RECHTSLEER
DOCTRINE

ALGEMEEN HANDELSRECHT / DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

Rechtsvorming door toeval of beleid? Enkele beschouwingen over de rechtsvorming door het Hof van Cassatie naar aanleiding van het arrest van 27 april 2020 over de kwalificatie van de kredietopening

Matthias VAN DER HAEGEN[1]

I. Inleiding . . . 382
II. Rechtsvorming door het Hof van Cassatie . . . 382
A. De taak van het Hof van Cassatie . . . 382
B. Samenspel met de feitenrechters . . . 383
C. Wijze waarop het Hof van Cassatie recht vormt . . . 383
D. Twee maatstaven van rechtsvorming: doelmatigheid en doeltreffendheid . . . 384
III. Praktijk: het arrest van 27 april 2020 . . . 384
A. De kwalificatie van de kredietovereenkomst: verschillende criteria in de rechtspraak . . . 384
B. Het arrest van 27 april 2020: exit opnemingsvrijheid, enter opnemingsrecht? . . . 385
C. Interpretatie in de rechtsleer . . . 386
D. Is het arrest van 27 april 2020 rechtsvormend? . . . 387
E. Kritische blik op de wijze van rechtsvorming . . . 388
1. Is de rechtsvorming vervat in het arrest van 27 april 2020 doelmatig? . . . 388
2. Is de rechtsvorming vervat in het arrest van 27 april 2020 doeltreffend? . . . 389
IV. De *lege ferenda*: rechtsvorming door beleid . . . 390
A. Verhoogde doelmatigheid . . . 391
1. Cassatie in het belang van de wet . . . 391
2. Prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Cassatie . . . 392
3. Obiter dicta . . . 392
4. Wanneer? . . . 393
B. Doeltreffendheid . . . 393
V. Conclusie . . . 395

SAMENVATTING

In zijn arrest van 27 april 2020 oordeelde het Hof van Cassatie over het langlopende debat over de kwalificatie van de kredietovereenkomst als geldlening dan wel kredietopening. De precieze betekenis van dit arrest voor die kwalificatieoefening wordt in de rechtsleer op uiteenlopende wijze ingevuld. Die onduidelijkheid in de rechtsleer vormt de aanleiding om stil te staan bij de doelmatigheid en doeltreffendheid van de rechtsvorming door het Hof. Deze bijdrage analyseert het arrest van 27 april 2020 vanuit die twee invalshoeken. De lege ferenda formuleert ze enkele voorstellen om de rechtsvormende rol van het Hof van Cassatie doelmatiger en doeltreffender te maken.

1. Universitair docent Universiteit Maastricht en gastprofessor UGent. De auteur houdt eraan de anonieme peer reviewer te danken voor de waardevolle opmerkingen.

RÉSUMÉ

Dans son arrêt du 27 avril 2020, la Cour de cassation s'est prononcée sur le débat déjà ancien concernant la qualification du contrat de crédit comme prêt d'argent ou comme ouverture de crédit. La signification exacte de cet arrêt pour la question de qualification est néanmoins interprétée différemment dans la doctrine juridique. Ce manque de clarté dans la doctrine motive la présente réflexion sur l'efficience et l'efficacité de la création du droit par la Cour. L'arrêt du 27 avril 2020 est examiné sous ces deux angles. De lege ferenda, cette contribution propose quelques réformes visant à rendre plus efficace et plus efficient le rôle prétorien de la Cour de cassation.

I. INLEIDING

1. De kwalificatie van een kredietovereenkomst als geldlening dan wel kredietopening, en de achterliggende vraag naar de toepasselijkheid van de beperking van de wederbeleggingsvergoeding *ex* artikel 1907*bis* Oud BW, beroert al enkele jaren rechtsleer en rechtspraak. Rechtszekerheid was soms ver te zoeken in dit bewogen debat. Het Hof van Cassatie schepte in een arrest van 27 april 2020[2] enige duidelijkheid over deze kwalificatievraag. Alhoewel, duidelijkheid? In de rechtsleer krijgt dit arrest verschillende interpretaties. De rechtsonzekerheid lijkt dus nog niet helemaal verdwenen te zijn. Dit cassatiearrest doet daarom vragen rijzen over de betekenis van de tussenkomst van de cassatierechter in het rechtsverkeer. Deze bijdrage bestudeert de rechtsvorming door het Hof van Cassatie vanuit twee invalshoeken: doelmatigheid en doeltreffendheid. Slaagt het Hof erin om duidelijke rechtsregels te scheppen wanneer daartoe een nood bestaat? Het arrest van 27 april 2020 inzake de kwalificatie van de kredietovereenkomst dient hierbij als ankerpunt voor de discussie. De stellingen die in deze bijdrage omwille van plaatsgebrek soms zonder voldoende nuance worden ingenomen, worden in de handelseditie van mijn proefschrift uitvoeriger verdedigd en toegelicht.[3]

2. Deze bijdrage bespreekt eerst kort de theorie van de rechtsvorming door het Hof van Cassatie: wat is de taak van de cassatierechter, hoe geeft hij recht vorm en wat is de rol van de feitenrechter in het proces van rechtsvorming (zie Titel II.)? Titel III. licht de context en betekenis van het cassatiearrest van 27 april 2020 beknopt toe en analyseert de rechtsvorming die erin vervat ligt aan de hand van twee invalshoeken: doelmatigheid en doeltreffendheid. Titel IV. introduceert tot slot mogelijke hervormingen die de rechtsvorming van het Hof een nieuwe impuls kunnen geven en ertoe kunnen leiden dat rechtsvorming een kwestie van beleid wordt in plaats van geleid te worden door toevalsfactoren.

II. RECHTSVORMING DOOR HET HOF VAN CASSATIE

3. Dat het Hof van Cassatie recht schept, is welbekend.[4] De wijze waarop dit gebeurt is dat evenwel minder. Dit deel van deze bijdrage staat daarom achtereenvolgens stil bij de taken van het Hof van Cassatie (A.), het samenspel met de feitenrechters in de rechtsvorming (B.), de wijze waarop het Hof recht vormt (C.) en tot slot de twee perspectieven van waaruit die rechtsvorming in het vervolg van deze bijdrage geanalyseerd wordt: doelmatigheid en doeltreffendheid (D.).

A. De taak van het Hof van Cassatie

4. Het Hof van Cassatie heeft als taak te waken over de rechtszekerheid en -eenheid.[5] Daarnaast houdt het Hof toezicht op de praetoriaanse ontwikkeling van het recht door zijn harmonieuze en evenwichtige evolutie te bevorderen en af te bakenen.[6] Als toezichthouder op de regelmatigheid van in laatste aanleg gewezen beslissingen, waakt het Hof ook over de bescherming van de individuele rechten. De cassatierechter oordeelt echter niet over de grond van de zaak, schrijft artikel 147 van de Grondwet voor. Hij beoordeelt slechts de legaliteit van de bestreden beslissingen: heeft de

2. Cass. 27 april 2020, C.19.0602.N, www.juportal.be.

3. Zie M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 560 p. Op donderdag 21 oktober 2021 organiseert uitgeverij Intersentia een studiedag over dit onderwerp in Brussel. Meer informatie via www.intersentia.be/nl/doelmatige-rechtsvorming-door-het-hof-van-cassatie.html.

4. De belangrijke vraag naar de verhoudingen tussen de wetgever en de cassatierechter in de rechtscreatie wordt hier – om praktische redenen – uit de weg gegaan.

5. H. LENAERTS, "Cassatierechtspraak vandaag", *RW* 1991-92, (137) 139; J. DU JARDIN, "Voltallige zittingen voor een eenduidige interpretatie van het recht", *RW* 2001-02, (649) 649. *Cf.* art. 612 Ger.W.: "Het Hof van Cassatie neemt kennis van voorzieningen tegen de beslissingen in laatste aanleg die strijdig zijn met de wetten of procesvormen, voornamelijk wanneer uit die beslissingen een blijvend verschil van interpretatie omtrent een rechtspunt blijkt."

6. HOF VAN CASSATIE, *Jaarverslag 2019*, *justitie.belgium.be/sites/default/files/cass2019nl.pdf*, 20.

feitenrechter de wet juist toegepast of geïnterpreteerd, de procesvormen gerespecteerd en zijn beslissing regelmatig gemotiveerd? De feiten van het onderliggende geschil komen slechts aan bod in de vraag of de feitenrechter de juiste juridische conclusies heeft getrokken uit de feiten die hem regelmatig werden voorgelegd. Het Hof van Cassatie spreekt zich dus enkel uit over rechtsvragen. Net omdat ze abstractie maken van de feiten hebben cassatiearresten een belang dat het individuele geschil overstijgt.

5. De rechtspraak van het hoogste justitiële rechtscollege heeft een aanzienlijke zwaartekracht: doorgaans volgen de hoven en rechtbanken de rechtspraak van het hoogste justitiële rechtscollege zonder dat daartoe enige verplichting bestaat.[7] Het ene arrest is evenwel het andere niet. Ruwweg kan een onderscheid worden gemaakt tussen arresten die de bestaande cassatierechtspraak vernieuwen, verfijnen, uitbreiden of op een andere manier wijzigen, en arresten die de bestaande cassatierechtspraak bestendigen. Die eerste zijn normatief van aard, omdat ze vooropstellen hoe de feitenrechter in de toekomst de rechtsregel vervat in die rechtspraak moet toepassen in de praktijk, wil hij een beslissing vellen die de toets van het Hof van Cassatie doorstaat. Zo'n beslissingen hebben een zaakoverstijgende betekenis. Het is immers de wens van het Hof van Cassatie dat de feitenrechters deze rechtspraak volgen, behoudens wetgevend ingrijpen of latere maatschappelijke evoluties die deze rechtspraak onaangepast of onbevredigend zouden maken.

Arresten die bestaande cassatierechtspraak bestendigen, hebben daarentegen geen zaakoverstijgend belang. Zo heeft een arrest dat een motiveringsgebrek afstraft of verbreekt wegens schending van een materiële wetsbepaling geen meerwaarde voor de juridische gemeenschap, voor zover het Hof in dat arrest zijn invulling van wat een motiveringsgebrek uitmaakt of zijn eerdere interpretatie van die wetsbepaling niet wijzigt. Zo'n arrest bevestigt enkel wat de welingelichte jurist al weet. Dit wil niet zeggen dat deze disciplinaire controle geen nut heeft. Zij beschermt de individuele procespartij die werd geconfronteerd met een verkeerde toepassing of interpretatie van de wet of met een miskenning van de regels van de goede procesorde. Die disciplinaire controle heeft dus wel een privaat nut, maar geen of hoogstens weinig[8] publiek belang.

B. Samenspel met de feitenrechters

6. Alhoewel het Hof van Cassatie niet over de feiten oordeelt, spreekt het geen recht in het ijle. De inhoudelijke voorbereiding van zijn rechtsvormende arresten vindt plaats in de rechtspraak van de hoven en rechtbanken. De feitenrechters zijn het laboratorium van de rechtsvorming, omdat zij als eerste geconfronteerd worden met nieuwe maatschappelijke fenomenen en daarop een juridisch antwoord moeten formuleren. De alternatieven die op die manier worden verkend, vormen het fundament waarop de cassatierechter een regel zal bouwen die de feitenrechters nadien behoren toe te passen. De cassatierechtspraak is aldus het resultaat van een dialoog met de appelrechters. Stabiele cassatierechtspraak vereist dus een zekere rijpingstijd in de rechtsvorming, waarin rechtsleer en rechtspraak de verschillende alternatieven kunnen onderzoeken en afwegen. Zonder die rijping bestaat het gevaar dat het Hof de gevolgen van zijn regel onvoldoende kan inschatten waardoor het op zijn stappen zou moeten terugkomen, terwijl in het verzekeren van een stabiel rechtsverkeer net het bestaansrecht van het Hof is gelegen.[9] Goede rechtsvorming is dus in zekere zin trage rechtsvorming in een organisch proces: "Langzaam groeiende bomen zijn sterk en worden oud", zoals Daan Asser het verwoordde.[10] Deze wijze van de rechtsvorming wordt de techniek van de *petits pas* genoemd[11]: het Hof bouwt stapsgewijs, arrest per arrest, een rechtspraaklijn uit.

C. Wijze waarop het Hof van Cassatie recht vormt

7. Het Hof neemt kennis van de beslissingen van feitenrechters via een door de procespartijen ingesteld cassatieberoep (art. 608 Ger.W.). De in het cassatieberoep geformuleerde middelen beperken het toezicht dat de cassatierechter uitoefent: het Hof neemt kennis van de bestreden beslissing in het licht van de grieven van de eiser in cassatie. In strafzaken voert het Hof daarnaast een ambtshalve controle uit op de legaliteit van de bestreden beslissing.[12] Voor die praetoriaanse praktijk bestaat er echter geen expliciete wettelijke basis.

8. De procespartij is de motor van de cassatieprocedure. Haar initiatief, zowel op procedureel vlak om het Hof te vatten als op inhoudelijk vlak bij het formuleren van cassatie-

7. Alleen de verwijzingsrechter is verplicht de zienswijze van het Hof van Cassatie te volgen. Zie art. 1110, vierde lid Ger.W. en art. 435, tweede lid Sv.
8. Een disciplinaire controle kan een geschiloverstijgend nut hebben als signaal dat het Hof wenst vast te houden aan zijn eerdere rechtspraak ondanks eventueel gewijzigde omstandigheden. Zo'n signaalfunctie is slechts op gezette tijdstippen nuttig of wanneer er gerede twijfel zou bestaan over de vraag of het Hof aan zijn eerdere interpretatie vasthoudt. Zie L. BORE, "Les deux fonctions des juridictions suprêmes", *JCP G* 2018, (43) 46.
9. *Cf.* L. CORNIL: "*L'utilité essentielle de la Cour de cassation est de contribuer à la sécurité des relations juridiques en procurant aux juridictions du fond et aux justiciables une interprétation des lois à laquelle chacun puisse se rallier.*" L. CORNIL, "Lettre de M. Léon Cornil", *JT* 1949, (578) 578.
10. W. ASSER,"Rechtspreken en recht vormen", *TCR* 2013, (107) 107.
11. Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Parijs, Dalloz, 2001, 116. Zie ook E. FAYE, *La Cour de cassation*, Parijs, Marescq, 1903, 87.
12. Zie voor een uitgebreide studie van de ambtshalve controle in strafzaken: F. VAN VOLSEM, "Beoordeling van het cassatieberoep in strafzaken" in W. VAN EECKHOUTTE en J. GHYSELS (eds.), *Cassatie in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (141) 153-160. Zie voor een recent voorbeeld waarin het Hof van die mogelijkheid gebruik maakt: Cass. 5 januari 2021, P.20.1095.N, www.juportal.be.

middelen, bepaalt en beperkt dus ook de mogelijkheid van de cassatierechter om zijn taken uit te oefenen.[13] De cassatierechter formuleert immers slechts een antwoord op de (ontvankelijke) cassatiemiddelen en beperkt zijn motivering tot wat nodig is om die middelen te beantwoorden.[14] Het Hof is daarom afhankelijk van privaat initiatief om in het algemeen belang recht te kunnen vormen. Volgens Ernest Krings is de rechtsvorming van het Hof hierdoor noodzakelijkerwijze fragmentair en in sommige opzichten zelfs beknot.[15] Of het Hof aan rechtsvorming toekomt, berust dus in zekere zin op toeval. Hier komen we in Titel IV. van deze bijdrage op terug.

D. Twee maatstaven van rechtsvorming: doelmatigheid en doeltreffendheid

9. De rechtsvorming van het Hof van Cassatie wordt in rechtspraak en rechtsleer doorgaans grondig geanalyseerd. Nieuwe rechtspraak wordt verwelkomd, geïnterpreteerd en bekritiseerd. Die analyse richt zich doorgaans alleen op inhoudelijke aspecten van de nieuwe of gewijzigde regel. Twee invalshoeken die vaak ontbreken zijn die van de doelmatigheid en doeltreffendheid van de rechtsvorming.

10. De tussenkomst van de cassatierechter is *doelmatig* wanneer zij tot stand komt op het ogenblik dat daartoe een nood bestaat in de rechtspraktijk. Formuleert het Hof van Cassatie een antwoord op een rechtsvraag wanneer dat pertinent is om (verdere) rechtsonzekerheid en verdeeldheid te vermijden? De doelmatigheid wordt dus bepaald door de effectieve inzet van de manieren waarop rechtsvorming kan geschieden. Kan het Hof niet optreden, dan woekert rechtsonzekerheid indien feitenrechters de rechtsvraag uiteenlopend beantwoorden.

11. Een tweede invalshoek is de *doeltreffendheid.* Rechtsvorming is doeltreffend wanneer het Hof erin slaagt heldere regels te creëren waarvan de draagwijdte en betekenis duidelijk is. Alleen dan kan een rechtsregel naar behoren het rechtsverkeer reguleren.[16] Het is de motivering die bepaalt of een rechtsregel geformuleerd door het Hof van Cassatie zijn doel zal verwezenlijken, nl. bijdragen tot rechtseenheid en rechtszekerheid. Een formulering die in de rechtspraktijk aanleiding geeft tot onduidelijkheid, ondergraaft die doelstelling en creëert rechtsonzekerheid.[17]

III. PRAKTIJK: HET ARREST VAN 27 APRIL 2020

12. Het is vanuit het perspectief van de doelmatigheid en doeltreffendheid van de rechtsvorming dat we het cassatiearrest van 27 april 2020 willen analyseren. Vooraleer daartoe over te gaan, wordt evenwel de context waarbinnen dit arrest moet worden gezien (A.), het arrest zelf (B.) en zijn interpretatie in de rechtsleer (C.) toegelicht. Nadien wordt de vraag beantwoord of dit arrest rechtsvormend van aard is (D.), om daarna die rechtsvorming verder te analyseren (E.).

Een *caveat* is hier op zijn plaats: de bespreking van het arrest van 27 april 2020 is dienend ten opzichte van de discussie over de doelmatigheid en doeltreffendheid van de rechtsvorming van het Hof van Cassatie. De problematiek van de kwalificatie van de kredietovereenkomst wordt dus niet steeds met de nuance benaderd die ze verdient. Andere rechtsleer kwijt zich beter van die taak.[18]

A. De kwalificatie van de kredietovereenkomst: verschillende criteria in de rechtspraak

13. De vraag of een kredietovereenkomst een kredietopening dan wel een geldlening is, heeft niet zo veel betekenis wanneer deze overeenkomsten hun contractueel beloop krijgen. Het onderscheid wint evenwel aan belang wanneer de marktrente voor financieringen daalt en de vraag naar herfinancieringen en dus vervroegde terugbetalingen stijgt. Het verlies aan inkomsten dat gepaard gaat met die dalende

13. De cassatierechter wordt hierin in zekere zin geholpen door de verplichte bijstand van een advocaat bij het Hof van Cassatie in burgerlijke zaken (art. 478 Ger.W.). De cassatiebalie vervult een cruciale rol, zowel op het vlak van de selectie van zaken als op het vlak van de formulering van cassatiemiddelen: alleen een goed middel kan leiden tot een goed arrest. Zie hieromtrent o.a. J. LAENENS, "De advocaten bij het Hof van Cassatie", *RW* 2002-03, 1118.

14. A. SMETRYNS, "De motivering door de cassatierechter in civiele zaken" in A. BOSSUYT, B. DECONINCK, E. DIRIX, A. FETTWEIS en E. FORRIER (eds.), *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Brussel, Larcier, 2011, 92. Die zienswijze wordt vaak uitgedrukt door het adagium *le moyen, tout le moyen, rien que le moyen.*

15. E. KRINGS, "Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming", *RW* 1990-91, (313) 315.

16. *Cf.* I. VEROUGSTRAETE, "Voorwoord" in HOF VAN CASSATIE, *Jaarverslag 2003*, 195.

17. *Cf.* L. CORNIL: "*Quelle serait l'utilité d'une Cour de cassation dont les arrêts, au lieu de mettre un terme aux controversies que provoquent les lois feraient eux-mêmes naître des controverses au sujet du sens à leur donner?*" L. CORNIL, "La Cour de cassation: considérations sur sa mission", *JT* 1950, (489) 493.

18. Zie voor enkele studies: C. ALTER en L. VAN MUYLEM, "Art. 1907*bis* du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit" (noot onder Orb. Charleroi 11 oktober 2013), *TBH* 2015, 193-197; G. BALLON, "Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming" (noot onder Orb. Luik (afd. Luik) 16 september 2016), *DAOR* 2016, (90) 93; D. DE TROIJ, "Kredietopening, lening op interest en wederbeleggingsvergoeding. What's in a name?", *NJW* 2017, nr. 370, 718-724.

marktrente proberen kredietinstellingen te compenseren door (hoge) wederbeleggingsvergoedingen te stipuleren in kredietovereenkomsten. Hier wordt het onderscheid tussen kredietopening en geldlening relevant. Op geldleningen is immers artikel 1907*bis* Oud BW van toepassing. Deze wetsbepaling, tot stand gekomen in de economische crisis in de jaren '30, beperkt de hoogte van de wederbeleggingsvergoeding tot 6 maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet. Bij geldleningen is de wederbeleggingsvergoeding dus beperkt. Kredietopeningen kennen daarentegen geen gelijkaardige beperking[19], al ligt dat sinds 2014 anders.[20]

De gestipuleerde wederbeleggingsvergoeding bij vroegtijdige terugbetaling kon bij een kredietopening daarom dikwijls aanzienlijk zijn. Het verwondert dan niet dat geschillen omtrent de kwalificatie vaak voor de rechtbank eindigden. De kredietnemer heeft er immers belang bij om de kwalificatie van de kredietovereenkomst als kredietopening aan te vechten. Die overeenkomsten zijn quasi altijd (door de bank) als kredietopening benoemd, maar om het kwalificatievraagstuk te beslechten is de werkelijke aard van de overeenkomst doorslaggevend. De rechtspraak moest dus criteria ontwikkelen om uit te maken of de kwalificatie die de partijen aan de kredietovereenkomst gaven wel overeenstemt met de modaliteiten ervan.

14. Het kernbegrip van deze door de rechtspraak ontwikkelde kwalificatiecriteria is de daadwerkelijke vrijheid van de kredietnemer om de fondsen naar eigen goeddunken op te nemen en er gebruik van te maken. Is er geen daadwerkelijke vrijheid, dan zou volgens deze rechtspraak de juiste kwalificatie die van geldlening zijn.[21] Is die vrijheid er wel, dan gaat het om een kredietopening.[22] Modaliteiten van de overeenkomst die de rechtspraak als relevant aanmerkte, zijn de vrijheid om het krediet al dan niet naar eigen goeddunken op te nemen[23] en te gebruiken voor een doel dat de kredietnemer zelf kiest[24], de aan- of afwezigheid van een rekening-courantverhouding tussen kredietgever en kredietnemer[25], de vraag of het kredietbedrag in één keer wordt overgemaakt aan de kredietnemer[26], een vooraf bepaalde bestemming van de kredieten[27], het bestaan van hoge kosten indien van het krediet geen gebruik wordt gemaakt[28], enz. Deze modaliteiten beperken op feitelijke wijze de vrijheid die de kredietnemer heeft om het krediet op te nemen en naar goeddunken te gebruiken, door enerzijds negatieve gevolgen te verbinden aan het niet opnemen en anderzijds positieve verplichtingen op te leggen aan de opname ervan. Een aanzienlijk deel van de rechtspraak hanteerde één of meer van deze criteria om te oordelen of er sprake was van een daadwerkelijke opnemingsvrijheid in hoofde van de kredietnemer.[29] Andere rechtspraak vertrok dan weer van het al dan niet wederkerige karakter van de kredietovereenkomst om ze te kunnen kwalificeren als een geldlening of een kredietopening.[30] De verschillende wijze waarop het kwalificatievraagstuk werd benaderd en het concept van de reële opnemingsvrijheid werd ingevuld, zorgde in de praktijk voor uiteenlopende en onvoorspelbare rechtspraak.[31]

B. Het arrest van 27 april 2020: exit opnemingsvrijheid, enter opnemingsrecht?

15. In zijn arrest van 27 april 2020 sprak het Hof van Cassatie zich uit over een arrest waarin deze criteria aan bod kwamen.[32] In de bestreden beslissing had het hof van beroep van Brussel de kwestieuze kredietovereenkomst gekwalificeerd als een kredietopening. Bepaalde kenmerken van die overeenkomst, die volgens een deel van de rechtspraak de reële opnemingsvrijheid zouden beperken, verhinderden naar het oordeel van de appelrechters niet dat de kredietnemer het recht en dus de vrijheid had om het kredietbedrag niet volledig op te nemen. De eiseres in cassatie kwam tegen die beoordeling op, omdat de kenmerken van de overeenkomst de reële vrijheid om de fondsen op te nemen wanneer en in de mate waarin zij dat wil, beperken, zelfs indien zij

19. Dit onderscheid houdt geen schending in van het gelijkheidsbeginsel. GwH 7 augustus 2013, nr. 119/2013, www.const-court.be.
20. Zie *infra*, randnr. 28.
21. Zie bv. Antwerpen 26 september 2019, *NJW* 2020, 879.
22. De duale wijze waarop deze rechtspraak het kwalificatievraagstuk soms benadert, wordt bekritiseerd: zo menen Dominique Blommaert en Jens Benoot dat, om uit te maken of art. 1907*bis* oud BW van toepassing is, de vraag niet is of een kredietovereenkomst een kredietopening dan wel een geldlening is, maar wel of de bewuste kredietovereenkomst kenmerken vertoont van een geldlening of niet. Naast de kredietopening zijn er immers nog tal van andere *sui generis* kredietovereenkomsten mogelijk. D. BLOMMAERT en J. BENOOT, "De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: it's all about perspective", *RABG* 2019, (412) 413.
23. Zie bv. Bergen 25 april 2016, *DAOR* 2016, nr. 119, 33; Brussel 13 mei 2016, *DAOR* 2016, nr. 119, 37; Orb. Henegouwen (afd. Doornik) 6 oktober 2016, *DAOR* 2017, afl. 1, (110) 112.
24. Orb. Luik (afdeling Luik) 16 september 2016, *DAOR* 2016, (86) 89.
25. Zie bv. Brussel 25 november 2009, *BFR* 2014, (43) 44; Antwerpen 26 september 2019, *NJW* 2020, 882.
26. Brussel 2 maart 2012, *BFR* 2014, (47) 50-51. *Contra*: Brussel 27 september 2012, *BFR* 2014, (53) 55.
27. Orb. Luik 19 mei 2017, *JLMB* 2017, (1495) 1498.
28. Antwerpen 26 september 2019, *NJW* 2020, 882.
29. A.-P. ANDRE-DUMONT en Th. MALENGREAU, "Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons" (noot onder Cass. 27 april 2020), *BFR* 2020, (183) 187; N. LEYS, "Kwalificatie van de kredietovereenkomst: wijst Cassatie de weg?", *Juristenkrant*, 7 oktober 2020, (4) 5.
30. Zie bv. Orb. Charleroi 11 oktober 2013, *TBH* 2015, 190; Orb. Brussel 28 april 2015, *JLMB* 2016, afl. 11, (496) 499. Een geldlening is een eenzijdige en zakelijke overeenkomst, waar een kredietopening een wederkerige overeenkomst is.
31. C. CLAESSENS en J.-P. BUYLE, "Kwalificatie kredietovereenkomst: nog even over de criteria", *Juristenkrant*, 21 oktober 2020, (10) 10; L. MAES, "Kwalificatie kredietovereenkomst en de toepassing van artikel 1907*bis* BW" (noot onder Cass. 27 april 2020), *NJW* 2020, (692) 693.
32. Cass. 27 april 2020, C.19.0602.N, www.juportal.be.

contractueel wel die vrijheid had. Die feitelijke onvrijheid zou volgens haar de kwalificatie als kredietopening uitsluiten.[33]

16. In zijn arrest definieerde het Hof van Cassatie eerst de geldlening en de kredietopening. Volgens het Hof is een geldlening een overeenkomst waarbij de uitlener aan de lener een bepaald geldbedrag ter beschikking stelt onder de verplichting dit bedrag terug te geven, vermeerderd met interest indien die bedongen werd. Het is een zakelijke overeenkomst die ontstaat door de afgifte van het geldbedrag. Een kredietopening, daarentegen, is volgens het Hof een consensuele en wederkerige overeenkomst waarbij de kredietgever aan de kredietnemer tijdelijk en tot beloop van een bepaald bedrag hetzij geld hetzij kredietwaardigheid ter beschikking stelt. De kredietnemer kan van het krediet gebruik maken door een of meerdere geldopnemingen. De kredietnemer is niet verplicht om van het krediet gebruik te maken.

17. Volgens het Hof oordeelden de appelrechters in de bestreden beslissing naar recht dat de overeenkomst een kredietopening betreft en de omstandigheden dat een vergoeding verschuldigd is wanneer het kredietbedrag niet zou worden opgenomen, de bestemming van de opgenomen gelden diende te worden aangetoond en een wederopname enkel mogelijk was met toestemming van de kredietgever, deze kwalificatie niet uitsluiten en dat de omstandigheid dat een aflossingstabel die voorzag in vaste periodieke aflossingen vanaf de eerste maand van de aflossingsperiode hieraan niet afdoet, aangezien een nieuwe aflossingstabel zou worden opgesteld indien het kredietbedrag niet volledig zou zijn opgenomen. De wijze waarop die laatste overweging is vormgegeven wijst erop dat het Hof die motivering inhoudelijk rechtens verantwoord vindt ("de appelrechters oordelen naar recht").[34] Het cassatieberoep werd aldus verworpen.

C. Interpretatie in de rechtsleer

18. Wat is de betekenis van dit arrest voor de bestaande, omvangrijke rechtspraak die het bestaan van een reële opnamevrijheid vooropstelt om een kredietovereenkomst te kunnen kwalificeren als een kredietopening? In de rechtsleer zijn uiteenlopende interpretaties terug te vinden. Niki Leys schrijft in *De Juristenkrant* dat het Hof van Cassatie met dit arrest de vrije opneembaarheid van het krediet aanvaardt als kwalificatiecriterium, omdat het Hof dit criterium opneemt in zijn definitie van de kredietopening.[35] Hij meent dat dit criterium ook een doorslaggevend criterium is, "omdat het Hof zegt dat de andere criteria de kwalificatie van de kredietovereenkomst als een kredietopening niet uitsluit".[36] Hij concludeert dat het Hof van Cassatie met zijn arrest "de onderscheidingscriteria die de feitenrechters hanteren, grotendeels heeft bevestigd".[37] Ook Laura Maes lijkt in haar annotatie in het *Nieuw Juridisch Weekblad* te redeneren dat het Hof van Cassatie de bestaande kwalificatiecriteria louter bijschaaft door het belang van de opnamevrijheid te benadrukken.[38]

19. Clément Claessens en Jean-Pierre Buyle, in hun antwoord in *De Juristenkrant* op de bijdrage van Leys, zijn het met die interpretatie niet eens: volgens hen is het verkeerd om uit het arrest af te leiden dat het Hof de opnemingsvrijheid als doorslaggevend criterium beschouwt, en lijkt het Hof eerder een opnemingsrecht dan een opnemingsvrijheid als het kenmerkende criterium van de kredietopening te erkennen.[39] Ook André-Pierre André-Dumont en Thomas Malengreau menen dat het opnamerecht, zoals geformuleerd door het Hof van Cassatie ("de kredietnemer is niet verplicht om van het krediet gebruik te maken"), een *in abstracto* invulling moet krijgen: die zinsnede moet volgens hen geïnterpreteerd worden "*davantage en termes de droits et d'obligations que de 'liberté'*".[40]

20. Diezelfde auteurs menen dat het Hof met dit arrest afstand neemt van de rechtspraak die de kwalificatie van kredietopening ontzegt aan kredietovereenkomsten die de theoretische vrijheid feitelijk aan banden legde. De criteria die door een groot deel van de rechtspraak ontwikkeld werden, poogden het vage begrip opnemingsvrijheid te operationaliseren aan de hand van eigenschappen van de kredietovereenkomst. Maar volgens André-Dumont en Malengreau kan geen enkele modaliteit of voorwaarde van het opnamerecht, hoe strikt ook, tot gevolg hebben dat dit recht een verplichting wordt en de vrije uitoefening ervan aan banden wordt gelegd.[41] Het arrest van 27 april 2020 breekt aldus met een belangrijke stroming in de lagere rechtspraak: "*On peine à imaginer rejet plus cinglant de plusieurs années d'une juris-*

33. Het cassatiemiddel kan worden gelezen in de weergave van het arrest in het tijdschrift *Bank- en Financieel Recht* (*BFR*): Cass. 27 april 2020, *BFR* 2020, 178-182.
34. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 203-206.
35. N. LEYS, "Kwalificatie van de kredietovereenkomst: wijst Cassatie de weg?", *Juristenkrant*, 7 oktober 2020, (4) 5.
36. N. LEYS, "Kwalificatie van de kredietovereenkomst: wijst Cassatie de weg?", *Juristenkrant*, 7 oktober 2020, (4) 5.
37. N. LEYS, "Kwalificatie van de kredietovereenkomst: wijst Cassatie de weg?", *Juristenkrant*, 7 oktober 2020, (4) 5.
38. Zo schrijft zij: "In bovenstaande zaak wijst het Hof eveneens op de toets van het kredietcontract aan de concrete omstandigheden en de uitvoering ervan" en "Of dergelijke vrijheid effectief aanwezig is, moet vervolgens blijken uit de concrete omstandigheid." L. MAES, "Kwalificatie kredietovereenkomst en de toepassing van artikel 1907*bis* BW" (noot onder Cass. 27 april 2020), *NJW* 2020, (692) 693.
39. C. CLAESSENS en J.-P. BUYLE, "Kwalificatie kredietovereenkomst: nog even over de criteria", *Juristenkrant*, 21 oktober 2020, (10) 10.
40. A.-P. ANDRE-DUMONT en Th. MALENGREAU, "Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons" (noot onder Cass. 27 april 2020), *BFR* 2020, (183) 186.
41. A.-P. ANDRE-DUMONT en Th. MALENGREAU, "Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons" (noot onder Cass. 27 april 2020), *BFR* 2020, (183) 187.

prudence largement fondée sur l'idée contraire."[42]

21. Christine Biquet-Mathieu meent daarentegen dat de bestaande rechtspraak haar relevantie niet verloren heeft. Volgens haar stelt het Hof in dit arrest twee cumulatieve voorwaarden aan de kredietopening, nl. een beslissingsmarge in hoofde van de kredietnemer om het krediet al dan niet op te nemen en de opname van het krediet in één of meerdere schijven.[43] Zij meent dat een theoretische opnemingsrecht echter niet voldoende is om tot de kwalificatie als kredietopening te kunnen besluiten. Feitelijke omstandigheden kunnen een theoretische opnamevrijheid tegenspreken: "*Il ne faudrait pas cependant que les conditions prévues pour la libération des fonds soient à ce point strictes que le crédité ne dispose en réalité d'aucune marge de manœuvre pour leur réception…. Il nous paraît que cette possibilité d'étaler les prélèvements ne doit pas être purement théorique*."[44] In tegenstelling tot André-Dumont en Malengreau laat de zienswijze van Biquet-Mathieu dus wel nog ruimte voor de bestaande rechtspraak: de criteria daarin ontwikkeld kunnen helpen om te bepalen of er sprake is van een reëel opnemingsrecht.

D. Is het arrest van 27 april 2020 rechtsvormend?

22. Is het arrest van 27 april 2020 normatief van aard? Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten we kijken of de regel vervat in dit arrest reeds in eerdere cassatierechtspraak terug te vinden is. Opvallende elementen in deze beslissing zijn de definitie van de geldlening en de kredietopening en het oordeel van het Hof over de kwalificatiecriteria. Het zijn deze drie elementen die we hier nader onderzoeken.

23. Wat betreft de definitie van de geldlening is de formulering nieuw maar de inhoud niet. De definitie sluit aan bij de klassieke definitie van de verbruiklening, gestoeld op artikel 1892 Oud BW.[45] In het arrest van 27 april 2020 benadrukt het Hof het zakelijke karakter van de geldlening. Ook die eigenschap was reeds (impliciet) in de cassatierechtspraak terug te vinden.[46] Een bepaalde strekking in de rechtsleer[47] en ook het Franse Hof van Cassatie[48] kwalificeert de geldlening evenwel als een consensuele overeenkomst. Het arrest van 27 april 2020 kan dus gezien worden als een duidelijke stellingname van het Hof tegen die zienswijze.

De definitie van de kredietopening lijkt – wat de cassatierechtspraak betreft – wel nieuw te zijn. Zij vertoont gelijkenissen met de definitie vervat in het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013.[49] Het Hof van Cassatie legt in zijn definitie evenwel de nadruk op het synallagmatische karakter van de kredietopening en bekijkt die vanuit het standpunt van de kredietgever: hij stelt tijdelijk en tot beloop van een bepaald bedrag hetzij geld hetzij kredietwaardigheid ter beschikking van de kredietnemer. Het Hof voegt eraan toe dat de kredietnemer van het krediet gebruik kan maken door een of meerdere geldopnemingen, zonder verplicht te zijn van het krediet gebruik te maken.

Dit laatste aspect, het opnemingsrecht van de kredietnemer zonder aan enige verplichting tot opname gebonden te zijn, is reeds in bedekte termen terug te vinden in de cassatierechtspraak. In een arrest van 26 november 2009, over de vraag of een kredietopening een voor beslag vatbare schuldvordering doet ontstaan, oordeelde het Hof dat een kredietopening aan de kredietnemer een persoonlijk recht verleent om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte, zodat hierop geen beslag mogelijk is.[50] Het arrest van 5 april 1996 waarin het Hof zich ten gronde uitsprak in de *Uniop*-affaire bevat een passage over de kredietopening, waarbij het Hof aangeeft dat de kredietverlener binnen de in de kredietopening bepaalde grenzen de kredieten alleen moet toekennen wanneer de begunstigde daarvan daarop een beroep doet.[51]

---

42. A.-P. ANDRE-DUMONT en Th. MALENGREAU, "Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons" (noot onder Cass. 27 april 2020), *BFR* 2020, (183) 187.
43. Ch. BIQUET-MATHIEU, "Prêt versus ouverture de crédit – Confrontation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Liège avec l'enseignement découlant des arrêts de la Cour de cassation des 27 avril 2020 et 18 juin 2020" (noot onder Luik 6 maart 2019), *TBBR* 2020, (515) 515-516.
44. Ch. BIQUET-MATHIEU, "Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d'ouverture de crédit" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *JLMB* 2020, (1543) 1548. In deze annotatie bespreekt Biquet-Mathieu, naast het arrest van 18 juni 2020, ook het arrest van 27 april 2020.
45. Zie bv. H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Brussel, Bruylant, 1975, 115 e.v.
Wat eerdere cassatierechtspraak betreft, zie Cass. 22 april 2013, C.12.0285.F, www.juportal.be; Cass. 28 september 2018, C.17.0573.N, www.juportal.be; Cass. 3 oktober 2019, C.18.0585.N, www.juportal.be. Zie ook het arrest van 20 mei 2010: "Bij ontstentenis van een bijzondere definitie in de belastingwet dient onder geldlening, overeenkomstig het gemeen recht, te worden verstaan het contract waarbij de uitlener geld overmaakt aan de lener teneinde hem in staat te stellen er gebruik van te maken en onder verplichting voor laatstgenoemde om het hem terug te geven op het overeengekomen tijdstip." Cass. 20 mei 2010, F.09.0093.N, www.juportal.be.
46. Zie reeds het arrest van 25 oktober 1973, dat het zakelijke karakter van de geldlening lijkt te bevestigen. Cass. 25 oktober 1973, ECLI:BE:CASS:1973:ARR.19731025.18, *Arr.Cass.* 1974, 230-232. Zie ook het arrest van 3 oktober 2019 en in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal R. MORTIER. Cass. 3 oktober 2019, C.18.0585.N, www.juportal.be.
47. B. DU LAING, *(Geld)lening en krediet(opening). Theoretische grondslagen en praktische gevolgen van de verbruiklening van geld op interest als gemeenrechtelijke onmiddellijke thesauriekredietovereenkomst*, Brugge, die Keure, 2005, 31 *et seq.*; B. DU LAING, "(Geld)lening en krediet(opening)", *RW* 2004-05, 961-971.
48. Cass. (Fr.) 28 maart 2000, nr. 97-21.422, www.legifrance.gouv.fr.
49. GwH 7 augustus 2013, nr. 119/2013, www.const-court.be, overw. B.4.
50. Cass. 26 november 2009, C.09.0063.N, www.juportal.be.
51. Cass. 5 april 1996, A.94.0002.F, www.juportal.be.

24. De criteria die de rechtspraak hanteert om het kwalificatievraagstuk omtrent de kredietopening en de geldlening te beslechten, zijn reeds aan bod gekomen in de cassatierechtspraak zonder dat het Hof zich daarover heeft uitgesproken. Het arrest van 27 april 2020 is op dit vlak dus wel nieuw te noemen. In een arrest van 27 oktober 2011[52] sprak het Hof zich uit over een cassatieberoep gericht tegen een arrest dat een kredietovereenkomst kwalificeerde als een geldlening aan de hand van enkele criteria zoals hierboven besproken. Het eerste cassatiemiddel viseerde onder andere de motivering van de bestreden beslissing, maar niet op het vlak van deze criteria. Het Hof van Cassatie beoordeelde het cassatiemiddel als niet-ontvankelijk omdat de beslissing van de appelrechters dat de kredietovereenkomst een geldlening was en geen kredietopening voldoende gesteund werd door niet-bekritiseerde motieven, nl. hun beoordeling dat er in de kredietovereenkomst geen rekening-courantverhouding bestond. De grieven van de eiser in cassatie hadden dus betrekking op ten overvloede gegeven motieven, waardoor zij niet tot cassatie konden leiden. Dat oordeel van het Hof van Cassatie laat niet toe iets te zeggen over de positie die het Hof inhoudelijk inneemt tegenover het criterium van de rekening-courantverhouding in het kwalificatievraagstuk[53], iets wat in de rechtsleer nochtans werd geprobeerd.[54] Het feit dat het Hof van Cassatie dit arrest niet betekenisvol genoeg achtte om het te publiceren[55], lijkt nochtans genoeg te zeggen.

In een arrest van 14 maart 2019 oordeelde het Hof van Cassatie dat het eerste cassatiemiddel, dat gericht was tegen de kwalificatie van de overeenkomst als een geldlening, niet-ontvankelijk was omdat de grief vreemd is aan artikel 1907*bis* Oud BW waarvan het middel de schending aanvoerde en omdat het middel onduidelijk was.[56] Het middel werd daarom als niet-ontvankelijk afgewezen. Virginie Schoonheyt verraadt een verkeerd begrip van de (beperkte) wijze waarop het Hof zijn opdracht invult, wanneer zij schrijft dat: "*L'arrêt passe à côté de l'argumentation ayant trait à l'un des critères utilisés pour la qualification d'un prêt à intérêt à savoir le caractère unique de la remise des fonds versus l'absence de liberté de prélèvement. Certains diront que c'est un coup manqué, laissant entière la controverse existant quant à la requalification d'un contrat de crédit prélevable par tranches*."[57]

25. Het Hof van Cassatie heeft zich dus nog niet eerder uitgesproken over de rechtens verantwoorde criteria bij de kwalificatie van een kredietovereenkomst als een geldlening. Christine Biquet-Mathieu meende in 2019 dan ook terecht dat: "*Le suspens continue quant à la position de la Cour de cassation sur les critères à retenir pour la qualification de prêt: caractère immédiat de la remise versus absence de liberté de prélèvement*."[58] In zijn arrest van 27 april 2020 sprak het Hof zich daar wel over uit. We kunnen dus besluiten dat dit arrest een normatieve, rechtsvormende waarde heeft. Niet alleen formuleert het Hof duidelijke definities van de geldlening en de kredietopening, het beoordeelt ook de criteria die in de rechtspraak tot verdeeldheid leiden. Door normerend op te treden met het oog op het herstel van de rechtseenheid en rechtszekerheid, heeft het Hof zijn kerntaak vervuld. Het traditionele proces van rechtsvorming als een samenspel tussen feitenrechter en cassatierechter kent zijn beslag in dit arrest en zal leiden tot uniforme rechtspraak, indien de feitenrechters zich scharen achter het oordeel van het hoogste justitiële rechtscollege.[59]

E. Kritische blik op de wijze van rechtsvorming

26. Nu we hebben vastgesteld dat het arrest van 27 april 2020 normatief van aard is, kan de vraag worden gesteld naar de wijze waarop die rechtsvorming geschiedde. Eerst wordt de doelmatigheid geanalyseerd (1.), daarna de doeltreffendheid (2.).

1. Is de rechtsvorming vervat in het arrest van 27 april 2020 doelmatig?

27. Had het Hof in de problematiek van de kwalificatie van de kredietovereenkomst, die rechtspraak en rechtsleer danig beroerde, niet op een eerder moment rechtseenheid en rechtszekerheid kunnen bewerkstelligen? De onduidelijkheid waartoe de rechtspraak in verband met de reële opnemingsvrijheid aanleiding gaf, bestond immers al enkele jaren. Een eerdere beslissing van het Hof was dus wenselijk geweest. Daarvoor was in de klassieke wijze waarop cassatierechtspraak tot stand komt een eerder cassatieberoep voor

52. Cass. 27 oktober 2011, *BFR* 2014, 42.
53. Het Hof van Cassatie beoordeelt immers niet de legaliteit van een niet-bekritiseerd motief. Zie C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 153-157.
54. Zie M.-D. WEINBERGER, "Funding loss … in translation", *BFR* 2014, (3) 22-24; L. MAES, "Kwalificatie kredietovereenkomst en de toepassing van artikel 1907*bis* BW" (noot onder Cass. 27 april 2020), *NJW* 2020, (692) 693; L. MAES, "Gedeeltelijke terugbetaling van de wederbeleggingsvergoeding na rechterlijke herkwalificatie van een kredietovereenkomst" (noot onder Antwerpen 26 september 2019), *NJW* 2020, (883) 884.
55. Het Hof van Cassatie publiceert enkel de beslissingen die het interessant acht. Zie C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 257.
56. Cass. 14 maart 2019, C.16.0487.F, www.juportal.be. De cassatiemiddelen zijn hier, net zoals bij het arrest van 27 april 2020 (zie randnr. 31) niet gepubliceerd op de vrij toegankelijke databank *Juportal*. Abonnementhouders kunnen die middelen wel raadplegen bij de weergave van het arrest in het tijdschrift *Le droit des affaires – Het ondernemingsrecht*: Cass. 14 maart 2019, *DAOR* 2019, 86-90.
57. V. SCHOONHEYT, "Indemnité de remploi: coup manqué de la Cour de cassation?" (noot onder Cass. 14 maart 2019), *DAOR* 2019, (91) 92.
58. Ch. BIQUET-MATHIEU, noot onder Cass. 14 maart 2019, *JLMB* 2019, (827) 827.
59. Zie omtrent dit wordingsproces van stabiele rechtspraak: M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 179-191.

nodig dat de juiste middelen ontwikkelde om een inhoudelijke beoordeling van de legaliteit van de bestreden beslissing toe te laten. Rechtsvorming hoeft evenwel niet af te hangen van toeval: zij kan ook tot stand komen zonder afhankelijk te zijn van het initiatief van de rechtzoekende. De mogelijkheden daartoe worden besproken in Titel IV. van deze bijdrage.

28. Het kwalificatievraagstuk waarin het arrest van 27 april 2020 duidelijkheid probeert te scheppen heeft daarnaast veel van zijn relevantie verloren. De wetgever heeft namelijk eind 2013 de hoogte van de wederbeleggingsvergoedingen bij kredietopeningen op eenzelfde leest geschoeid als bij geldleningen. Artikel 9, § 2 van de kmo-financieringswet[60] bepaalt dat voor ondernemingskredieten met een kredietbedrag van hoogstens 2 miljoen euro de wederbeleggingsvergoeding voor kredieten die niet als een lening op interest kunnen worden gekwalificeerd, maximaal 6 maanden interest bedraagt, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.[61] De beperking is dus dezelfde als deze vervat in artikel 1907*bis* Oud BW. Het was om onder de toepassing van die laatste bepaling te vallen dat kredietnemers de kwalificatie van hun kredietovereenkomst betwistten. Nu een gelijke beperking geldt voor de meeste kredieten afgesloten ná 10 januari 2014, datum waarop de kmo-financieringswet in werking trad, zal de vraag naar herkwalificatie hoogstwaarschijnlijk verstommen.[62] Het cassatiearrest van 27 april 2020 heeft dus in de praktijk enkel nog betekenis voor kredietovereenkomsten afgesloten vóór 10 januari 2014.

2. Is de rechtsvorming vervat in het arrest van 27 april 2020 doeltreffend?

29. Heeft het Hof in zijn arrest van 27 april 2020 een rechtsregel gecreëerd waarvan de betekenis en draagwijdte duidelijk is? Is dat niet het geval, dan dreigt dit arrest een maat voor niets te zijn geweest, want de ene onduidelijkheid, deze over de verschillende kwalificatiecriteria, wordt opgevolgd door een andere, nl. die over de precieze betekenis van het arrest.

30. De rechtsleer interpreteert het cassatiearrest van 27 april 2020 niet op een uniforme wijze. Volgens de een verfijnt dit arrest hoogstens de bestaande lagere rechtspraak, volgens de andere breekt het net met die rechtspraak. Het verschil is gelegen in de vraag of het Hof een opnemingsrecht dan wel een opnemingsvrijheid als kenmerkend criterium van de kredietopening vooropstelt. Het eerste vergt een *in abstracto* benadering, het tweede een *in concreto* aanpak. Had het Hof zijn zienswijze in zijn arrest niet duidelijker kunnen aangeven? Aangezien volgens verschillende auteurs[63] die zienswijze een aanzienlijk deel van de rechtspraak vertegenwoordigt en ook in de rechtsleer stevig ingeburgerd is[64], had enige uitweiding hier niet misstaan. Afgaand op verschenen annotaties lijkt het er voorlopig op dat de bestaande rechtsonzekerheid niet wordt verholpen.

31. De niet-publicatie van het cassatiemiddel draagt ook niet bij tot een goed begrip van het arrest. Een cassatiearrest formuleert een antwoord op de aangevoerde cassatiemiddelen, dus is het voor de lezer van belang om de vraag te kennen waarop het Hof een antwoord geeft.[65] De rechtzoekende blijft hier die vraag schuldig: het cassatiemiddel is niet opgenomen in de weergave van het arrest op *Juportal*, de nieuwe databank van de rechterlijke macht. De jurist met een abonnement op het tijdschrift *Bank en Financieel Recht* kan daarentegen wel kennisnemen van het middel: de weergave van het arrest in dit medium bevat het cassatiemiddel.[66] Een beter begrip van een belangwekkend cassatiearrest zou niet enkel mogen weggelegd zijn voor abonnementhouders op welbepaalde juridische tijdschriften.

32. Ook de formatie waarin het Hof zetelde draagt niet bij tot een correcte inschatting van de betekenis van dit arrest. Het arrest werd geveld door een beperkte kamer met 3 raadsheren. Het Hof van Cassatie zetelt standaard met 5 raadsheren (art. 128 Ger.W.). Sinds de wet van 6 mei 1997[67] kan het Hof ook in een beperkte kamer van 3 raadsheren recht spreken. Deze wijziging had als doelstelling de doorlooptijden te verkorten. Artikel 1105*bis* Ger.W. bepaalt de bevoegdheid van deze beperkte kamer: wanneer de beslissing in verband met het cassatieberoep blijkbaar voor de hand ligt (*la solution du pourvoi paraît s'imposer*, in het Frans) of niet noopt

60. Art. 9 van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (*BS* 31 december 2013).

61. Oorspronkelijk lag de grens op één miljoen euro. Dat bedrag werd verdubbeld door de wet van 21 december 2017 houdende wijziging van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (*BS* 29 december 2017). Voor ondernemingskredieten van meer dan 2 miljoen euro mag de wederbeleggingsvergoeding niet hoger zijn dan het bedrag berekend volgens de berekeningsmodaliteiten vastgelegd in de gedragscode bedoeld in art. 10 van de kmo-financieringwet.

62. De wet heeft een groot toepassingsgebied *ratione personae* en *ratione materiae*. Zie M.-D. WEINBERGER, "Funding loss … in translation", *BFR* 2014, (3) 24.

63. Zie A.-P. ANDRE-DUMONT en Th. MALENGREAU, "Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons" (noot onder Cass. 27 april 2020), *BFR* 2020, (183) 187; N. LEYS, "Kwalificatie van de kredietovereenkomst: wijst Cassatie de weg?", *Juristenkrant*, 7 oktober 2020, (4) 5.

64. Zie bv. C. ALTER en L. VAN MUYLEM, "Artikel 1907*bis* du Code civil et (re)qualification de l'ouverture de crédit" (noot onder Orb. Charleroi 11 oktober 2013), *TBH* 2015, 193-197; M.-D. WEINBERGER, "Funding loss … in translation", *BFR* 2014, (3) 18-24; G. BALLON, "Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming" (noot onder Orb. Luik (afd. Luik) 16 september 2016), *DAOR* 2016, 90-93; D. DE TROIJ, "Kredietopening, lening op interest en wederbeleggingsvergoeding. What's in a name?", *NJW* 2017, nr. 370, 718-724.

65. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 130.

66. Cass. 27 april 2020, *BFR* 2020, 178-182.

67. Wet van 6 mei 1997 strekkende tot de bespoediging van de procedure voor het Hof van Cassatie (*BS* 25 juni 1997).

tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de eenheid van de rechtspraak of van de rechtsontwikkeling, kan de eerste voorzitter of de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het Openbaar Ministerie, de zaak voorleggen aan een beperkte kamer met 3 raadsheren. Opdat de beperkte kamer bevoegd zou zijn moet de uiteindelijke beslissing van het Hof *prima facie* evident zijn ofwel mag de beslissing niet de beantwoording vereisen van rechtsvragen die belang vertonen voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.[68] De beperkte kamer moet met eenparigheid beslissen. Bij gebrek aan eenparigheid wordt de zaak verzonden naar de formatie met 5 raadsheren.

We hebben reeds vastgesteld dat het arrest van 27 april 2020 rechtsvormend van aard is. Aan het tweede criterium lijkt dus niet voldaan te zijn: dit arrest vertoont wel degelijk belang voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Blijft de vraag of de beslissing voor de hand lag. Het wetsvoorstel dat uitmondde in de wet van 6 mei 1997, wenste een beperkte kamer in het leven te roepen om eenvoudige zaken te beslechten[69], zonder te beschrijven wat een eenvoudige zaak is. Een verslag van de werkgroep wijziging cassatieprocedure verschaft meer duidelijkheid[70]: daaruit blijkt dat het gaat om manifest niet-ontvankelijke cassatieberoepen of -middelen of om zaken waarin er reeds talrijke cassatierechtspraak bestaat. Wanneer de cassatiemiddelen ten gronde onderzocht worden en de oplossing niet in een eerder arrest van het Hof kan worden gevonden, ligt de beslissing dus niet klaarblijkelijk voor de hand. Ook aan de tweede voorwaarde lijkt *in casu* daarom niet voldaan te zijn. Het ziet er naar uit dat deze zaak ten onrechte naar de beperkte kamer werd verwezen.[71]

33. Het wekt enige verbazing op dat het Hof van Cassatie een rechtsvormend arrest velt, daarin enkele rechtsbegrippen op pedagogische wijze definieert en lijkt in te gaan tegen een belangrijke strekking in rechtspraak en rechtsleer, maar dit alles doet in een formatie die het belang van de beslissing ontkent.[72] Zij die menen dat dit arrest weinig betekenis heeft voor de bestaande praktijk, vinden daarin een argument voor hun standpunt: hoe kan het Hof een principearrest vellen in een beperkte kamer met 3 raadsheren? De formatie waarin het Hof recht spreekt is immers een (zwakke) indicator voor het belang van het arrest. Zo wijst een arrest gewezen in voltallige zitting, dus door een formatie van 9 raadsheren (art. 128 Ger.W.), erop dat een arrest belang vertoont voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.[73] Het feit dat het arrest uitgaat van de beperkte kamer met 3 raadsheren geeft dus een verkeerd signaal omtrent het belang van deze beslissing.

IV. DE *LEGE FERENDA*: RECHTSVORMING DOOR BELEID

34. Deze bijdrage wil niet alleen de vinger op de wonde leggen maar ook concrete hervormingen voorstellen om de wijze waarop het Hof het recht mee vorm geeft, te verbeteren.[74] Eerst wordt stilgestaan bij hervormingen die de doelmatigheid van de rechtsvorming kunnen versterken (A.), vervolgens bij hervormingen die een impact hebben op de doeltreffendheid (B.).

68. Dit tweede criterium werd toegevoegd door de wet van 10 april 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de procedure voor het Hof van Cassatie en de wrakingsprocedure (*BS* 15 mei 2014).

69. Wetsvoorstel (R. LALLEMAND ET AL.) strekkende om sic de procedure voor het Hof van Cassatie te bespoedigen (*Parl.St.* Senaat, BZ 1995, nr. 1-52/1, 8). De wetgever was er zich van bewust dat de vereiste dat de oplossing van de zaak blijkbaar voor de hand ligt, niet uitsluit dat ook zeer moeilijke zaken naar een beperkte kamer kunnen worden verwezen, aangezien ook bij moeilijke zaken de oplossing voor de hand kan liggen. Het bestaan van een precedent of een klaarblijkelijke niet-ontvankelijkheid zou volgens de wetgever de verzending naar de beperkte kamer ook voor moeilijke zaken kunnen rechtvaardigen. Verslag over het wetsvoorstel strekkende om de procedure voor het Hof van Cassatie te bespoedigen (*Parl.St.* Senaat 1995-96, nr. 1-52/3, 8).

70. De werkgroep wijziging cassatieprocedure schrijft het volgende: "Het betreft dus enkel de voorzieningen waarvan de oplossing evident blijkt te zijn of die niet op een ernstig middel berusten, namelijk: voorzieningen die tardief zijn of op onregelmatige wijze zijn ingesteld; voorzieningen die rusten op middelen die moeten worden verworpen krachtens regels die eigen zijn aan de cassatietechniek: onduidelijke middelen, nieuwe middelen, middelen waarin feit en recht zijn vermengd, middelen die kritiek uitoefenen op redenen die ten overvloede zijn gegeven, enz.; evenzo de voorzieningen die deel uitmaken van een reeks gelijkaardige zaken waarover het Hof reeds uitspraak heeft gedaan of de voorzieningen waarvan de oplossing te vinden is in rechtsregels die door talrijke arresten van het Hof zijn bevestigd en als dusdanig door de voorziening niet worden betwist; voorzieningen die een evident motiveringsgebrek aanklagen of een motiveringsgebrek waarvan duidelijk is dat het niet bestaat, enz." Bijlagen bij het verslag over het voorstel van wet strekkende om de procedure voor het Hof van Cassatie te bespoedigen (*Parl.St.* Senaat 1994-95, nr. 948-2, 3-4).

71. Bij sommige zaken kan het weliswaar moeilijk zijn om het resultaat van een beraad op voorhand correct in te schatten: een beoogde technische oplossing kan achteraf niet mogelijk blijken te zijn. Misschien lag een voorbarige inschatting aan de basis van de verwijzing van deze zaak naar de beperkte kamer. Het feit dat deze zaak, waarin een belangrijke normatieve vraag aan de orde was, naar een beperkte kamer werd verwezen, is echter in zekere zin tekenend voor de werkwijze van het Hof: die is eerder op de cassatiemiddelen dan op de onderliggende rechtsvragen gericht.

72. Het Hof van Cassatie bevestigde enkele maanden later de definities van de geldlening en de kredietopening vervat in zijn arrest van 27 april 2020, dit keer wel in een formatie met 5 raadsheren. Zie Cass. 18 juni 2020, C.19.0140.N, www.juportal.be.

73. R. HAYOIT DE TERMICOURT, "De voltallige zittingen in het Hof van Cassatie", *RW* 1967-68, (65) 68; I. VEROUGSTRAETE, "Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht" in X, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 1077; P. DE TAVERNIER, "Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie" in A.G. CASTERMANS, I.S.J. HOUBEN, K.J.O. JANSEN, P. MEMELINK en J.H. NIEUWENHUIS (eds.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer, Kluwer, 2009, 26. Zie ook J. KIRKPATRICK, "A propos d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation réalisé sans audience plénière" (noot onder Cass. 20 november 2014), *JT* 2015, 407.

74. Voor een uitgebreidere studie van deze en andere hervormingsvoorstellen, zie M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 445-510.

A. Verhoogde doelmatigheid

35. Een doelmatigere rechtsvorming slaagt erin te voorzien in rechtseenheid en rechtszekerheid wanneer daartoe een nood bestaat. Zij speelt kort op de bal wanneer uiteenlopende en onzekere rechtspraak ontstaat door een regel te formuleren die de rechtsvrede kan herstellen. De vraag of een rechtsvraag voor het Hof van Cassatie gebracht wordt en het Hof dus zijn unificerende taak kan volbrengen, hangt vandaag te veel af van louter toeval: heeft een procespartij de energie om verder te procederen en is ze bereid het kostenrisico op zich te nemen? Zo ja, formuleert die partij de juiste cassatiemiddelen opdat het Hof zich kan uitspreken over de kern van de zaak? Zelfs indien deze vragen een positief antwoord kennen, kan de tussenkomst van de cassatierechter te laat komen om doelmatig te zijn. Het cassatieberoep staat immers slechts open tegen een in laatste aanleg gewezen beslissing en het doorlopen van twee procedures kan aardig wat tijd in beslag nemen.

36. Op verschillende manieren kan de huidige rechtsvorming door toeval rechtsvorming via beleid worden. De mogelijkheden om aan de beperkingen van het particuliere cassatieberoep te ontsnappen bestaan zelfs al in zekere zin. Hier worden er drie besproken: de cassatie in het belang van de wet (1.), de prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Cassatie (2.) en het opnemen van *obiter dicta* in de motivering van een cassatiearrest (3.). Daarnaast wordt ook stilgestaan bij de vraag hoe deze manieren van rechtsvorming zich verhouden tot de noodzakelijke rijping van een rechtsvraag (4.).

1. Cassatie in het belang van de wet

37. Een eerste manier om rechtsvorming doelmatiger te maken is de cassatie in het belang van de wet (art. 1089 Ger.W. en 442 Sv.). De procureur-generaal bij het Hof van Cassatie heeft de bevoegdheid om ambtshalve op te treden tegen beslissingen die strijdig zijn met de wet. Hij kan dit rechtsmiddel slechts aanwenden tegen in laatste aanleg gewezen beslissingen waartegen geen enkele partij in voorziening is gekomen binnen de wettelijke termijn (art. 1089 Ger.W.).[75] Een vernietiging heeft geen gevolgen voor de partijen (art. 1090 Ger.W.). De procureur-generaal formuleert een cassatiemiddel dat uitdrukkelijk gericht is op de problematiek die de rechtsorde verstoort. Een cassatie in het belang van de wet heeft dus een pedagogisch oogmerk: zij biedt het Hof van Cassatie de kans om zijn positie ten opzichte van een bepaalde rechtsvraag kenbaar te maken en zo snel een einde te maken aan rechtspraak die de rechtsvrede bedreigt. In de praktijk is die procedure evenwel een zeldzaamheid om praktische en strategische redenen: de voorwaarden zijn te streng en het parket bij het Hof beschikt over te weinig middelen om hierop in te zetten.[76]

38. Deze procedure heeft nood aan een renaissance. De bestaande voorwaarden maken dit instrument om doortastend en proceseconomisch recht te vormen vleugellam.[77] Opdat indien nodig snel kan worden ingegrepen, moet dit rechtsmiddel ook openstaan tegen in eerste aanleg gewezen beslissingen. De procureur-generaal zou daarnaast zelf het initiatief moeten kunnen nemen tot betekening van de beslissing, opdat zijn cassatieberoep zou kunnen voldoen aan de voorwaarde dat de beslissing kracht van gewijsde heeft verworven.[78] Om het Hof voldoende te kunnen voorlichten, lijkt het noodzakelijk dat de partijen of *amici curiae* zouden kunnen tussenkomen. Tot slot moeten wellicht bijkomende middelen worden vrijgemaakt voor het parket bij het Hof om in deze procedure te kunnen investeren. In navolging van Nederland[79] kan een commissie worden opgericht die verzoeken tot een cassatie in het belang van de wet analyseert en de procureur-generaal voorlicht over zaken waarin dit rechtsmiddel nuttig kan worden aangewend.

39. De cassatie in het belang van de wet laat de cassatierechter toe om snel en precies in te grijpen wanneer de nood daartoe bestaat. Mits een noodzakelijke modernisering en een wil om ervan gebruik te maken, kan dit rechtsmiddel zijn unieke rechtsvormende rol ten volle waarmaken. Een actueel Nederlands voorbeeld kan volstaan om het nut ervan te bewijzen. Omwille van een COVID-gerelateerde quarantaine kon een raadsheer van een meervoudige strafkamer van het Gerechtshof van Den Haag zich niet naar het gerechtsgebouw begeven. Hij woonde de zitting daarom bij via de applicatie *Skype for Business*. De procureur-generaal bij de Hoge Raad stelde een vordering tot cassatie in het belang der wet in tegen de uitspraak van deze kamer, opdat de Hoge Raad zich ten behoeve van de rechtspraktijk zou kunnen uitspreken over de toelaatbaarheid van deze werkwijze.[80] Door het proactief optreden van de procureur-generaal, kon de

75. Cassatie in het belang van de wet staat ook open wanneer partijen in de uitspraak berusten, indien de uitspraak daarvoor vatbaar is. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *Les pourvois dans l'intérêt de la loi et les dénonciations sur ordre du ministre de la Justice*, Brussel, Bruylant, 1964, 11, nr. 6.

76. Zie M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 393-395.

77. P. DAUW, "Wondertools voor de wetgever", *NJW* 2015, (718) 740.

78. De procureur-generaal bij het Franse Hof van Cassatie heeft die bevoegdheid, zie art. 639-1 C. proc. civ.

79. In Nederland werd in 2009 een commissie opgericht, bestaande uit een hoogleraar, een raadsheer uit een gerechtshof en een advocaat. Eenieder die in een bepaalde zaak een cassatieberoep in het belang van de wet nuttig acht kan de beslissing ter kennis brengen van de commissie. Zij onderzoekt vervolgens de zaak en, indien aan een aantal criteria voldaan is, adviseert zij nadien de procureur-generaal om al dan niet dit rechtsmiddel aan te wenden. De procureur-generaal behoudt hierin steeds het laatste woord. Zie M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 392-393.

80. HR (NL) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2037, www.rechtspraak.nl.

Hoge Raad aldus 2 maanden na de bestreden uitspraak duidelijkheid en zekerheid brengen voor de rechtspraktijk.

2. Prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Cassatie

40. Een tweede mogelijkheid is de prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Cassatie. Die mogelijkheid bestaat sinds 2006 in mededingingszaken[81] maar wordt amper benut: er werden sindsdien slechts 5 prejudiciële vragen gesteld aan het Hof.[82] Dit belet niet dat deze procedure een nuttige rol zou kunnen spelen ter bevordering van de rechtseenheid en -zekerheid. Zij verdient daarom uitbreiding.[83] Mits tegemoetkomingen aan terechte bezorgdheden omtrent o.a. kost en duurtijd van zo'n procedure, kan de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling een efficiënt middel zijn om rechtseenheid en -zekerheid te bevorderen wanneer nieuwe rechtsvragen de kop opsteken. Een tijdige en goed gemikte vraag van een feitenrechter kan beletten dat tegenstrijdige rechtspraak ontstaat. Het Belgische Hof van Cassatie kan de mosterd halen bij de Nederlandse Hoge Raad en Franse *Cour de cassation*, waar de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling al sinds enkele jaren tot algemene voldoening bestaat.[84]

41. Zowel de cassatie in het belang van de wet als de prejudiciële vraagstelling laten juridische actoren toe om gericht een rechtsvraag voor te leggen aan het Hof van Cassatie. Hun initiatief is gericht op het algemene belang. De toevalsfactor inherent aan de afhankelijkheid van een door procespartijen ingestelde cassatieberoep wordt op die manier geneutraliseerd. Bovendien zouden ze het Hof van Cassatie toelaten om korter op de bal te spelen. Ze maken met andere woorden een doelmatigere rechtsvorming mogelijk. In de saga rond de kwalificatie van de kredietovereenkomst had wellicht heel wat onzekerheid kunnen vermeden worden indien het Hof van Cassatie zich eerder had kunnen uitspreken over de draagwijdte van de kredietopening. Een cassatieberoep in het belang van de wet tegen een beslissing van een feitenrechter, of een gerichte vraag van die laatste aan het Hof van Cassatie zou dus heilzaam zijn geweest.

3. Obiter dicta

42. De zo-even beschreven procedures vullen de traditionele manier waarop het Hof recht vormt aan maar stellen het bestaande paradigma niet in vraag. Waarom beperkt het Hof zich tot een antwoord op de cassatiemiddelen die de eiser in cassatie formuleert, met alle gevolgen van dien wanneer zij niet toelaten om de kern van de rechtsvraag te beslechten? De geldende opvatting luidt dat het Hof van Cassatie geen academische instelling is[85] en geen juridisch advies verstrekt.[86] De filosofie van de *petits pas* houdt in dat het Hof zijn oordeel beperkt tot de voorliggende zaak en niet vooruitloopt op mogelijke toekomstige rechtsvragen, om zo stapsgewijs een doctrine te kunnen uitbouwen. De hoge werklast laat over het algemeen ook weinig ruimte voor uitvoerige uitweidingen. Zou de cassatierechter echter niet moeten durven om ten overvloede te motiveren wanneer hij zo kan tegemoetkomen aan een schadelijke onzekerheid in de praktijk? Als het Hof op die manier sneller duidelijkheid verschaft, kan het wellicht vermijden zich later te moeten uitspreken over cassatieberoepen over het onderwerp en versterkt het de rechtszekerheid. Via een *obiter dicta* in de arresten van 27 oktober 2011 en 14 maart 2019[87] had het Hof, ondanks de niet-ontvankelijkheid van de cassatiemiddelen, zich toch ten behoeve van de rechtspraktijk kunnen uitspreken over de kwalificatie van een kredietovereenkomst als geldlening dan wel kredietopening.

De afhankelijkheid van de geformuleerde middelen is een zelfopgelegde beperking. Dat het ook anders kan, toont het voorbeeld van de Nederlandse Hoge Raad: hij beoordeelt bestreden beslissingen enkel binnen de grenzen van de cassatiemiddelen, maar schrikt er niet voor terug om buiten die grenzen te motiveren wanneer hij in de praktijk daartoe een nood ontwaart. Zo'n *obiter dicta* zijn soms langer dan de eigenlijke beslissing[88] en komen ook voor wanneer de mid-

81. Art. IV.86 *et seq.* WER. Zie voor een studie: I. VEROUGSTRAETE, "Prejudiciële vragen voor het Hof van Cassatie en het Benelux Gerechtshof" in P. TAELMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, 35-85.

82. Het gaat om volgende arresten: Cass. 22 januari 2008, H.07.0001.F; Cass. 21 oktober 2011, H.11.0001.F; Cass. 24 november 2011, H.11.0002.N; Cass. 20 december 2013, H.13.0001.F en Cass. 20 november 2014, H.14.0001.F.

83. In de eerste plaats kan deze procedure worden opengesteld in het civiele contentieux. In het penale contentieux lijkt de nood daartoe immers minder prangend, nu het zaakaanbod in deze materie aanzienlijk groter is dan in het civiele contentieux. Wanneer voldoende ervaring is opgedaan met deze procedure in het civiele contentieux, staat evenwel niets een uitbreiding tot het penale contentieux in de weg.

84. Ook enkele Belgische cassatiemagistraten spraken zich reeds (voorzichtig) uit ten voordele van deze procedure. Zie P. TAELMAN en B. DECONINCK, "Rechtsmiddelen moeten efficiënter!", *TPR* 2012, (617) 644-645; G. JOCQUE, "Prejudiciële vragen aan het Hof van Cassatie" in J. DE CODT, B. DECONINCK, D. THIJS en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *50 jaar Gerechtelijk Wetboek, wat nu? Hommage Ernest Krings & Marcel Storme*, Brussel, Larcier, 2018, 593-594.

85. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 20. De Nederlandse Hoge Raad lijkt zo'n rol soms wel op zich te nemen, wanneer hij in abstracte bewoordingen zij het steeds dienend voor de oplossing van de rechtsvraag de toepasselijke regels uiteenzet met veelvuldige verwijzing naar en bespreking van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Zie bv. HR (NL) 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, www.rechtspraak.nl; HR (NL) 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, www.rechtspraak.nl.

86. F. VAN VOLSEM, "Beoordeling van het cassatieberoep in strafzaken" in W. VAN EECKHOUTTE en J. GHYSELS (eds.), *Cassatie in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (141) 146.

87. Zie *supra*, randnr. 24.

88. Zie bv. HR (NL), 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1221, www.rechtspraak.nl, r.o. 5.1. *et seq.*; HR (NL) 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2222, www.rechtspraak.nl, r.o. 3.7. *et seq.*

delen niet tot cassatie kunnen leiden[89] of zelfs wanneer de Hoge Raad het cassatieberoep als niet-ontvankelijk beoordeelt.[90] De Nederlandse cassatierechter grijpt dus de kans aan die een cassatieberoep hem biedt om zich ten behoeve van de rechtspraktijk uit te spreken over een heikele rechtsvraag, ook wanneer de partijen die vraag niet (ontvankelijk) aan de Hoge Raad hadden voorgelegd.

4. Wanneer?

43. Hoger werd gewezen op de noodzakelijke rijping in de rechtspraak en rechtsleer van rechtsvragen als voorwaarde voor stabiele cassatierechtspraak.[91] Een door partijen ingesteld cassatieberoep veronderstelt dat enige tijd verstreken is tussen het moment waarop de rechtsvraag wordt opgeworpen in de praktijk en het moment waarop de cassatierechter zich erover uitspreekt, een periode waarin rechtspraak en rechtsleer de verschillende facetten van die rechtsvraag kunnen verkennen.

De cassatie in het belang van de wet en de prejudiciële vraagstelling doorkruisen die rijping omdat ze de rechtsvraag in een vroeger stadium opdringen aan de cassatierechter. Om die reden moeten zij een relatieve zeldzaamheid blijven. Zij vormen een correctie op de nadelen verbonden aan de afhankelijkheid van het door de rechtzoekende ingestelde cassatieberoep, die nog steeds de voornaamste weg moet zijn waarlangs het Hof kennisneemt van rechtsvragen. Wanneer verwacht kan worden dat partijen zich niet (tijdig) tot de cassatierechter zullen wenden[92], een rechtsvraag reeds voldoende gerijpt lijkt maar niet aan het Hof wordt voorgelegd[93], rijping niet noodzakelijk lijkt[94] of een laattijdig oordeel van het Hof de rechtsorde te veel zou schaden[95], lijkt een beroep op deze bijzondere procedures gerechtvaardigd. Gerijpte rechtsvorming moet dan wijken voor snelle rechtsvorming. De prejudiciële vraagstelling, de cassatie in het belang van de wet en het ten overvloede motiveren laten respectievelijk de feitenrechter, procureur-generaal bij het Hof en de cassatieraadsheren zelf toe om rechtsvorming uit te lokken dan wel erin te voorzien. Zij vormen zo een zelden vereiste maar daarom niet minder noodzakelijke correctie op de nadelen verbonden aan de afhankelijkheid van het door de rechtzoekende ingestelde cassatieberoep, wat het arrest van 27 april 2020 en zijn context in zekere zin illustreren.

B. Doeltreffendheid

44. Rechtsvorming is doeltreffend wanneer zij leidt tot rechtsregels waarvan de draagwijdte en de betekenis duidelijk zijn. De motivering van een cassatiearrest is hierbij essentieel. De motiveringsstijl van het Hof van Cassatie heeft drie kenmerken: hij is beknopt, heteronoom en gegoten in de mal van een syllogisme. Een beknopte of apodictische motivering houdt in dat de cassatierechter poneert en niet redeneert: hij legt niet uit hoe hij tot een bepaald standpunt gekomen is.[96] Een heteronome motivering is een motivering die enkel steunt op de wet (aangevuld met de parlementaire voorbereiding) en de algemene rechtsbeginselen om een beslissing te schragen. Een motivering is daarentegen autonoom wanneer zij (ook) steunt op eigen rechtspraak.[97] Een syllogistische redenering is een redenering volgens een strikt schema: de majorpremisse omvat de toepasselijke wetsbepaling en de interpretatie ervan door de cassatierechter, de minorpremisse bestaat uit de toepassing en interpretatie van die wetsbepaling in de bestreden beslissing, de conclusie beantwoordt de vraag of major en minor met elkaar verenigbaar zijn, en leidt tot de verbreking van de bestreden beslissing of de verwerping van het cassatieberoep.

45. De beknopte motivering van een cassatiearrest staat een goed begrip van de erin vervatte regels soms in de weg.[98] De

89. In zijn beschikking van 22 juni 2001 besloot de Hoge Raad in te gaan op de rechtsvraag die aan het cassatieberoep ten grondslag lag, omwille van de onzekerheid die daaromtrent heerste in rechtspraak en literatuur, nadat hij het cassatieberoep eerst als ongegrond had beoordeeld. HR (NL) 22 juni 2001, ECLI:NL:HR:AB2242, www.rechtspraak.nl, r.o. 3.2.1. *et seq.* Zie in dezelfde zin HR (NL) 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2837, www.rechtspraak.nl, r.o. 3.3.-3.4.

90. Zie bv. HR (NL) 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD4375, www.rechtspraak.nl, r.o. 4.1. *et seq.* In een arrest van 10 september 2010 maakte de Hoge Raad abstractie van de ontvankelijkheidsvraag om zodoende, uit proceseconomische overwegingen en met het oog op mogelijke toekomstige procedures met hetzelfde voorwerp, zich te kunnen uitspreken over de gegrondheid van het cassatiemiddel. HR (NL) 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0387, www.rechtspraak.nl, r.o. 4.

91. Zie *supra*, randnr. 6.

92. Bv. in zaken met een zeer gering financieel belang. Niet voor niets werd in Nederland een ruimer beroep op de cassatie in het belang van de wet verdedigd omdat "[a]ldus […] de werkzaamheid van den cassatierechter ook ten goede [kan] komen aan de belangen van den kleinen man". D. VEEGENS, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 88.

93. Bv. het kwalificatievraagstuk dat aan bod komt in het arrest van 27 april 2020.

94. In deze categorie vallen bv. procesrechtelijke vragen waarbij de afwezigheid van een uniforme oplossing de goede rechtsbedeling dreigt te verstoren. Denk bv. aan de vraag die aan bod kwam in het arrest van de Nederlandse Hoge Raad vermeld in randnr. 39.

95. Een typevoorbeeld zijn bv. vragen omtrent overgangsrecht: hier is een tijdig antwoord van groot belang.

96. Die stijl wordt daarom ook wel als laconiek omschreven. Zie bv. F. OST, "Droit propre, motivation laconique et interprétation restrictive" (noot onder Cass. 2 december 1992), *JT* 1993, (401) 401.

97. Zie omtrent autonome en heteronome rechtsvinding en motivering G. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980.

98. Het arrest zelf is echter niet de enige manier waarop de motivering van het Hof naar buiten komt. De conclusie van de advocaat-generaal, indien gepubliceerd, biedt een inkijk in de redenen die de beslissing schragen, omdat de advocaat-generaal bij het schrijven van zijn conclusie kennis heeft van het voorontwerp van arrest dat de raadsheer-verslaggever opstelde. Die werkwijze doorstaat de toets van het EHRM (zie EHRM 18 mei 2021, nr. 26402/17, *Manzano-Diaz / België*).

toevoeging van enkele zinnen zou dikwijls kunnen leiden tot een beter begrip van de beslissing, zoals ook in het arrest van 27 april 2020 het geval zou zijn geweest: een verduidelijking van de wijze waarop het begrip "opnemingsrecht" moet worden ingevuld – *in concreto* dan wel *in abstracto* – zou de discussie in de rechtsleer hebben verstomd in de knop. Een minder apodictische en meer discursieve redeneertrant lijkt dus aangewezen om de kans op een verkeerde interpretatie te verkleinen, maar ook om het persuasief karakter van de arresten te verhogen. Christian Mouly verwoordde dit treffend: "*La règle nue est éphémère… seul le raisonnement est durable. Si la Cour de cassation veut écrire dans le marbre plus que dans le sable, la motivation s'impose*."[99] Een meer open motiveringsstijl is reeds merkbaar in beslissingen waarin het Hof omgaat: daar geeft het Hof sinds kort soms aan dat het terugkomt van zijn eerdere rechtspraak.[100]

46. Naast de beknoptheid is ook het heteronome karakter een wezenskenmerk van een cassatiearrest. Die heteronome motivering is een zinsbegoocheling, omdat in de praktijk de uitkomst van een cassatieberoep beheerst wordt door precedenten, voor zover deze voorhanden zijn en geen aanpassing vergen. Dat is op zich een evidentie: wil het Hof de rechtseenheid en -zekerheid bewaken, dan moet het ook in eigen schoot de consistentie in zijn arresten bewaren.[101] De rechtsvinding is dus autonoom, in de zin dat het Hof steunt op eerdere rechtspraak, maar de veruitwendiging ervan – de motivering – is heteronoom: het Hof verwijst niet naar zijn eerdere beslissingen.[102]

Een autonome motivering zou nochtans tot een beter begrip van de cassatiearresten kunnen leiden. Op die manier kan het Hof duidelijk maken dat een nieuwe beslissing een bevestiging is van of voortbouwt op een eerder arrest, of de regel vervat in eerdere rechtspraak nuanceert, uitbreidt of wijzigt. De huidige praktijk waarin het Hof niet verwijst naar precedenten, betekent dat de niet-gespecialiseerde jurist die een bepaald leerstuk van de cassatierechtspraak wil kennen een complexe puzzel moet bijeenleggen, zonder te weten hoeveel stukken de puzzel telt of hoe de verschillende stukken in elkaar passen. Het verwijzen naar eerdere arresten zou de lezer daarentegen toelaten een nieuw arrest in de context van zijn precedenten te situeren, wat het begrip ervan in de hand werkt en de richting van de cassatierechtspraak duidelijk maakt. Zo'n autonome motivering zou een radicale breuk betekenen met de traditionele motiveringsstijl[103] maar zou slechts bijzonder weinig inspanningen vergen van het Hof[104]: (voor)ontwerpen van arresten bevatten vaak verwijzingen naar rechtspraak, die bij de redactie van het eindproduct – het arrest zelf – verdwijnen. Het is met andere woorden een relatief eenvoudige wijze om de begrijpelijkheid van cassatiearresten sterk te verhogen. Ook hier kan het Hof van Cassatie de motiveringsstijl van de Nederlandse Hoge Raad en recent ook de Franse *Cour de cassation* als voorbeeld nemen.[105]

47. Het is evenwel niet eerlijk om alle verantwoordelijkheid voor een goed begrip van de cassatierechtspraak bij het Hof van Cassatie te leggen: er zijn ook slechte verstaanders. Annotaties die de cassatierechtspraak verkeerd interpreteren zijn nefast voor de rechtseenheid. De fijne cassatietechniek wordt amper onderwezen en is de meeste juristen onbekend, ondanks het bestaan van verschillende uitstekende werken hierover.[106] Raadsheren uiten soms terecht kritiek op annotatoren.[107] Ook in deze bijdrage werd gewezen op rechtsleer die veel meer leest in een cassatiearrest dan erin staat.[108] Dit leidt tot wederzijdse frustratie: de jurist vindt de cassatierechtspraak onleesbaar of onvol-

99. C. MOULY, "Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles?", *LPA* 1994, afl. 33, nr. 16.

100. Zie Cass. 12 juni 2015, F.13.0163.N, www.juportal.be; Cass. 3 april 2017, C.15.0508.N, www.juportal.be; Cass. 7 september 2020, C.17.0576.N, www.juportal.be. Dat laatste arrest is uitzonderlijk, omdat het Hof daarin ook verwijst naar de beslissing die het verlaten standpunt veruitwendigde en de teneur van die beslissing beknopt weergeeft.

101. Zie voor een studie van de omkeringen van het Hof van Cassatie: M. VAN DER HAEGEN, "Omgaan met omgaan. Een kwalitatief empirisch onderzoek naar de omkeringen in de cassatierechtspraak", *TPR* 2019, 197-302.

102. Er zijn evenwel uitzonderingen. Zie bv. Cass. 24 juli 2007, P.07.0959.N, *Arr.Cass.* 2007, 1516; Cass. 15 oktober 2009, C.09.0019.N, *Arr.Cass.* 2009, 2322 en Cass. 10 mei 2019, C.17.0397.N, www.juportal.be.

103. Dat geldt des te meer omdat het consequent verwijzen naar eerdere rechtspraak zou betekenen dat het Hof de normatieve kracht van zijn uitspraken (openlijk) erkent. Het is dan nog slechts een kleine maar bovenal logische stap naar een modulering van de werking van zijn arresten in de tijd.

104. Aan dergelijke hervorming zou een bezinning moeten voorafgaan omtrent de wijze waarop het Hof naar zijn eerdere rechtspraak moet verwijzen, niet in het minst om enkele praktische vragen te beantwoorden, zoals naar welk arrest het Hof dient te verwijzen: het recentste, het oudste, slechts enkele of allemaal?

105. M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 315-382.

106. Enkele recente voorbeelden zijn: R. DECLERCQ, *Pourvoi en cassation en matière répressive*, Brussel, Bruylant, 2015; W. VAN EECKHOUTTE en J. GHYSELS (eds.), *Cassatie in strafzaken*, Antwerpen, Intersentia, 2014; B. MAES, P. WOUTERS en E. DE CODT (eds.), *Procederen voor het Hof van Cassatie*, Antwerpen, Knops Publishing, 2016; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018; F. BAUDONCQ, *Voorziening in cassatie*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018. Een ouder werk is R. SOETAERT, "Is een cassatiearrest leesbaar?", *RW* 1978-79, 2609-2624.

107. Zie bv. A. DE VREESE, "De taak van het Hof van Cassatie", *TPR* 1967, (567) 586-587; R. SOETAERT, "Is een cassatiearrest leesbaar?", *RW* 1978-79, (2609) 2609; L. HUYBRECHTS, "A commentary on Lasser's analysis from the Belgian Court of Cassation's perspective" in N. HULS, J. BOMHOFF en M. ADAMS (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Den Haag, Asser, 2009, 192; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Brussel, Larcier, 2018, 218. Zie ook Concl. Adv. Gen. Th. WERQUIN onder het arrest van 25 juni 2009, waarin hij verschillende auteurs op de korrel neemt die volgens hem verkeerdelijk een omkering in de cassatierechtspraak vaststelden. Cass. 25 juni 2009, C.07.0595.F, www.juportal.be, Concl. Th. WERQUIN, r.o. 1.2.b.

108. Zie *supra*, randnr. 24.

doende begrijpelijk[109], de cassatieraadsheer meent dat men de arresten verkeerd leest en de cassatietechniek onvoldoende meester is. Beide verzuchtingen zijn dikwijls gegrond, maar de meest legitieme lijkt toch de eerste te zijn.[110]

V. CONCLUSIE

48. Wat kan het arrest van 27 april 2020 ons leren over de rechtsvorming door het Hof van Cassatie? Het Hof velde een arrest in een materie waarin verdeeldheid en rechtsonzekerheid bestonden, maar zijn arrest lijkt er niet in te slagen duidelijkheid te brengen gezien de uiteenlopende interpretaties in de rechtsleer. Bovendien lijkt dit arrest ook wat te laat te komen om rechtszekerheid te kunnen vestigen: sinds de kmo-financieringswet verliest de vraag naar de kwalificatie van de kredietovereenkomst aan belang, en het zal niet lang duren eer de vraag verstomt. Kredietverstrekkers die de in kredietopeningsovereenkomsten vastgelegde wederbeleggingsvergoedingen zagen verdampen tot de grenzen vastgelegd in artikel 1907*bis* Oud BW, kijken wellicht met gemengde gevoelens naar deze rechtspraak.

Kan dit niet beter? Deze bijdrage formuleerde enkele voorstellen om de rechtsvorming van de cassatierechter doeltreffender en doelmatiger te maken. Centraal staan de mogelijkheden om te ontsnappen aan de beperkingen van het cassatieberoep ingesteld door de rechtzoekende en een meer autonome en minder apodictische motivering van de arresten. Het formuleren van deze voorstellen houdt geen verwijt in richting het Hof van Cassatie: geconfronteerd met beperkte middelen en een hoge werklast slaagt het Hof veel vaker wel dan niet in zijn opzet een bron van stabiele en unificerende rechtspraak te zijn in een complexe, meerlagige rechtsorde. Gelet op die moeilijke context zijn de voorgestelde hervormingen zeker geen mirakeloplossingen. Zij moeten deel uitmaken van een globale bezinning omtrent de rol en werkwijze van het Hof en zijn parket.[111] De overkoepelende doelstelling moet hierbij de versterking van de rechtsvormende rol van de cassatierechter zijn[112], zonder evenwel te vervallen in een *gouvernement des juges*.[113] De cruciale vraag hierbij is of rechtsvorming moet voortvloeien uit beleid, dan wel het gevolg moet zijn van toevalsfactoren.[114] Gezien het belang van rechtszekerheid en rechtseenheid voor een stabiel rechtsverkeer en als fundamenten van de rechtsstaat, lijkt het antwoord voor de hand te liggen.

109. Zo schreef Ludo Cornelis in een annotatie: "*La lecture de l'arrêt du 30 janvier 2015 n'a rien d'évident ou de rassurant. Heureux les lecteurs qui, sur cette seule base, sont en mesure d'en déterminer le sens et la portée. L'auteur de ces lignes n'en fait pas partie*." L. CORNELIS, "Mal aimé, mal armé: l'ordre public en droit privé" (noot onder Cass. 30 januari 2015), *RCJB* 2017, (190) 190-191. Zie ook F. OST, "Droit propre, motivation laconique et interprétation restrictive" (noot onder Cass. 2 december 1992), *JT* 1993, (401) 401.

110. Zie ook R. LIBCHABER, "Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine", *RTD Civ.* 2000, (679) II.

111. Zie voor enkele voorstellen tot hervorming: M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 488-495.

112. *Cf.* de bezinning die in 2008 in Nederland plaatsvond onder leiding van de Commissie Normstellende Rol Hoge Raad. Deze commissie, beter bekend onder de naam van zijn voorzitter Alfred Hammerstein, publiceerde een verslag getiteld "Versterking van de cassatierechtspraak" dat in 2012 uitmondde in de wet van 15 maart 2012 tot wijziging van de advocatenwet, de wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak, *Stb.* 2012, 116 en de wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad, *Stb*. 2012, 65.

113. Over de relatie tussen wetgever en cassatierechter, zie o.a. M. VAN DER HAEGEN, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgische rechtsbestel: doelmatige en doeltreffende rechtsvorming door de cassatierechter*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 79-112.

114. *Cf.* J. VRANKEN, "Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters", *NJB* 2000, 1-5.