

Rechtspraak

Grondwettelijk Hof

17 maart 2022



Voorzitter: de h. Lavrysen

Rapporteurs: mevr. Leysen en de h. Detienne

Advocaten: mrs. Judo, Vanpraet, Van den Berghe, Vlaeminck, Verbeke, Vanderstraeten, Ronse en Quintens

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Kansspelen – Kansspelen via het internet – Verbod van betaling met kredietkaart – Vrijheid van ondernemen – 2. Kansspelen – Kansspelen via het internet – Verbod van betaling met kredietkaart – Vrijheid van ondernemen

1. en 2. *De vrijheid van ondernemen kan niet als een absolute vrijheid worden opgevat. Zij belet niet dat de bevoegde wetgever de economische bedrijvigheid van personen en ondernemingen regelt. De wetgever zou pas onredelijk optreden indien hij de vrijheid van ondernemen zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel.*

De wetgever kon redelijkerwijze van oordeel zijn dat de bescherming van de spelers en van de maatschappelijke orde vereist dat het gebruik van kredietkaarten wordt verboden voor alle kansspelen via het internet, ongeacht het type kansspel. De houders van een vergunning kunnen kansspelen via het internet blijven aanbieden, waarbij de spelers gebruik kunnen maken van debetkaarten, die hun toelaten bedragen uit te geven die, al benaderen zij niet de bedragen die kunnen worden uitgegeven met een kredietkaart, toch aanzienlijk zijn.

Arrest nr. 043/2022

Volledige weergave: zie www.rw.be



Hof van Cassatie

1e Kamer – 5 mei 2022



Voorzitter: de h. Mestdagh

Rapporteur: de h. Mosselmans

Openbaar ministerie: mevr. Deconynck

Advocaat: mr. Vanlerberghe

Internationaal privaatrecht – EEX-Verordening – Exequatur – Erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissing – Onverenigbaarheid van de buitenlandse rech-

terlijke beslissing met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gewezen rechterlijke beslissing

De EEX-Verordening bepaalt op limitatieve wijze de gronden waarop de tenuitvoerlegging van een buitenlandse beslissing kan worden geweigerd.

Zo bepaalt artikel 34.3 EEX-Verordening dat een beslissing niet wordt erkend indien de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gewezen beslissing.

Deze bepaling moet strikt worden geïnterpreteerd. De bedoelde weigeringsgrond kan enkel worden toegepast op beslissingen waarvan de rechtsgevolgen, indien zij gelijktijdig intreden in dezelfde lidstaat, de maatschappelijke orde in de aangezochte lidstaat zouden verstoren. In die zin moet worden nagegaan in welke mate de respectieve beslissingen rechtsgevolgen ten aanzien van dezelfde partijen meebrengen die elkaar uitsluiten.

Wanneer de partijen in de respectieve procedures slechts ten dele dezelfde zijn, moet de onverenigbaarheid partij per partij worden nagegaan. De procespositie van de partijen in de respectieve procedures is zonder belang.

AR nr. C.21.0444.N

A. BV, V. en R. t/ A. NV en D.

Volledige weergave: zie www.rw.be



Hof van Cassatie

1e Kamer – 3 februari 2022

Voorzitter: de h. Dirix

Verslaggever: de h. Mosselmans

Openbaar ministerie: mevr. Mortier

Advocaten: mrs. De Baets en Vanlerberghe

Kredietopening – Lening op interest – Kwalificatie van de overeenkomst – Opnamevrijheid – Bestemming van het krediet – Wederbeleggingsvergoeding – Artikel 1907bis oud BW

1. *Een kredietopening onderscheidt zich van een geldlening bij uitstek door de opnamevrijheid aan de zijde van de kredietnemer. Het staat aan de feitenrechter om te oordelen of de kredietnemer effectief beschikt over de vrijheid om het kredietbedrag al dan niet op te nemen hetzij in één keer hetzij in meerdere keren.*

2. De feitenrechter moet zich niet noodzakelijk richten naar de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en kan deze door een andere vervangen indien de regelmatig aan zijn oordeel onderworpen gegevens binnen en buiten de overeenkomst de door de partijen aan hun overeenkomst gegeven kwalificatie uitsluiten.

3. De kwalificatie van kredietopening wordt niet uitgesloten door de omstandigheid dat de kredieten strekken tot financiering van onroerende goederen die in hypotheek worden gegeven tot waarborg van de kredieten.

AR nr. C.21.0121.N

Y.E, A. BV, E.D. NV t/Bank JVB & co NV

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 oktober 2020.

...

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Middel in zijn geheel

1. Een geldlening is een overeenkomst waarbij de uitleener aan de lener een bepaald geldbedrag ter beschikking stelt onder de verplichting dit bedrag terug te geven, vermeerderd met interest indien die is bedongen. Het is een zakelijke overeenkomst die ontstaat door de afgifte van het geldbedrag.

2. Een kredietopening is 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 zonder dat de kredietnemer verplicht is om van het krediet gebruik te maken. De kredietnemer kan van het krediet gebruik maken door een of meer geldopnemingen.

3. Een kredietopening onderscheidt zich van een geldlening bij uitstek door de opnamevrijheid aan de zijde van de kredietnemer. Het staat aan de feitenrechter om te oordelen of de kredietnemer effectief beschikt over de vrijheid om het kredietbedrag al dan niet op te nemen hetzij in één keer hetzij in meerdere keren. Hij moet zich niet noodzakelijk richten naar de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven en kan deze door een andere vervangen indien de regelmatig aan zijn oordeel onderworpen gegevens binnen en buiten de overeenkomst de door de partijen aan hun overeenkomst de gegeven kwalificatie uitsluiten.

4. De appelrechter oordeelt op grond van de bepalingen van de overeenkomsten CR549890 van 12 november 2008 en CR551150 van 9 februari 2009, door de partijen telkens gekwalificeerd als «verwezenlijking van kredietopening», waarvan hij de bewoordingen op niet-

bekritiseerde wijze uitlegt, dat de tweede eiseres respectievelijk de derde eiseres beschikte over een contractueel begrensde vrijheid van opname van voorschotten, zonder verplicht te zijn het volledige kredietbedrag op te nemen binnen de overeengekomen opnametermijn. Hij stelt vast dat was overeengekomen dat bij niet volledige opname het kredietbedrag zou worden beperkt tot het opgenomen bedrag, waarna een wijziging van de looptijd of de aflossing zou worden meegeedeeld.

De appelrechter oordeelt voorts, wat betreft de overeenkomst CR551150 van 9 februari 2009, dat de opnamevrijheid wordt versterkt doordat niet werd voorzien in een bepaling tot voorlegging van investeringsbewijzen of contractuele opnameschijven. Hij oordeelt nog dat de daadwerkelijke onmiddellijke opname van het volledige kredietbedrag een initiatief van de derde eiseres was zonder afbreuk te doen aan de contractueel verleende opnamevrijheid.

5. De appelrechter oordeelt op grond van deze redenen naar recht dat voormelde overeenkomsten, in samenhang met notariële kaderovereenkomsten tot «kredietopening» van dezelfde data, effectief kredietopeningen betreffen terwijl de omstandigheid dat de kredieten strekken tot financiering van onroerende goederen die in hypotheek worden gegeven tot waarborg van de kredieten die kwalificatie niet uitsluiten.

In zoverre de onderdelen schending aanvoeren van de artikelen 1892, 1902, 1905 en 1907bis Oud Burgerlijk Wetboek, kunnen ze niet worden aangenomen.

6. Met de redenen eensdeels dat de overeenkomsten geen doel vermelden waarvoor de kredieten zijn bestemd en anderdeels dat noch het doel van de kredieten noch de daadwerkelijke aanwending van de kredietbedragen bepalend is voor de kwalificatie van de overeenkomsten verwerpt en beantwoordt de appelrechter het middel van de eisders dat de omstandigheid dat de in hypotheek gegeven onroerende goederen werden gefinancierd met de kredieten de kwalificatie als kredietopening uitsluit en de kwalificatie als geldlening bevestigt.

In zoverre de onderdelen schending aanvoeren van artikel 149 Grondwet, berusten ze op een onvolledige lezing van het bestreden arrest en missen ze bijgevolg feitelijke grondslag.

NOOT – De kwalificatie van kredietopening: niet zo maar uit te sluiten

1. **Inleiding.** Het geannoteerde arrest kadert in een reeks cassatiearresten over de «funding loss»-problematiek (Cass. 27 april 2020, AR nr. C.19.0602.N, Arr. Cass. 2020, RW 2021-22, 378; Cass. 18 juni 2020, AR nr. C.19.0602.N, Arr.Cass. 2020; Cass. 11 maart 2021, C.18.0552.F, D.B.F.-B.F.R., 2021/4, 218-219; Cass. 14 juni 2021, AR nr. C.21.0024.N, Arr.Cass. 2021; Cass. 14 juni 2021, AR nr. C.21.0025.N, Arr.Cass. 2021; Cass. 3 februari 2022, AR nr. C.21.0121.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.202

20203.1N.3; Cass. 11 februari 2022, AR nr. C.21.0036.F, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220211.1F.2. De arresten van 11 maart 2021 en van 14 juni 2021 worden in dit nummer becommentarieerd door prof. R. Steennot). Deze geeft aanleiding tot het omvangrijke contentieux waarin kredietnemers het bedrag van een door de kredietgever aangerekende wederbeleggingsvergoeding wensen te beperken tot het in artikel 1907bis oud BW bepaalde plafond van zes maanden interest (in deze bijdrage zullen wij niet ingaan op de achtergrond van deze problematiek, die ruim werd beschreven in eerdere publicaties, zie bijvoorbeeld: J.-P. Buyle, T. Metzger, «L'indemnité de remploi en matière de contrat de prêt à intérêt», noot onder Cass. 24 november 2016, *D.B.F.-B.F.R.*, 2017/3, 165-169; J. Cattaruzza, «La révision des conditions financières des ouvertures de crédit» in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Brussel, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, 317; F. Van den Spiegel, «Kredietverlening aan ondernemingen: praktijk, risico's, prijszetting en de problematiek van de vervroegde terugbetaling», *R.B.F.-B.F.W.*, 2018/2, 179-195; D. Blommaert en J. Vannerom, «De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof» in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 71-77; J. Vandenbroucke en G. Laguesse, «Funding Loss: à la recherche de la logique perdue» in J. Cattaruzza, J.-P. Buyle en M. Grégoire (eds.), *Actualités en droit commercial et bancaire – Liber amicorum Martine Delierneux*, Brussel, Larcier, 2017, 677; D. Blommaert en O. De Wilde, «Lening op interest of kredietopening: enkele puzzelstukken op hun plaats gelegd», noot onder Cass. 27 april 2020 en Cass. 18 juni 2020, *RW* 2021-22, 370-378; L. Maes, R. Steennot, «De vervroegde beëindiging van commerciële kredietovereenkomsten», *Rechtskroniek voor het notariaat*, deel 38, Herentals, Knops Publishing, 2021, 35-81). Die beperking geldt echter enkel voor de benoemde overeenkomst van lening op interest (tenzij de kredietovereenkomst onder de toepassing valt van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen («Wet KMO-financiering») – deze wet voorziet in een identieke beperking als in artikel 1907bis oud BW), hetgeen misnoegde kredietnemers ertoe aanzet om de kredietovereenkomst als zodanig door de rechter te laten (her)kwalificeren. Het arrest van 3 februari 2022 is een nieuw luik in deze kwalificatiekwestie.

2. Feitelijke achtergrond en grieven. In de zaak die aanleiding gaf tot de voorziening in cassatie sloten partijen een overeenkomst die zij uitdrukkelijk als kredietopening kwalificeerden. Hiermee werden twee aankopen van een onroerend goed gefinancierd, waarbij een eerste kredietopening werd afgesloten met de tweede eiser in cassatie. De tweede kredietopening werd afgesloten met de eerste en derde eisers in cassatie. In elk van deze overeenkomsten verstrekten zij aan de kredietgever een zekerheid in de vorm van een hypothecaire inschrijving

op het door het krediet gefinancierde onroerend goed. De exacte modaliteiten voor de opnames van de gelden werden bepaald in afzonderlijke overeenkomsten. De tweede eiser in cassatie nam de gelden in twee schijven op. De eerste en derde eisers in cassatie namen de gelden onmiddellijk en in éénmaal op.

De eerste rechter herkwalficeerde de overeenkomsten in leningen op interest en herleidde de wederbeleggingsvergoedingen conform de beperking van artikel 1907bis oud BW. In het bestreden arrest van 8 oktober 2020 hervormde het hof van beroep te Antwerpen het eerste vonnis door de contractueel vastgelegde kwalificatie van kredietopening te bevestigen. Zo moest geen toepassing worden gemaakt van artikel 1907bis oud BW. De kredietnemers stelden een cassatievoorziening in. In hun enige cassatiemiddel betoogden zij dat er geen sprake kon zijn van een effectieve opnamevrijheid wanneer het krediet strekte tot de financiering van het onroerend goed dat in hypotheek werd gegeven tot waarborg van het krediet. Bij gebreke aan effectieve opnamevrijheid kon er volgens hen geen sprake zijn van een kredietopening, en dienden de overeenkomsten te worden geherkwalificeerd in leningen op interest.

In deze noot gaan we in op het criterium van de opnamevrijheid die volgens het Hof van Cassatie typerend is voor de kredietopening (er wordt bewust niet ingegaan op de problematiek rond het zakelijke karakter van de lening, die geen centrale rol speelt in het becommentarieerde arrest en die reeds wordt behandeld in talrijke recente publicaties: A. André-Dumont en T. Malengreau, «Sans option ni liberté, point de promesse de prêt», *D.B.F.-B.F.R.*, 2021/4, 224-226; A.-P. André-Dumont, «Le prêt, l'ouverture de crédit et la promesse de prêt: des contrats différents», *Rev. not.*, 2022/1, nr. 3167, 6-46; A.-P. André-Dumont en T. Malengreau «Les liens tortueux entre ouverture de crédit et promesse de prêt», note sous Cass., 18 juin 2020 en Cass., 11 mars 2021, *RDC-TBH*, 2022/3, p. 354-360; D. Blommaert en J. Benoot, «De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: *it's all about perspective*», noot onder Brussel 13 maart 2018, Gent 28 november 2018 en Gent 14 januari 2019, *RABG*, 2019/5, 413; L. Frankignoul, «La promesse de prêt», *D.B.F.-B.F.R.*, 2021/4, 221-224. Het Hof van Cassatie heeft op 11 februari 2022 en op 22 april 2022 twee nieuwe arresten geveld over dit deel van de «funding loss»-problematiek).

3. Criterium van de opnamevrijheid. Volgens het geannoteerde arrest onderscheidt een kredietopening zich van een geldlening bij uitstek door de «opnamevrijheid» aan de zijde van de kredietnemer. Het Hof bouwt zo verder op de eerdere cassatierechtspraak, met name op het arrest van 11 maart 2021, waarin het oordeelde dat de begunstigde van een kredietopening *het recht* had om de gelden op te nemen, maar hiertoe niet de verplichting had (het Hof oordeelde: «*Le prêt se distingue du contrat d'ouverture de crédit, par lequel le créancier s'engage à mettre à la disposition du crédit ses fonds ou son crédit personnel tandis que ce dernier a le droit, mais non l'obligation, de prélever les fonds ou de faire appel à ce crédit.*»; Cass. 11 maart

2021, C.18.0552.F, *D.B.F.-B.F.R.*, 2021/4, 218-219. Tijdens de redactie van deze noot was een officiële Nederlandse vertaling van dit arrest nog niet beschikbaar. In een arrest van 26 november 2009 stelde het Hof van Cassatie reeds dat een kredietopening aan een kredietnemer een «*persoonlijk recht*» toekent «*om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte*»; Cass. 26 november 2009, *BFR* 2010, 100 noot D. Van der Mosen en J.-P. Buyle). In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van 3 februari 2021 maakt de eerste advocaat-generaal melding van «*het recht/de vrijheid*» om de gelden op te nemen (Concl. adv.-gen. R. Mortier bij Cass. 3 februari 2022, AR nr. C.21.0121.N). Of beide termen als volstreekte synoniemen kunnen fungeren is onduidelijk. Het Hof definieert de opnamevrijheid niet. Naar onze mening dient de opnamevrijheid te worden opgevat als een «*opnamerecht*». Een overeenkomst wordt immers juridisch vertaald in rechten en verbintenissen, maar niet in «*vrijheden*». Het contractueel begrenzen van deze vrijheid – wat perfect kan volgens het Hof van Cassatie (het Hof bevestigde dit reeds in zijn arrest van 27 april 2020. Daarin preciseerde het dat bepaalde bedingen en/of modaliteiten de kwalificatie van kredietopening niet uitsluiten. Het gaat om (i) een vergoeding die verschuldigd is wanneer het krediet niet wordt opgenomen, (ii) het bepalen van een bestemming van het krediet die (iii) moest worden aangetoond met verantwoordingsstukken, (iv) een verbod tot wederopname van de gelden en (v) de aanwezigheid van een vaste aflossingstabel; Cass. 27 april 2020, AR nr. C.19.0602.N, *RW* 2021-22, 378, noot D. Blommaert en O. De Wilde, «*Lening op interest of kredietopening: enkele puzzelstukken op hun plaats gelegd*»; A.-P. André-Dumont en T. Malengreau, «*Contentieux de la funding loss: la Cour de cassation pose des jalons*», noot onder Cass. 27 avril 2020, *DBF-BFR* 2020/6, 183-189) – is niets meer dan het modaliseren van dit opnamerecht. De opnamevrijheid komt dan eigenlijk neer op de vrijheid om dit opnamerecht *niet* uit te oefenen, of om dit uit te oefenen in de mate en wanneer de kredietnemer dit nodig acht, binnen de perken van de contractuele voorwaarden. Een dergelijke vrijheid lijkt ons echter geen exclusief kenmerk te zijn van een kredietopening, maar van eender welk recht bedongen in het voordeel van een schuldeiser. Om die reden verkiezen wij het criterium van het opnamerecht.

4. Effectieve vrijheid. Het Hof herhaalt dat de feitenrechter oordeelt of de kredietnemer effectief over de vrijheid beschikt om het kredietbedrag al dan niet op te nemen, hetzij in één keer hetzij in meerdere keren.

Om de kwalificatie van kredietopening te kunnen weerhouden, volstaat het dat dit opnamerecht bestaat *ten aanzien van de kredietgever* (A.-P. André-Dumont, «*Le prêt, l'ouverture de crédit et la promesse de prêt: des contrats différents*», *Rev. not.* 2022/1, nr. 3167, 27). Het is niet omdat de kredietnemer zich verbonden heeft ten aanzien van derden, bijvoorbeeld middels het aangaan van een betalingsverbintenis voor de aankoop van een onroerend

goed, dat het in de kredietopening bedongen opnamerecht verdwijnt. Dit is een logisch gevolg van het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten. Men kan niet aanvaarden dat verbintenissen uit andere overeenkomsten afbreuk zouden kunnen doen aan het opnamerecht: dit zou impliceren dat de door partijen gekozen kwalificatie van kredietopening alsnog in het gedrang kan komen door tussen de kredietnemer en derden gemaakte afspraken. Het nazicht of de kredietnemer effectief vrij is om zijn opnamerecht uit te oefenen dient beperkt te worden tot de relatie tussen de kredietgever en de kredietnemer (zie in dat verband Orb. Brussel (Nl.) 19 januari 2021, AR nr. A/18/02603, onuitg.; Orb. Luik (afd. Verriers) 4 oktober 2021, AR nr. A/20/00031, onuitg.).

De vraag kan ook andersom worden bekeken: in het geval het kredietbedrag wordt opgenomen en men aan zou nemen dat de kredietnemer zelf niet vrij is in de uitoefening van zijn opnamerecht, werden de fondsen dan opgenomen op initiatief van de kredietgever? Het is weinig waarschijnlijk dat de kredietgever het exacte tijdstip en de exacte manier aangeeft waarop de fondsen moeten worden opgenomen. Er kunnen redenen bestaan die de kredietnemer ertoe aanzetten om de fondsen effectief op te nemen, bijvoorbeeld de betaling van een reserveringsprovisie of zijn verbintenissen ten aanzien van derden. Dit leidt echter niet automatisch tot een initiatiefrecht in hoofde van de kredietgever, noch tot het ontstaan van een verbintenis in hoofde van de kredietnemer ten aanzien van de kredietgever om de fondsen op te nemen. Wanneer men besluit dat de effectieve opname van de fondsen of de wijze van die opname niet door de kredietgever aan de kredietnemer werd opgedrongen, dan moet men vaststellen dat de opname op initiatief van de kredietnemer heeft plaatsgevonden.

5. Het geval van de aankoop van een onroerend goed met vestiging van een hypotheek. In het arrest van 3 februari 2022 verwerpt het Hof van Cassatie het beroep van de kredietnemers waarin zij betoogden dat er geen sprake kon zijn van een effectieve opnamevrijheid wanneer het krediet strekte tot de financiering van het onroerend goed dat in hypotheek werd gegeven tot waarborg van het krediet. Het is een belangrijke toevoeging in de «*funding loss*»-rechtspraak, die heel vaak betrekking heeft op kredieten die de aankoop en/of de verbouwing van een onroerend goed financieren. Het Hof bevestigt dat de appelrechters naar recht konden beslissen dat de overeenkomsten kredietopeningen betreffen, «*terwijl de omstandigheid dat de kredieten strekken tot financiering van onroerende goederen die in hypotheek worden gegeven tot waarborg van de kredieten die kwalificatie niet uitsluiten*».

Het feit dat partijen wisten dat een krediet integraal zou worden aangewend voor de financiering van de aankoop van een onroerend goed, is op zich niet voldoende om dit te (her)kwalificeren in een lening op interest. De bestemming van het krediet is niet doorslaggevend voor de kwalificatie van de kredietovereenkomst (het hof van beroep te Antwerpen stelde dit uitdrukkelijk in het bestreden maar bevestigde arrest; Antwerpen 8 oktober

2020, AR nr. 2019/AR/1385, onuitg.). Nochtans wordt dit argument heel vaak voorgedragen, soms op impliciete wijze. Dit doet de kredietnemer door te stellen dat er geen effectieve en werkelijke vrijheid in de uitoefening van het opnamerecht voorligt, omdat de aankoopprijs van het onroerend goed in beginsel betaald wordt bij het verlijden van de authentieke akte. In dat geval zou de vrijheid in de uitoefening van het opnamerecht puur theoretisch zijn (C. Biquet-Mathieu, «Prêt versus ouverture de crédit – Confrontation d’un arrêt rendu par la Cour d’appel de Liège avec l’enseignement découlant des arrêts de la Cour de cassation des 27 avril 2020 et 18 juin 2020», *TBBR* 2020, nr. 9, 515-516; C. Biquet-Mathieu, «Deux arrêts de la Cour de cassation sur les notions de prêt et d’ouverture de crédit», *JLMB* 2020, afl. 33, 1548-1549; L. Frankignoul, «Les derniers enseignements délivrés par la Cour de cassation en matière de qualification d’un contrat de crédit», *D.B.F.-B.F.R.*, 2020/4, 237). Deze stelling wordt door het Hof van Cassatie niet weerhouden. Hiervoor vermeldden we reeds dat de opname van de fondsen in principe door de keuze(s) van de kredietnemer wordt teweeggebracht, zonder enig initiatiefrecht in hoofde van de kredietgever. De kredietnemer kan met de verkoper van een onroerend goed overeenkomen dat de prijs in éénmaal betaald zal worden. Die overeenkomst doet echter geen afbreuk aan de vrijheid die de kredietnemer geniet in zijn relatie met de kredietgever: de kredietnemer kan beslissen om het krediet niet op te nemen en de aankoop op een andere wijze te financieren. Ook bij de aankoop van een onroerend goed blijft de kredietnemer in principe vrij om het krediet in meerdere malen op te nemen. In de praktijk gebeurt dit door verschillende opnames ter betaling van bijvoorbeeld een voorschot, bepaalde kosten, en uiteindelijk het saldo (die gespreide opnames kunnen een weerslag hebben op de te betalen reserveringsprovisie en op de datum waarop de interesten beginnen te lopen).

Tenslotte kan volgens het Hof van Cassatie ook de verplichte vestiging van een hypotheek op het gefinancierde goed de kwalificatie van de kredietopening niet uitsluiten. Het betreft een voorwaarde die gekoppeld wordt aan de verbintenis van de kredietgever om de fondsen ter beschikking te stellen (de voorafgaande vestiging van een zekerheid kan juridisch vertaald worden als een opschorrende voorwaarde van de verbintenis tot terbeschikkingstelling van de fondsen in hoofde van de kredietgever; A.-P. André-Dumont, «Le prêt, l’ouverture de crédit et la promesse de prêt: des contrats différents», *Rev. not.* 2022/1, n° 3167, 38). Deze heeft geen weerslag op het opnamerecht. Wanneer de kredietnemer beslist om de fondsen niet op te nemen, zal er geen hypotheek moeten worden gevestigd.

6. Conclusie. Het becommentarieerde arrest sluit aan bij een reeks beslissingen waaruit blijkt dat de kwalificatie van kredietopening niet zomaar uit te sluiten valt. Het Hof van Cassatie bevestigt dat er nog steeds sprake kan zijn van een kredietopening bij de financiering van de aankoop van een onroerend goed. Het feit dat de gelden vrijwel onmiddellijk werden opgenomen en/of in één

schijf is daarbij van geen tel. Ook de vestiging van een hypotheek op het gefinancierde goed doet geen afbreuk aan de kwalificatie van kredietopening. Het Hof van Cassatie stelt wel dat het aan de feitenrechter toekomt om te oordelen of de kredietnemer *effectief* over de vrijheid beschikt om het krediet op te nemen. Als gevolg hiervan zal men in deze materie niet meteen een grote rechtszekerheid bereiken. De feitenrechter oordeelt namelijk soeverein of deze vrijheid bestaat.

Clément Claesens, Jean-Pierre Buyle,
Advocaten

Hof van Cassatie

1e Kamer – 3 februari 2022

Voorzitter: de h. Dirix

Rapporteur: de h. Wylleman

Openbaar ministerie: mevr. Mortier

Advocaten: mrs. Maes en Lebbe

1. Deskundigenonderzoek – Burgerlijke zaken – Verbod voor de rechter om zijn rechtsmacht over te dragen – Draagwijdte – 2. Burgerlijke rechtspleging – Taak van de rechter – Toepassing van het recht op de feiten – Recht toepassen op de feiten die de partijen in het bijzonder hebben aangevoerd tot staving van hun vorderingen of hun verweer

1. Een door een rechter bevolen deskundigenonderzoek kan enkel feitelijke vaststellingen of technisch advies tot voorwerp hebben. De rechter draagt zijn rechtsmacht over wanneer hij van de gerechtsdeskundige advies vraagt over de gegrondheid van de vordering.

Om na te gaan of de rechter de gerechtsdeskundige belast met vaststellingen te doen of technisch advies te geven, dan wel zijn rechtsmacht met betrekking tot de beoordeling van het geschil ten gronde heeft overgedragen, dient de formulering van de opdracht in haar geheel te worden nagegaan en moeten alle gegevens in acht worden genomen, zoals de motieven, de techniciteit en de context waarin de deskundige met de opdracht wordt belast. Hierbij kan de vraag waarop de deskundige een antwoord van technische aard moet geven, samenvallen met de vraag waarover de rechter vanuit een juridisch oogpunt uitspraak moet doen.

Het enkele gebruik van de terminologie van de wet bij het formuleren van de opdracht volstaat in de regel niet om tot overdracht van rechtsmacht te besluiten.

2. De rechter heeft de plicht ambtshalve de rechtsgronden op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die de partijen in het bijzonder hebben aangevoerd tot staving van hun vorderingen of hun verweer.

AR nr. C.21.0058.N

H. t/ L. CV