof in rov. 4.6, tweede volzin, heeft miskend, geeft het oordeel dat de door [eiseres] ter zitting ingenomen stelling dat niet vaststaat dat [verweerder] nooit kan terugbetalen, moet worden aangemerkt als een nieuwe stelling dan wel nieuwe feitelijke onderbouwing van de grondslag van haar vordering, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De stelling van [eiseres] moet immers worden aangemerkt als een reactie op het verweer van [verweerder] dat hij het bedrag slechts zou terugbetalen als hij daartoe de mogelijkheid had en dat niet bekend was of en eventueel hoe hij dit bedrag zou terugbetalen en op welke termijn.

## Onderdeel 2

2.23 Het onderdeel valt uiteen in twee klachten. *Onderdeel 2.1* is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.9 en 4.10 en klaagt dat het hof bij de beoordeling van het hoger beroep en de toewijsbaarheid van de vordering van [eiseres] uit hoofde van de overeenkomst van geldlening ten onrechte dan wel onbegrijpelijk geen beslissende betekenis heeft toegekend aan (i) de door [eiseres] gestelde toezegging van [verweerder] dat hij het bedrag van € 10.000,= (onverplicht) zou terugbetalen <sup>28</sup> (rov. 4.9) en (ii) het feit dat [verweerder], na beëindiging van de affectieve relatie in maart 2010, vanaf 29 maart 2010 gedurende achttien maanden een bedrag van € 55,= per maand al had overgemaakt aan [eiseres], onder vermelding van “Dank Rente” op het rekeningafschrift. Het onderdeel klaagt dat het hof de genoemde toezegging en de termijnbetalingen ten onrechte niet met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden heeft aangemerkt als een bevestiging dat [verweerder] na de beëindiging van de affectieve relatie gehouden en bereid was en ook is overgegaan tot terugbetaling van het geleende bedrag. Dit kan volgens het onderdeel niet anders worden begrepen dan dat partijen ten aanzien van de overeenkomst van geldlening hebben afgesproken dat [verweerder] het door [eiseres] aan hem uitgeleende bedrag van € 10.000,= aan haar zou (gaan) terugbetalen na beëindiging van de affectieve relatie. Het hof heeft ten onrechte geconcludeerd en verder tot uitgangspunt genomen dat er geen sprake is (was) van een verplichting tot terugbetaling omdat niet vaststond dat de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had, in vervulling was gegaan. Uit de toezegging en de gedane termijnbetalingen na beëindiging van de affectieve relatie in 2010 had het hof behoren te concluderen dat aan de genoemde partijafpraak was voldaan, nu [verweerder] (in elk geval) toen reeds bereid en in staat was op de lening van € 10.000,= aan [eiseres] maandelijkse rentebetalingen te voldoen. Het onderdeel klaagt dat in dat licht bezien de bestreden oordelen onbegrijpelijk zijn.

2.24 Bij de bespreking van het onderdeel is wederom tot uitgangspunt te nemen dat de tussen partijen gemaakte afspraken met betrekking tot het betaalde bedrag van € 10.000,= moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst van geldlening. Hiervan uitgaande kunnen de door [verweerder] aan [eiseres] betaalde bedragen (€ 55,= per maand) niet worden aangemerkt als rentebetalingen, omdat de omvang van de bedongen rente ingevolge art. 7A:1804 BW schriftelijk moet worden vastgelegd (zie hiervoor bij punt 2.4). Dat is niet gebeurd. Terzijde: dat het zou gaan om betalingen ter delging van de door [eiseres] aan de bank verschuldigde rente, is niet door het hof vastgesteld. Uitgaande van de kwalificatie door het hof in rov. 4.6 van de tussen partijen gemaakte afspraken, te weten de *verplichting* van [verweerder] tot terugbetaling van het bedrag van € 10.000,= onder de opschortende voorwaarde dat hij daartoe de mogelijkheid had, zijn de door [verweerder] gedane betalingen (met de door [verweerder] op het afschrift in kwestie gegeven kwalificatie) aan te merken als betalingen ter delging van de schuld uit de (aangenomen) overeenkomst van geldlening. Het onderdeel klaagt terecht dat de gedane maandelijkse betalingen relevant zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst als een overeenkomst van geldlening. Uit de feitelijke gang van zaken blijkt dat de lening deels, zij het in geringe mate (in totaal € 990,=), is terugbetaald. Het hof heeft aan dit van belang zijnde feit in de bestreden rechtsoverwegingen geen kenbare aandacht besteed.

2.25 *Onderdeel 2.2* is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.16 en 5.1. Het klaagt dat het hof ten onrechte, in navolging van de kantonrechter bij eindvonnis, heeft geoordeeld en tot uitgangspunt heeft genomen dat de maandelijkse betalingen door [verweerder] van € 55,= moeten worden gekwalificeerd als te zijn gedaan ter voldoening van een natuurlijke verbintenis als bedoeld in art. 6:3 BW. Aangezien er in cassatie (volgens het onderdeel: veronderstellenderwijs) van moet worden uitgegaan dat tussen partijen sprake is van een overeenkomst van geldlening, heeft het hof volgens het onderdeel in rov. 4.16 met juistheid overwogen dat [verweerder] bedoelde betalingen niet zonder rechtsgrond in de zin van art. 6:203 BW heeft verricht, omdat [verweerder] uit hoofde van deze overeenkomst van geldlening tot die terugbetalingen was gehouden. Het onderdeel klaagt dat het hof in conventie bij de beoordeling van het hoger beroep en de toewijsbaarheid van de vordering van [eiseres] en, daarop voortbouwend, in zijn oordelen en beslissing in reconventie, evenwel ten onrechte ervan uit is gegaan dat [verweerder] [eiseres] heeft betaald ter voldoening van een natuurlijke verbintenis, terwijl hij uit hoofde van een overeenkomst van geldlening krachtens de wet ook tot die betalingen gehouden was (en is).

2.26 Ook dit onderdeel slaagt. Uitgaande van de door het hof eerder in rov. 4.6 gegeven kwalificatie kan de betaling van € 55,= per maand gedurende een behoorlijk aantal maanden in ieder geval niet worden gekwalificeerd als gedaan ter



voldoening van een natuurlijke verbintenis. De betalingen zijn immers gegeven de kwalificatie niet zonder rechtsgrond verricht.

## Onderdeel 3

2.27 Het onderdeel neemt tot uitgangspunt dat het hof het in rov. 4.5 vermelde verweer van [verweerder] heeft kunnen uitleggen en verstaan als de opschortende voorwaarde dat hij tot terugbetaling van het door [eiseres] aan hem uitgeleende bedrag van € 10.000,- verplicht is wanneer hij daartoe de mogelijkheid heeft. Het onderdeel klaagt in algemene zin dat het hof ook in dat geval blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het in (het dictum van) zijn arrest ten onrechte in conventie heeft beslist tot bekrachtiging van het eindvonnis waarin de kantonrechter heeft beslist tot de (integrale) afwijzing van de vordering van [eiseres]. De klacht wordt uitgewerkt in de onderdelen 3.1 en 3.2.

2.28 *Onderdeel 3.1* klaagt dat, voor zover de door het hof bedoelde opschortende voorwaarde kan en moet worden begrepen als een voorwaarde voor terugbetaling *zonder* enige tijdsbepaling, het hof de beslissing van de kantonrechter tot afwijzing van de vordering van [eiseres] niet (zonder meer) kon bekrachtigen. Ter toelichting stelt het onderdeel dat het hof in dat geval op de voet van art. 7A:1797 BW in de gegeven omstandigheden gehouden was om de vordering van [eiseres] uit hoofde van geldlening toe te wijzen, waarbij het aan [verweerder] uitstel tot betaling kon toestaan. Althans heeft het hof volgens het onderdeel ten onrechte deze wetsbepaling niet toegepast.

2.29 Hoewel toepassing door de rechter van art. 7A:1797 BW (het toestaan van enig uitstel) dan wel art. 7A:1798 BW (het naar gelang van de omstandigheden bepalen van het tijdstip van teruggave) in de praktijk niet tot verschil hoeft te leiden, is er toch enig nuanceverschil. Het onderdeel faalt in het licht van het feit dat het hof, zoals gezegd, de tussen partijen gemaakte afspraken heeft gekwalificeerd als een overeenkomst die alle bestanddelen van art. 7A:1798 BW bevat. Dit brengt mee dat art. 7A:1797 BW niet van toepassing is, zodat het verlenen van ‘enig uitstel’ niet aan de orde is (zie punt 2.5). Het hof diende op de voet van art. 7A:1798 BW ‘naar gelang van de omstandigheden’ het tijdstip van teruggave te bepalen, zoals ook zal blijken bij de bespreking hierna van onderdeel 3.2.

2.30 *Onderdeel 3.2* neemt tot uitgangspunt dat de door het hof bedoelde opschortende voorwaarde moet worden verstaan als een tijdsbepaling dat [verweerder] het aan hem geleende bedrag van € 10.000,- aan [eiseres] zal terugbetalen wanneer hij daartoe in staat zal zijn. Het onderdeel klaagt dat het hof in dat geval heeft miskend dat het op grond van art. 7A:1798 BW de verplichting had om de tijd van teruggave ambtshalve te bepalen, “(te meer) nu tussen partijen verschil bestond over de tijd der terugbetaling omdat [verweerder] ook in hoger beroep, (al dan niet) bij wijze van bevrijdend verweer, heeft betwist tot de terugbetaling in staat te zijn”. 29 Door dit niet te doen en na te laten een tijd(stip) van terugbetaling te bepalen, heeft het hof volgens het onderdeel zijn taak als appelrechter miskend, aangezien het op grond van art. 7A:1798 BW daartoe ambtshalve had moeten beslissen.

2.31 Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in het hiervoor genoemde arrest van 24 november 1927 beslist dat art. 7A:1798 BW een gebiedend voorschrift is dat de rechter verplicht om in het geval dat tussen partijen verschil bestaat over de tijd van teruggave, “bijvoorbeeld wanneer de uitleener de teruggave in rechten vordert stellende, dat de leener daartoe in staat is, en deze bewering door den leener wordt betwist; – maar dan ook in ieder geval, waarin tusschen partijen een verschil als voorbedoeld bestaat”, ambtshalve, hetzij op verzoek der partij, die meent, dat een beslissing omtrent dit punt met haar belangen strookt, de tijd van teruggave te bepalen. Indien de leener van mening is dat hij niet in staat is om op enig moment (iets) terug te betalen, dan is het aan hem om zulks te stellen en aan te tonen. Een dergelijke verplichting rust *niet* op de uitlener. In het onderhavige geval heeft het hof niet vastgesteld dat [verweerder] niet in staat is (zal zijn) om zijn (aangenomen) verplichting tot terugbetaling in het geheel niet na te komen. Het hof had dan ook op grond van art. 7A:1798 BW de tijd van teruggave moeten bepalen. Daarvoor was een verzoek van de kant van één van partijen niet noodzakelijk. Het onderdeel slaagt dan ook.

## Onderdeel 4

2.32 Het onderdeel is gericht tegen de rechtsoverwegingen 4.11 en 4.12. Daarin overweegt het hof als volgt:

“4.11 Met betrekking tot de door [eiseres] aan [verweerder] betaalde bedragen van € 895,= en € 1700,= heeft [eiseres] ter gelegenheid van het pleidooi medegedeeld dat zij deze bedragen simpelweg heeft betaald. Dit strookt met de opmerking in haar brief van 24 augustus 2011 aan [verweerder] (productie 2 bij conclusie van repliek in conventie): ‘(...) de proceskosten vanwege Dexia (795) heb ik óók betaald. Plus 1695 euro voor Yokogama, Maar dàt daargelaten’. [verweerder] heeft als getuige verklaard dat hij het bedrag van € 895,= zou terugbetalen als de Dexia procedure gunstig zou verlopen en dat hij zich niet kan herinneren over het bedrag van € 1700,= enige afspraak te hebben gemaakt. Tussen partijen is in confesso dat de Dexia procedure voor [verweerder] niet gunstig is verlopen. Ten aanzien van deze bedragen staat naar het oordeel van het hof derhalve evenmin vast dat sprake is van een verplichting tot terugbetaling. Hierop strandt de vordering tot betaling van deze bedragen.

4.12 [eiseres] heeft het aan haar vordering tot terugbetaling van de door haar aan [verweerder] versterkte bedragen subsidiair ten grondslag gelegde beroep op onverschuldigde betaling tegenover de gemotiveerde betwisting door [verweerder] niet voldoende onderbouwd. Het betoog van zowel [eiseres] als [verweerder] komt er immers op neer dat de door [eiseres] aan [verweerder] gedane betalingen werden gerechtvaardigd door een tussen partijen bestaande rechtsverhouding, te weten een overeenkomst van geldlening dan wel een overeenkomst van schenking. Gelet hierop ontberen de betalingen geen rechtsgrond zoals bedoeld in artikel 6:203 lid 1 BW. Van onverschuldigde betaling is derhalve geen sprake.”

2.33 Het onderdeel klaagt in de kern dat het hof ten onrechte de vorderingen van [eiseres] niet toewijsbaar heeft geacht op de in hoger beroep aangevoerde subsidiaire grondslag onverschuldigde betaling, althans dat de oordelen van het hof niet toereikend gemotiveerd zijn. Het onderdeel wordt nader uitgewerkt in de onderdelen 4.1 en 4.2.

2.34 *Onderdeel 4.1* stelt voorop dat het oordeel in 4.11 niet anders kan worden begrepen dan dat het hof heeft geoordeeld dat tussen partijen geen sprake is van overeenkomsten van geldlening uit hoofde waarvan [verweerder] rechtens gehouden is om het door [eiseres] aan hem betaalde bedrag van € 1700,= en het door [eiseres] ten behoeve van hem aan Leaseproces overgemaakte bedrag van € 895,= terug te betalen. Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte in rov. 4.11 op grond van dat oordeel heeft geconcludeerd dat daarmee voor de door [eiseres] voorgeschoten bedragen “derhalve” niet vaststaat “dat sprake is van een verplichting tot terugbetaling” en dat de vordering tot betaling van deze bedragen hierop strandt, nu voor [verweerder] “onder de gegeven feiten en omstandigheden” (ook) sprake is van een verplichting tot terugbetaling en de vorderingen toewijsbaar zijn op de door [eiseres] aan deze vordering(en) in hoger beroep ten grondslag gelegde subsidiaire rechtsgrond onverschuldigde betaling.

2.35 *Onderdeel 4.2* klaagt dat het oordeel in rov. 4.12 onjuist, althans onbegrijpelijk is in het licht van de volgende tussen partijen in hoger beroep vaststaande feiten en omstandigheden:

(i) [eiseres] heeft de bedragen van € 1700,= en € 895,= betaald zonder dat tussen partijen sprake is geweest van een overeenkomst van geldlening uit hoofde waarvan [eiseres] zich tegenover [verweerder] had verplicht tot betaling van die bedragen (aan hem zelf respectievelijk aan Leaseproces). [verweerder] heeft niet ontkend dat hij deze geldbedragen – al dan niet indirect – van [eiseres] heeft ontvangen;

(ii) het bedrag van € 895,= heeft betrekking op proceskosten in een door uitsluitend [verweerder] tegen Dexia gevoerde procedure en het bedrag van € 1700,= heeft betrekking op de afwikkeling van de huurovereenkomst met betrekking tot de door [verweerder] aan Yokogama verhuurde woning; 30

(iii) aangezien het hof in het midden heeft gelaten of tussen partijen sprake is van een overeenkomst van geldlening of van schenking, kan bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag worden uitgegaan van de juistheid van het verweer van [eiseres] dat zij genoemde bedragen niet aan [verweerder] heeft geschonken. 31

Het onderdeel klaagt dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet (reeds) op grond van deze feiten te oordelen dat [eiseres] de door haar betaalde bedragen onverschuldigd heeft voldaan, dat [verweerder] deze bedragen op de voet van art. 6:203 BW aan [eiseres] moet terugbetalen en dat de vorderingen van [eiseres] tot betaling daarvan door [verweerder] om deze redenen toewijsbaar zijn. Volgens het onderdeel kan in het licht van genoemde feiten niet worden gezegd dat de betalingen geen rechtsgrond zoals bedoeld in art. 6:203 lid 1 BW ontbeerden, nu uit de feiten volgt dat [eiseres] de bedragen heeft voldaan zonder dat zij daartoe jegens [verweerder] of derden verplicht was. Het onderdeel klaagt verder dat in het licht van de gestelde feiten onjuist, althans onbegrijpelijk is het oordeel dat [eiseres] de subsidiaire grondslag voor haar vordering tot betaling door [verweerder] van de genoemde bedragen onvoldoende heeft onderbouwd, aangezien zij zich ook in hoger beroep op deze feiten heeft beroepen ter onderbouwing van haar vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling. 32 Volgens het onderdeel hoefde [eiseres] niet meer of anders aan te voeren om te voldoen aan haar stelplicht voor toewijzing van haar vorderingen op grond van art. 6:203 BW. Het onderdeel klaagt tot slot dat het bestreden oordeel in het licht van de genoemde feiten onbegrijpelijk is, nu daaruit niet volgt dat en om welke reden het hof van oordeel is dat die feiten, (mede) in onderlinge samenhang bezien, niet meebrengen dat [verweerder] de genoemde bedragen aan [eiseres], als onverschuldigd betaald, moet terugbetalen.

2.36 De onderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Anders dan met betrekking tot het door [eiseres] aan [verweerder] betaalde bedrag van € 10.000,= heeft het hof *niet* vastgesteld wat precies de titel is geweest voor de betaling door [eiseres] aan dan wel ten behoeve van [verweerder] van de bedragen van € 1700,= respectievelijk € 895,=. Het hof heeft met betrekking tot beide bedragen overwogen dat [eiseres] heeft aangevoerd dat zij deze “simpelweg heeft betaald”. Met betrekking tot het ten behoeve van [verweerder] aan Leaseproces betaalde bedrag van € 895,= heeft het hof overwogen dat [verweerder] heeft *verklaard* dat hij het bedrag aan [eiseres] zou terugbetalen indien de Dexia-procedure gunstig zou verlopen, hetgeen niet is gebeurd. Het hof heeft vervolgens overwogen dat met betrekking tot beide genoemde bedragen “derhalve” niet vaststaat dat sprake is van een verplichting tot terugbetaling. Voor wat betreft het door [eiseres] betaalde bedrag van € 895,= had het hof evenwel een oordeel moeten geven over de vraag of de hiervoor weergegeven stelling van [verweerder] *al dan niet juist is*. Dit is namelijk van belang om vast te stellen of er al dan niet een verbintenis tot teruggave kan bestaan. Dat heeft het hof evenwel niet gedaan. Het hof kon derhalve zonder de vaststelling dat de stelling van [verweerder] juist is, niet tot het oordeel komen dat geen sprake is van een verplichting tot terugbetaling. In het licht van het feit dat het hof geen antwoord heeft gegeven op de vraag wat nu precies de titel is geweest voor de betaling van beide bedragen (lening, schenking of anderszins) kon het in rov. 4.12 vervolgens niet tot het oordeel komen dat de betalingen geen rechtsgrond ontberen als bedoeld in art. 6:203 lid 1 BW. De onderdelen slagen derhalve.

2.37 In het licht van het bovenstaande dient het bestreden arrest te worden vernietigd.

### 3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

### Noot

1. Wat is inzake een betaling de rechtsverhouding na het einde van de affectieve verhouding? Eiseres heeft € 10.000,= betaald aan verweerder met als omschrijving op het bankafschrift “lening”. Partijen hebben afgesproken dat verweerder dit bedrag zou terugbetalen “wanneer hij daartoe in staat zal zijn”. Sinds het moment van het verbreken van de affectieve

relatie tussen partijen heeft verweerder (volgens hem uit moraal en fatsoen) nog achttien maal € 55,= terugbetaald, waarvan eenmaal met de omschrijving “dank rente”. Verder heeft eiseres tijdens hun relatie eenmaal € 1700,= betaald aan verweerder, zonder nadere omschrijving of afspraak en heeft zij namens verweerder € 895,= betaald aan de Dexia Lease Claim-stichting. Inzake deze laatste betaling is afgesproken dat verweerder dit zou terugbetalen indien hij de Dexia-claim zou winnen, hetgeen niet het geval is. Eiseres vordert terugbetaling van de verstrekte bedragen.

2. Het hof (arrest niet gepubliceerd) oordeelt dat er sprake is van een overeenkomst waarbij eiseres een bedrag verstrekt en verweerder de verplichting heeft tot terugbetaling onder de opschortende voorwaarde dat hij daartoe de mogelijkheid heeft. De stelplicht en bewijslast dat deze opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming door verweerder van zijn verplichting tot terugbetaling in de weg staat, rust daarbij volgens het hof op grond van art. 150 Rv op eiseres. Naar oordeel van het hof heeft eiseres onvoldoende onderbouwd gesteld dat en wanneer verweerder tot nakoming in staat was, zodat aan bewijslevering niet is toegekomen. Het kan daarbij volgens het hof in het midden blijven of er sprake is van een geldlening of een schenking. Inzake de betaling van € 1700,= is er volgens het hof geen afspraak gemaakt over terugbetaling, zodat deze vordering strandt. De terugbetaling van de € 895,= was afhankelijk van het slagen van de Dexia-vordering, hetgeen niet het geval bleek. Subsidiair oordeelt het hof dat er geen sprake was van onverschuldigde betaling, aangezien hieraan een rechtsverhouding ten grondslag lag, te weten een overeenkomst van geldlening dan wel een overeenkomst van schenking.

3. Opvallend is dat het hof niet heeft geoordeeld of er sprake is van een geldlening dan wel schenking. Dit geldt te meer nu de betaling is verstrekt onder de vermelding van “lening” en bij een van de vele terugbetalingen door verweerder als omschrijving op de betalingsopdracht is meegegeven “dank rente”. Als er sprake is van een geldlening (een species van de in art. 7A:1791 BW vermelde verbruiklening), is art. 7A:1798 BW van toepassing. Dit artikel luidt: *“Indien men is overeengekomen dat hij die een goed ter leen heeft ontvangen dit zal terug geven, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, zal de rechter, naar gelang der omstandigheden, den tijd der teruggave bepalen”*. Nu beide partijen verklaren dat de afspraak was dat verweerder zou terugbetalen als hij dat kon, moet worden aangenomen dat sprake is van een overeenkomst als bedoeld in art. 7A:1798 BW (te weten een overeenkomst waarbij is bedongen dat de lener even veel als het geleende zal teruggeven wanneer hij daartoe in staat zal zijn). Op grond van het genoemde artikel moet de rechter in dat geval naar gelang van de omstandigheden het tijdstip bepalen waarop de lener het geleende moet teruggeven. De uitlener kan daarbij volstaan met het stellen van de inhoud van de overeenkomst. Bij wijze van verweer kan de lener dan om vaststelling van een termijn vragen (Hof Arnhem-Leeuwarden, 8 maart 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:1826](#); Hof Amsterdam, 16 maart 2006, [ECLI:NL:GHAMS:2006:AX9381](#)). Bijzonder is dat in een vergelijkbare zaak (voormeld arrest Hof Arnhem-Leeuwarden) lijkt te zijn geoordeeld dat de uitlener tevens dient te stellen (maar blijkbaar niet hoeft te bewijzen) de omstandigheid dat de geldlener inmiddels tot terugbetaling in staat is, maar dat in een andere zaak (voormeld arrest Hof Amsterdam) is geoordeeld dat de uitlener kan volstaan met het stellen van de overeenkomst en op grond daarvan teruggave kan vorderen. Dit laatste lijkt juist, gezien de bedoeling van art. 7A:1798 BW. Bij toepassing van art. 7A:1798 BW draaien de stelplicht en bewijslast juist om, omdat verweerder dient te stellen en te bewijzen dat uitstel tot terugbetaling nodig is teneinde te voorkomen dat de rechter (ambtshalve) zal oordelen dat de lening terstond dient te worden terugbetaald. Van een (ex art. 6:21 BW onzekere) opschortende voorwaarde is derhalve geen sprake, nu de rechter op grond van art. 7A:1798 BW (ambtshalve) dient vast te stellen tegen welke termijn de terugbetaling dient plaats te vinden.

4. De A-G concludeert dat het oordeel van het hof dat er sprake is van “een verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat [verweerder] daartoe de mogelijkheid had” in cassatie niet is bestreden, zodat tussen partijen vaststaat dat verweerder een verplichting tot terugbetalen had. Hiermee is volgens de A-G voldaan aan de voorwaarden van verbruiklening (art. 7A:1791 BW), zodat op grond van art. 7A:1798 BW eiseres terugbetaling kan vorderen en bovendien de rechter ambtshalve dient te beslissen, waarbij verweerder de stelplicht en bewijslast heeft inzake de noodzaak tot uitstel.

5. De Hoge Raad oordeelt echter anders. Vermoedelijk vanwege het voormelde in cassatie niet bestreden oordeel van het hof dat er sprake is van “een verplichting tot terugbetaling van dit bedrag onder de opschortende voorwaarde dat

[verweerder] daartoe de mogelijkheid had”, oordeelt de Hoge Raad dat er sprake is van een opschortende voorwaarde. Tevens oordeelt de Hoge Raad dat een opschortende voorwaarde (ex art. 6:21 BW) een tijdsbepaling (waaronder ook een onduidelijke tijdsbepaling) uitsluit, zodat art. 7A:1798 BW niet van toepassing kan zijn. Evenmin wordt volgens de Hoge Raad aan art. 7A:1797 BW toegekomen, omdat de Hoge Raad oordeelt dat volgens het hof de opschortende voorwaarde nog niet is vervuld. De Hoge Raad oordeelt daarbij dat eiseres dient te stellen en te bewijzen dat deze opschortende voorwaarde niet langer aan nakoming in de weg staat. Dit laatste lijkt overigens op een cirkelredenering. Immers, aan art. 7A:1797 BW wordt niet toegekomen omdat eiseres niet heeft gesteld en bewezen dat de opschortende voorwaarde niet langer in de weg staat aan nakoming, echter op grond van art. 7A:1797 BW is er geen sprake van een opschortende voorwaarde en draagt louter verweerder een stelplicht en bewijslast (voor een redelijke termijn).

6. Zowel de Hoge Raad als de A-G lijken hun (tegenstrijdige) standpunt te baseren op hetzelfde, in cassatie niet bestreden, oordeel van het hof dat er sprake is van een verplichting tot terugbetaling onder opschortende voorwaarde. De A-G richt zich hierbij op de verplichting en de Hoge Raad op de opschortende voorwaarde. Helaas is het arrest van het hof niet gepubliceerd, waardoor de rechtsoverweging ter onderbouwing van het oordeel dat er sprake is van een opschortende voorwaarde, ontbreekt. Hetzelfde geldt voor het oordeel inzake de verplichting, al is tussen partijen in confesso dat deze verplichting er is voor zover verweerder daartoe in staat is. Als er sprake is van een geldlening, zal op grond van art. 7A:1798 BW een termijn worden bepaald (met stelplicht en bewijslast voor verweerder) en kan er derhalve geen sprake zijn van een opschortende voorwaarde. Het is dan immers zeker dat de lening (op grond van een (ambtshalve) gerechtelijke uitspraak) dient te worden terugbetaald, zodat er geen sprake is van een onzekere toekomstige gebeurtenis. De vraag inzake het al dan niet bestaan van een geldlening is derhalve wel relevant. Het feit dat verweerder zich verplicht terug te betalen indien en zodra mogelijk, is een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een dergelijke lening. Een voorwaarde om terug te betalen indien en zodra mogelijk past immers moeilijk bij een schenking, ongeacht het feit dat aan schenkingen voorwaarden kunnen zijn verbonden. De Hoge Raad oordeelt dat zelfs een voorwaardelijke verbintenis tot terugbetaling van een schenking mogelijk is. Daarbij wordt echter verwezen naar een arrest waarbij de aanstaande bruid de aan haar geschonken sieraden moet teruggeven indien het beoogde huwelijk niet doorgaat. Een dergelijk voorbeeld (waarbij tevens valt te denken aan de voorwaardelijke plicht van een kind om hetgeen diens ouders hebben geschonken terug te geven indien bijvoorbeeld de studie niet-tijdig met succes wordt afgerond of indien het kind vervalt tot een bepaald, niet door de ouders getolereerd gedrag) is echter van geheel andere orde. Een schenking kan haast per definitie niet stroken met een voorwaarde het geschonkene terug te geven zodra dat mogelijk is. Het oogmerk van een schenking is immers dat de schenker ten koste van zijn vermogen de ander verrijkt (art. 7:175 BW). Een tegenprestatie is daarbij mogelijk (art. 7:187 lid 1 BW), maar indien de tegenprestatie is het geschonkene weer terug te geven indien mogelijk, wordt niet aan de ratio van art. 7:175 BW voldaan. Daarnaast wijzen de betalingsopdrachten met omschrijving “lening” en “dank rente” eveneens op het bestaan van een lening. Partijen lijken louter, zoals wel vaker bij familiale of affectieve relaties, een *soft loan* te hebben afgesproken: de ontvanger moet aflossen indien mogelijk, maar als dat niet mogelijk is zal de geldverstrekker geen betaling afdwingen. Verweerder heeft overigens het bestaan van een geldlening betwist door te stellen dat er sprake is van een schenking met de verplichting terug te betalen indien hij daartoe de mogelijkheid had, zonder dat hem bekend was of en wanneer dat zou gaan lukken. Deze toevoeging inzake onbekendheid lijkt daarbij overigens geen inhoudelijke wijziging, nu partijen dit inderdaad op voorhand niet wisten. Verweerder heeft tevens gesteld dat zijn achttien terugbetalingen waren gedaan vanuit moraal en fatsoen. Dat lijkt een beroep op een natuurlijke (en dus niet afdwingbare) verplichting te zijn (art. 6:3 BW). Dit vereist in casu een dringende morele plicht en dus juist niet een afgesproken verplichting. Gezien de niet-betwiste feiten (verweerder wilde eerst het bedrag niet aannemen omdat hij niet wist of hij dit zou kunnen terugbetalen) en het verweer (niet sec een beroep op een schenking (met natuurlijke verbintenis tot terugbetalen), maar een verplichting tot terugbetaling onder de opschortende voorwaarde dat verweerder hiertoe in staat is), lijkt er echter van een natuurlijke verbintenis geen sprake te zijn maar veeleer van een geldlening. Het is dan aan verweerder om, in afwijking van het regeland recht van art. 7A:1791 e.v. BW, te stellen en te bewijzen dat er sprake is van een opschortende voorwaarde. Dit zal geen sinecure zijn, aangezien art. 7A:1798 BW als *lex specialis* derogeert aan de *lex generalis* art. 6:21 BW. De afspraak tot terugbetaling indien mogelijk is daarmee een tijdsbepaling en geen opschortende voorwaarde. Eiseres hoeft derhalve niet te stellen en te bewijzen dat de opschortende voorwaarde (die er immers niet is) niet langer in de weg staat aan de

nakoming van de verplichting tot terugbetaling. Materieel bekeken lijkt, gezien al deze overwegingen, de conclusie van de A-G derhalve juist.

7. De Hoge Raad lijkt echter strikter naar de cassatiemiddelen te hebben gekeken. Voor zover uit het arrest en de conclusie A-G valt af te leiden, is geen cassatiemiddel ingesteld tegen het oordeel van het hof dat in het midden kan blijven of er sprake is van een geldlening of een schenking. De diverse onderdelen bij de cassatiemiddelen (waarbij veelal veronderstellenderwijs (bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag) is uitgegaan van een geldlening) falen, omdat de Hoge Raad oordeelt dat het hof heeft geoordeeld dat er sprake is van een (in cassatie niet bestreden) opschortende voorwaarde. In cassatiemiddel 3.1 wordt echter wel geklaagd dat de opschortende voorwaarde heeft te gelden als een (al dan niet aanwezige) tijdsbepaling als bedoeld in art. 7A:1797 en 1798 BW. De Hoge Raad gaat er echter, zonder verdere motivering, van uit dat er sprake is van een opschortende voorwaarde en dat daarom niet aan deze artikelen wordt toegekomen. Dit lijkt niet juist als er sprake zou zijn van een geldlening, maar omdat er niet geklaagd is tegen het oordeel van het hof dat in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een geldlening of een schenking, heeft de Hoge Raad klaarblijkelijk het hof in zijn oordeel gevolgd en daarbij de afspraak op grond van art. 6:21 BW kunnen interpreteren als een opschortende voorwaarde nu art. 7A:1797 en 1798 BW in die redenering niet van toepassing zijn.

8. Deze uitspraak is relevant voor de (financierings)praktijk, vooral in de privé sfeer. Een *soft loan* blijkt op grond van deze uitspraak wel heel erg soft, lees: veelal oninbaar, te worden vanwege de omkering van de stelplicht en bewijslast. Geldverstrekkers doen er dan ook goed aan duidelijk af te spreken dat er sprake is van een lening en dat terugbetaling geschiedt onder de 'tijdsbepaling' van het in staat zijn tot terugbetalen. Of, zeker in de privé sfeer, dergelijke afspraken ook schriftelijk worden vastgelegd, is echter een vraag op zich.

E.J.H. Zandbergen, Fermm advocaten

## Voetnoten

1. De cassatietermijn verstreek op 3 mei 2015. Die dag was een zondag. Art. 1 Algemene Termijnenwet bepaalt dat een gestelde termijn die op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag eindigt, wordt verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. Maandag 4 mei 2015 (Nationale Dodenherdenking) was bij Koninklijk Besluit van 17 juni 2013 (Stcrt. 2013, nr. 19755) gelijkgesteld met een algemeen erkende feestdag in de zin van art. 3 lid 1 Algemene Termijnenwet. Dinsdag 5 mei (Nationale Bevrijdingsdag) was een algemeen erkende feestdag op grond van art. 3 lid 1 Algemene Termijnenwet. De cassatietermijn werd derhalve verlengd tot en met woensdag 6 mei 2015.
2. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/215 en 245 e.v., waaraan het juridisch kader hieronder grotendeels is ontleend. Zie over de overeenkomst van verbruikleen verder J.G. Gräler, Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Mon. BW nr. B89), 2012/49 e.v.
3. Tegelijkertijd is de overeenkomst van geldlening een *species* van de – niet wettelijk geregelde – kredietovereenkomst, waarbij een partij (de kredietgever) zich verbindt om aan een andere partij (de kredietnemer) koopkracht te verschaffen welke de kredietnemer op een later tijdstip moet vereffenen, zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/246. Voor bepaalde geldleningen door professionele kredietverstrekkers aan consumenten bevatten de art. 7:57 e.v. BW en de Wet op het consumentenkrediet (WCK) regels die afwijken van de gewone regels voor geldleningen, zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/251. Deze regels spelen geen rol in deze zaak.
4. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/216; J.G. Gräler, Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Mon. BW nr. B89), 2012/51.

5. Zie over het onderscheid tussen de consensuele en de reële overeenkomst Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/71 e.v.
6. Dit blijkt uit de wettelijke definitie van de overeenkomst van verbruikleen ('afgeeft' en niet: 'zich verbindt af te geven') en uit het feit dat de wet ervan uitgaat dat de uitlener de primaire verbintenis, het verschaffen van het goed, al bij de totstandkoming van de overeenkomst is nagekomen. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/216.
7. Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening van 21 september 2011 (Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe Afdeling 7.2A en met de nieuwe Titels 7.2B en 7.2C).
8. Zie de concept-memorie van toelichting in het Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening van 21 september 2011 (Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe Afdeling 7.2A en met de nieuwe Titels 7.2B en 7.2C).
9. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/247.
10. Naar huidig recht moet de uitlener in alle gevallen bewijzen dat de overeenkomst een rentebeding bevat. Of de overeenkomst bepaalt dat de leener rente over de geleende som moet betalen, is een kwestie van uitleg. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/254.
11. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/229.
12. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/232.
13. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/233 en J.G. Gräler, Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Mon. BW nr. B89), 2012/61.7.5. Zie ook HR 10 juni 1927, NJ 1927, blz. 1048: "O. dat het Hof als bewezen aannemende, dat de beweerde geldlening was tot stand gekomen, daaruit terecht heeft afgeleid, dat het geleende bedrag door den leener op de vordering van den uitleener moest worden terugbetaald, nu de leener wel beweerde, maar niet te bewijzen aanbod, veel minder bewees, dat tusschen hem en de auteur der verweerders iets was overeengekomen omtrent een later tijdstip, waarop of omstandigheden en voorwaarden waaronder het geleende slechts zou kunnen worden teruggevorderd, zoodat dit onderdeel van het middel is ongegrond; (...)”...
14. Asser-Van Schaick 7-VIII\* 2012/233.
15. Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/235.
16. Asser-Van Schaick 7-VIII\* 2012/234.
17. HR 24 november 1927, NJ 1928, blz. 390 m.nt. E.M.M.: "O dat uit den aard der zaak dit gebiedend voorschrift [art. 7A:1798 BW, A-G] slechts aan den rechter is gegeven voor het geval tusschen partijen verschil bestaat over den tijd der teruggave, bijvoorbeeld wanneer de uitlener de teruggave in rechten vordert stellende, dat de leener daartoe in staat is, en deze bewering door den leener wordt betwist; – maar dan ook in ieder geval, waarin tusschen partijen een verschil als voorbedoeld bestaat, de rechter door de wet wordt verplicht hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek der partij, die meent, dat eene beslissing omtrent dit punt met hare belangen strookt, den tijd der teruggave te bepalen; (...)”

- [18.](#) Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/235 verwijst in dat verband naar Hof Amsterdam 16 maart 2006, *NJF* 2006/292. Zie verder J.G. Gräler, Bruikleen, verbruikleen en geldlening (Mon. BW nr. B89), 2012/61.7.5.
- [19.](#) Zie HR 17 november 1911, *W* 9295. Voorts Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/235.
- [20.](#) Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/235.
- [21.](#) Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting Vierde Gedeelte (Boek 7), blz. 886 (Artikel 7.2.1.4).
- [22.](#) Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/235. Zie in andere zin H.J. Pabbruwe, *Verbruikleen*, 1997, blz. 63.
- [23.](#) Zo is te lezen in de concept-memorie van toelichting bij het Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening (Aanvulling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met een nieuwe Afdeling 7.2A en met de nieuwe Titels 7.2B en 7.2C), Zie over het conceptwetsvoorstel J.G. Gräler, *Geldlening in een modern jasje*, WPNR 2015 (7058).
- [24.](#) Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening (concept-memorie van toelichting onder punt 1).
- [25.](#) Concept-memorie van toelichting bij het Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening, p. 39.
- [26.](#) Concept-memorie van toelichting bij het Consultatiedocument wetsvoorstel consumentenkredietovereenkomsten, goederenkrediet en geldlening, p. 139.
- [27.](#) J.G. Gräler, *Geldlening in een modern jasje*, WPNR 2015 (7058).
- [28.](#) Het onderdeel verwijst naar de inleidende dagvaarding, nr. 1 e.v., de conclusie van repliek, nr. 2 e.v. (in het bijzonder de nrs. 5 en 21), de getuigenverklaring van [eiseres], opgenomen in het proces-verbaal van 17 december 2012, blz. 2, en de memorie van grieven, nrs. 4 e.v. (in het bijzonder nrs. 9, 11 en 12).
- [29.](#) Het onderdeel verwijst naar het bij punt 2.6 besproken arrest HR 24 november 1927, *NJ* 1928, blz. 390 m.nt. E.M.M.
- [30.](#) Het onderdeel verwijst naar de conclusie van repliek, nr. 13, en de memorie van grieven, nr. 6, tegenover de conclusie van dupliek, nr. 8, en de memorie van antwoord, nr. 13.
- [31.](#) Het onderdeel verwijst naar de vindplaatsen genoemd in voetnoot 30.
- [32.](#) Het onderdeel verwijst naar de vindplaatsen genoemd in voetnoot 30.