

Prof. dr. Matthias E. Storme

*Vertegenwoordiging, lastgeving,
kwaliteitsrekening en aanverwante
rechtsfiguren*

syllabus ten behoeve van het vak
notarieel zaken- en contractenrecht

uitgave 2009-2010

INHOUDSTAFEL VERTEGENWOORDIGING EN LASTGEVING

I. ALGEMENE BEGRIPPEN VAN VERTEGENWOORDIGING EN SOORTEN VERTEGENWOORDIGING.....	4
<u>A. De gewone of middellijke vertegenwoordiging.</u>	4
1. Gewone, onmiddellijke of rechtstreekse vertegenwoordiging	4
2. Voorwaarden voor de gebondenheid van de vertegenwoordigde	5
a. Gebondenheid (vertegenwoordigingsmacht) krachtens bevoegdheid van de vertegenwoordiger.....	5
b. Gebondenheid wegens wettelijk omschreven vertegenwoordigingsmacht van de vertegenwoordiger.....	7
1° Bestuurders NV en BV	7
2° Bestuurders VZW en stichting	8
3° Advocaat en gerechtsdeurwaarder.	8
c. Gebondenheid (vertegenwoordigingsmacht) wegens toerekenbare schijn van bevoegdheid.....	10
d. Gebondenheid ten gevolge van ratificatie door de vertegenwoordigde.....	13
e. Gevolgen van onbevoegde vertegenwoordiging.	13
3. In beginsel geen zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.	14
a) Uitgangspunt : geen zakelijke werking.....	14
b) Gevolgen.....	15
<u>B. Andere vormen van vertegenwoordiging, in het bijzonder de middellijke.</u>	17
1. Middellijke of onrechtstreekse vertegenwoordiging.....	17
a. Algemeen kenmerk.	17
b. Gevolgen in het algemeen.....	17
1° Verbintenisrechtelijk	17
2° Zakenrechtelijk.....	18
c. Enkele bijzondere gevolgen :	21
1° Rechtstoestand en verplichtingen van de vertegenwoordiger.....	21
2° Rechtstoestand van de opdrachtgever en diens schuldeisers.	22
3° (On)herroepelijkheid van de volmacht.	23
4° Zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid ?.....	23
5° Statuut van de vordering op de derde, die de vertegenwoordiger verwerft.	25
2. Tussencategorie : naamloos of neutraal optreden	28
Wie is verbonden, op welk vermogen is het verhaalbaar ?.....	29
Zakenrechtelijke gevolgen van deze wijze van optreden	30
3. Organieke vertegenwoordiging.	31
4. Derdenbeding	32
5. Zijdelingse vordering (art.1166 BW).	32
a. Vereisten	32
b. Wijze van optreden	34
c. Rechtsgevolgen	34
6. Soorten vertegenwoordiging in het procesrecht.....	35
II. LASTGEVING - HERROEPELIJKE EN ONHERROEPELIJKE VOLMACHTEN	37
<u>A. Beginselen inzake (On)herroepelijkheid van de volmacht.</u>	37
1. Onderscheid naargelang het belang dat moet worden behartigd.....	37

a. Volmacht uit te oefenen niet in het uitsluitend belang van de lastgever.....	37
b. Volmacht uit te oefenen in het uitsluitend belang van de lastgever.	37
2. Onherroepelijke volmacht en ontslag van de lasthebber.....	38
<u>B. De kwalificatie van het belang dat bij de uitoefening moet worden behartigd en de gevolgen daarvan.</u>	
.....	39
1. Verschillende soorten van lastgeving niet in het uitsluitend belang van de lastgever aangegaan.	39
a. Lastgeving in het gemeenschappelijk belang van meerdere partijen.....	41
1° Eerste situatie.	42
2° Tweede situatie.	44
b. Lastgeving in het belang van een derde waarbij deze zelf dan wel zijn vertrouweling volmacht krijgt.	49
1° Algemeen.	49
2° Toepassingen : zekerheidstechnieken.	50
3° Toepassingen : testamentuitvoerder.....	51
4° Toepassingen: naamkening.....	52
2. Verbintenisrechtelijke rechtsgevolgen van de verschillende soorten onherroepelijke lastgeving; beëindigingsmogelijkheden.....	52
a. Lastgeving in het gemeenschappelijk belang van meerdere partijen.....	52
b. Lastgeving in het belang van een derde waarbij deze zelf dan wel zijn vertrouweling volmacht krijgt.	54
3. Vragen van vertegenwoordigingsmacht.....	55
4. Vragen bij het mogelijks verdringend karakter van de onherroepelijke volmacht	55
5. (Geen) Zakenrechtelijke rechtsgevolgen van de onherroepelijkheid van de volmacht.	57
III. ENKELE ANDERE VRAGEN UIT DE INWENDIGE VERHOUDING TUSSEN LASTGEVER EN LASTHEBBER.	58
<u>A. Zorgplichten</u>	58
<u>B. Belangenconflicten</u>	58
<u>C. Kwijting (décharge) van lasthebbers.</u>	59
IV. KWALITEITSREKENINGEN	62
<u>A. Omschrijving</u>	62
<u>B. Kwalificatie van de rechtsverhouding.</u>	63
<u>C. Nadere regels en gevolgen.</u>	69
1. Voorwaarden voor dit bijzonder statuut.....	69
2. Beëindiging bewindsrecht	71
3. Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de rekeninghouder, inb. de bank	71
4. Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de solvens	73
5. Verhaal door de schuldeisers van de gerechtigde	73
6. Vormen van opsplitsing van de eigendom	74
7. Algemene en bijzondere kwaliteitsrekening	75
7. Bij misbruik.....	76

I. Algemene begrippen van vertegenwoordiging en soorten vertegenwoordiging.

De verschillende vormen van vertegenwoordiging kan men onderscheiden naargelang de vertegenwoordiger in eigen naam optreedt, dan wel in naam van zijn opdrachtgever.

A. De gewone of middellijke vertegenwoordiging.

1. Gewone, onmiddellijke of rechtstreekse vertegenwoordiging

Deze vinden we wanneer de vertegenwoordiger in naam én voor rekening van een ander (of voor gemene rekening) optreedt.

Dit vereist niet noodzakelijk dat de naam onmiddellijk wordt genoemd: men kan handelen in naam van een nader te noemen meester, bv. bij commandverklaring (de lastgever heet dan “command”). Bij aankoop met commandverklaring vindt er maar één overdracht plaats.

Naar burgerlijk recht geldt er geen termijn voor de uitoefening van dit recht indien het bedongen is, met één uitzondering: bij de openbare verkoop na uitvoerend beslag op onroerend goed moet de commandverklaring ten laatste de eerstvolgende werkdag geschieden bij verklaring voor of betekening aan de instrumenterende notaris (art. 1590 I GerW).

Voor de registratierechten op onroerend goed geldt de opgave van de opdrachtgever, die het moet mogelijk maken de overschrijving van de overdracht op naam van de opdrachtgever te laten plaatsvinden, evenwel als een tweede overdracht indien niet voldaan is aan zeer strikte voorwaarden, nl. dat de aanwijzing van de lastgever uiterlijk de eerstvolgende werkdag na de overeenkomst (onderhandse overeenkomst !) authentiek is verleden en betekend aan de ontvanger of ter registratie is aangeboden (termijn die voor goederen in het Vlaams Gewest verlengd is naar 5 dagen¹). Wel is de regeling in het Vlaams gewest in die zin versoepeld dat een minnelijke ontbinding van een nog niet notariale verleden verkoop nu tegen een laag vast tarief aan registratierechten kan gebeuren.

Een ander voorbeeld van een bijzonder geval van gewone vertegenwoordiging is het handelen ten name van een rechtspersoon in oprichting (vennootschap, vzw of stichting).

Gevolgen van rechtstreekse vertegenwoordiging.

De ander is jegens de wederpartij gebonden op zakenrechtelijk én verbintenisrechtelijk vlak

¹ Art. 159, 1° c W.Reg. zoals gewijzigd bij Decreet van 23 november 2007.

(rechtstreekse verbintenissen, rechtstreekse eigendomsovergang). De vertegenwoordiger zelf is normaal niet verbonden jegens de wederpartij (tenzij hij zich borg stelt of sterk maakt; in beide gevallen gaat hij zelf een bijkomende verbintenis aan in eigen naam en voor eigen rekening). Wel kan hij jegens de wederpartij aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad zo hij geen vertegenwoordigingsmacht heeft of deze te buiten gaat.

NOOT : voor andermans rekening handelt sluit niet noodzakelijk handelen in eigen (of gemeenschappelijk) belang uit.

Vb. inningsmandaat toegekend aan een schuldeiser: dit wordt toegekend in het belang van de lasthebber, en in zekere zin voor zijn rekening, aangezien hij eigenaar wordt van de gelden en het bedrag ervan compenseert met de schulden van de lastgever. Zie verder.

Vb. bepaalde overeenkomsten worden formeel als lasthebber gesloten, terwijl men in feite zelf de belanghebbende partij is (die het economisch risico draagt en voordeel heeft). Vb. bouwpromotie onder het mom van een lastgeving. In een aantal typische gevallen, zoals precies de bouwpromotie, is de wetgever tussengekomen om te bepalen dat de lasthebbers dan wel degelijk zélf gebonden zijn en niet enkel als niet-aansprakelijke tussenpersoon kunnen optreden.

Zie verder onder de uiteenzetting over het "mandaat van gemeenschappelijk belang".

2. Voorwaarden voor de gebondenheid van de vertegenwoordigde²

a. Gebondenheid (vertegenwoordigingsmacht) krachtens bevoegdheid van de vertegenwoordiger

Deze bevoegdheid kan worden verleend:

- a) door rechtshandeling, ook
- b) door de wet (bv. wettelijke vertegenwoordiging van onbekwamen), of
- c) door de rechter - meer bepaald een voorlopig bewindvoerder, waarbij de rechter de omvang van diens bevoegdheid bepaalt³.

Ad a) Verlening door rechtshandeling.

² Literatuur, zie o.m. A. VAN OEVELEN, noot Cass., 20-6-1988, Usines à cuivre et à zinc, *R.W.*, 1989-90, 1425; N. GEELHAND, "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en 130, lid 3 Venn.W.)", *T.R.V.*, 1994, 63 v.; Cass. 20-1-2000, *TBH* 2000, 483 noot P.A. FORIERS.

³ Zie daarover F. BLONTROCK, "De gerechtelijke bewindvoerder. Analyse van rechtspraak", *T. Not.* 1991, 2 v.

Het gaat hier om de volmacht(verlening) (in ruime zin: in het Staats-Nederlandse recht gebruikt men de term volmacht enkel in het geval van de lasthebber die in naam van de lastgever handelt, terwijl "lastgeving" ook de toestand betreft waarin de lasthebber in eigen naam voor rekening van de lasthebber handelt. In een ruime zin kan men het woord volmacht evenwel voor beide gevallen gebruiken).

Deze geschiedt vaak in het kader van een overeenkomst, zij het een lastgeving (d.i. een overeenkomst die in hoofdzaak daden van vertegenwoordiging beoogt) dan wel van een andere overeenkomst waarbij de volmachtverlening bijkomstig is, bv. aanneming, arbeidsovereenkomst (vb. kassierster in warenhuis).

Strikt genomen is er geen overeenkomst nodig: het verlenen van de volmacht moet niet aanvaard worden opdat de verlener daaraan gebonden zou zijn. Het belang daarvan is bv. het volgende : een overeenkomst komt maar tot stand wanneer de aanbieder kennis heeft van de aanvaarding (algemene regel - aankomst-theorie); wanneer men volmacht verleent kan men deze "aanvaarden" door de gevraagde rechtshandeling gewoon te stellen - de volmachtgever is gebonden ook al heeft hij daarvan nog geen kennis.

NB. 1. Regel van het vorm-parallellisme

In zoverre de door de lasthebber te stellen rechtshandeling aan vormvereisten is onderworpen, moet de volmachtverlening in beginsel aan dezelfde vormen voldoen. Deze vormen gelden evenwel niet voor de volmacht om op te treden als orgaan of lid van een orgaan van een rechtspersoon (wanneer een algemene vergadering een beslissing neemt die authentiek moet worden verleden, moeten de volmachten van stemgerechtigde leden aan hun lasthebbers niet authentiek zijn).

NB 2. Omvang van de volmacht - algemene en bijzondere volmachten

Voor de bepaling van de omvang van de bevoegdheid gelden in beginsel de gewone interpretatieregels, met enkele afwijkingen, met name de volgende.

Indien een volmacht in algemene bewoordingen wordt gegeven, omvat zij desondanks niet bepaalde bevoegdheden, waarvoor krachtens een rechtsregel een meer bijzondere volmacht – en dus uitdrukkelijke - nodig is. Vb. alle handelingen die buiten het mandaat *ad litem* van de advocaat vallen (zie bespreking hieronder).

Vb. Een volmacht tot verkoop omvat niet de bevoegdheid om een eis in te stellen in gedwongen uitvoering of in ontbinding⁴.

⁴ B. TILLEMANN, *Lastgeving* nr. 331; Rb. Hasselt 4 oktober 1999, *RW* 2001-2002, 1510.

b. Gebondenheid wegens wettelijk omschreven vertegenwoordigingsmacht van de vertegenwoordiger.

Vooraleer de vraag van de vertegenwoordiging krachtens “schijn” van bevoegdheid in het algemeen te beantwoorden, is het goed te wijzen op meer bijzondere regels.

1° Bestuurders NV en BV

Deze vinden we meer bepaald in art. 522 en 526 Wb. Venn (voorheen 54 en 63 *bis* Venn.W., ingevoegd door W. 6 maart 1973 tot omzetting van de eerste vennootschapsrichtlijn)⁵ en 257-258 Wb. Venn. (voorheen 130 lid 3 Venn.W.) - krachtens dewelke :

- voor handelingen binnen het vennootschapsdoel een inwendige (zelfs statutaire) beperking op de door de wet bepaalde bevoegdheid van de Raad van bestuur van een NV of BVBA niet aan derden kan worden tegengeworpen, ook al is die beperking openbaar gemaakt (art. 522 en 257);
- voor handelingen binnen de bevoegdheid die volgens art. 524bis lid 1 kunnen worden overgedragen aan een directiecomité, indien er een directiecomité is; een beperking van de bevoegdheidsoverdracht of een interne taakverdeling tussen de leden van het comité kan niet aan derden worden tegengeworpen, zelfs indien dit is bekendgemaakt (art. 524bis lid 5 Wb.Venn, ingevoegd bij W. 2 augustus 2002);
- de beperking van de bevoegdheid van de bestuurders tot handelingen binnen het doel van de vennootschap niet aan derden kan worden tegengeworpen, tenzij bewezen wordt dat de derde op de hoogte was, of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is echter geen voldoende bewijs (art. 526 en 258).

Toepassingen zijn niet alleen de gevallen waarin men de bevoegdheid te buiten gaat, maar ook deze waar waarmee de volmacht werd verleend achteraf nietig blijkt te zijn (bv. nietige benoeming van bestuurder) - deze nietigheid tast de vertegenwoordigingsmacht niet terugwerkend aan.

Door deze regels wordt de vertegenwoordigingsmacht losgemaakt van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Bevoegdheid betekent dat men tegenover de andere betrokken partijen (interne verhouding) verbintenisrechtelijk het recht heeft de handeling te stellen (MOGEN BINDEN, *licere*); gaat het over de verhouding tegenover de wederpartij van

⁵ Vgl. P. van OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 439, n° 268; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Story Gent 1975, nrs. 284-289 et 320-327; J. RONSE, J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1978-1985. Vennootschappen", *TPR* 1986, (859) 912-913 nr. 57; zie ook reeds W. van GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen deel*, Standaard Antwerpen-Utrecht 1973, nr. 147, p. 477 noot 12.

de lasthebber, dan spreken we van vertegenwoordigingsmacht (KUNNEN BINDEN, *posse*)⁶.

Het uitwendige feit van de benoeming als bestuur⁷ heeft in beginsel vertegenwoordigingsmacht tot (rechts)gevolg. Een specifiek vereiste van “rechtmatig” vertrouwen is er echter niet. Het vertrouwensbeginsel moet slechts zeer uitzonderlijk wijken voor het zelfbeschikkingsbeginsel (inwendige afspraken binnen de vennootschap), nl. bij desbewust ten nadele van de vennootschap handelen, of bij wetenschap van doeloverschrijding. Een onderzoekslast geldt daarbij niet.

2° Bestuurders VZW en stichting.

(...)

3° Advocaat en gerechtsdeurwaarder.

Minder uitdrukkelijk, maar m.i. met dezelfde inhoud, zijn de regels over de omvang van de vertegenwoordigingsmacht van de advocaat⁸ en de gerechtsdeurwaarder.

Advocaat

Men moet een onderscheid maken tussen de interne verhouding en de externe.

- Art. 440, lid 2 GerW bepaalt: “*De advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving eist*”. In de interne verhouding houdt art. 440 lid 2 GerW een vermoeden in van verlening van volmacht aan de advocaat, houder van de stukken, voor alles wat binnen de wettelijke omschrijving ervan valt. tegenbewijs is steeds mogelijk. Voor handelingen buiten dat mandaat (zie een lijst hieronder) moet een bijzondere volmacht bewezen worden, eveneens volgens de gewone bewijsregels.

Het mandaat *ad litem* blijft gelden tijdens de notariële fase van een gerechtelijke vereffening-

⁶ Voor het onderscheid tussen bevoegdheid en macht, zie W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 32 en 146.

⁷ De publicatie van een bestuurdersbenoeming heeft overigens op zichzelf ook een waarde ten aanzien van derden. Dit opzicht komt hier niet nader aan bod.

⁸ Dit vraagstuk wordt zelden behandeld, zeker in verhouding tot de praktische betekenis ervan ! Een van de weinige bijdragen hierover is H.C.F. SCHOORDIJK, "Volmachtoverschrijding door een advocaat of procureur. Een studie naar aanleiding van een Engelse appeal-case" *Advocatenblad* 1983, 173 v.

verdeling⁹.

- In de externe verhouding houdt art. 440, lid 2 Ger.W. m.i. in dat de advocaat die namens een partij verschijnt in het kader van een geding, een vertegenwoordigingsmacht heeft voor zover het handelingen “*ad litem*” betreft, en dat inwendige bevoegdheidsbeperkingen of afspraken in beginsel aan derden niet kunnen worden tegengeworpen¹⁰. Ook hier rijst natuurlijk weer de vraag welke uitzonderingen daarop gelden en in hoeverre er een onderzoekslast geldt¹¹. Aangezien echter algemeen aanvaard wordt dat de tegenpartij zelfs niet het recht heeft om van de advocaat een bewijs van zijn bevoegdheid te verlangen, voor zover het om handelingen *ad litem* gaat (zo wordt art. 440, lid 2 Ger.W. uitgelegd), kan er van een onderzoekslast geen sprake zijn.

Een onderzoekslast kan slechts bestaan slechts voor handelingen buiten het mandaat “*ad litem*”, waarvoor een uitdrukkelijke lastgeving is vereist, zoals afstand van geding of van een proceshandeling (art. 820 c.q. 822 j° 824 Ger.W.), berusting in een uitspraak (art. 1045 Ger.W.), afstand van rechtsvordering (art. 821 j° 824 Ger.W.) of een aanbod of bekentenis (art. 850 Ger.W.), wraking van de rechter (artikel 835 Ger. W.), berusting in een tussengekomen vonnis (artikel 1045 Ger. W.) en verhaal op de rechter (artikel 1143 Ger. W.). Daarblijft het gemeen recht van toepassing en moet de advocaat derhalve zijn bevoegdheid legitimeren op eerste verzoek van de rechter of de tegenpartij¹². Ook daar kan de cliënt gebonden zijn ondanks de afwezigheid van bevoegdheid in de inwendige verhouding, maar de beoordeling is strenger,

⁹ Zie D. STERCKX, “Le notaire commis et les avocats”, in J. VAN COMPERNOLLE en J.-L. LEDOUX (ed.), *Le notaire, le juge et l’avocat. Heurs et malheurs du notaire commis*, Bruylant Brussel 1996, p. 106-115; J. VERSTAETE, *Opstellen van akten en notariële praktijk. Familie- en familiaalvermogensrecht*, Iacco Leuven, 2006, II p. 155; D. STERCKX, “Le mandat procédural de l’avocat”, *JT* 1997, p. 403 noot 17; P. WATELET en M. RERNARD-DECLAIRFAYT, “Partages et licitations judiciaires” in *Rép. Not.* 2002, XIII, p. 72, noot 1.

¹⁰ Vgl. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire*, nr. 497 p. 416. De opvatting was duidelijk onder het oude Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, wat betreft de pleitbezorgers, zie *Répertoire pratique du droit belge*, III, Bruxelles 1949, V° Désaveu nr. 17. Deze opvatting kan worden gegrond op de exceptie van “wettelijke vertegenwoordiging” in art. 848, 1 Ger.W.

¹¹ M.i. ten onrechte ziet men dit vaak als een vraag betreffende het bewijs van de lastgeving, bv. in het geval dat ter sprake komt in Verbr. 9-2-1978, *J.T.* 1978, 361, *R.W.*, 1978-79, 31; J. STEVENS, *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 540; P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d’avocat du barreau de Bruxelles*, Nemesis Brussel, (2) 1988 p. 314. In de rechtspleging tot ontkentenis van proceshandeling rijst echter de vraag naar het bewijs niet : de cliënt kan enkel ofwel de gestelde handeling bevestigen of bekrachtigen, of zijn lasthebber desavoueren.

¹² J. VANANROYE, “Proceshandelingen *qualitate qua*, de bevoegdheid van de advocaat (art. 440, al. 2 Ger. W. en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon”, noot onder Cass. 17 april 1997, *TRV* 1998, p. 522.

precies omdat er in beginsel een uitdrukkelijke bijzondere volmachtverlening nodig is¹³.

Indien er gebondenheid is, kan de ontkenenis van proceshandeling door de cliënt geen uitwerking hebben jegens de tegenpartij (maar enkel in de inwendige verhouding gevolgen hebben), maar dit wordt betwist door een deel van de rechtspraak en rechtsleer¹⁴.

Gerechtsdeurwaarder

De afgifte van de uitvoerbare titel houdt op gelijkaardige wijze in dat de gerechtsdeurwaarder in beginsel vertegenwoordigingsmacht heeft voor alle daden van uitvoering (zie art. 1393 Ger.W.).

c. Gebondenheid (vertegenwoordigingsmacht) wegens toerekenbare schijn van bevoegdheid.

In het arrest-*Cuivre-et-Zinc* van 20 juni 1988 oordeelde het Hof van cassatie¹⁵ dat een partij gebonden kan zijn aan handelingen van een persoon die in haar naam optreedt, ook zonder dat deze persoon krachtens hun onderlinge verhouding dergelijke bevoegdheid heeft, en zelfs zonder op foutieve wijze een schijn daartoe te hebben opgewekt, wanneer de wederpartij rechtmatig vertrouwd op de bevoegdheid van die persoon. In het *Argenta*-arrest van 20 januari 2000 oordeelde het Hof dat de schijn toerekenbaar moet zijn aan de aangesproken partij¹⁶. *De lege lata* luidt de vraag dan ook: wanneer is het vertrouwen rechtmatig? Is er een onderzoekslast van de vertrouwer en hoever reikt die?

¹³ Zie bv. in die zin Rb. Namen 6 mei 1991, *JLMB* 1992, 1044 (schijnmandaat tot berusting in concreto verworpen); Hof Bergen 1 december 1995, *JLMB* 1996, 461 = *RRD* 1996, 631 (schijnmandaat tot berusting aanvaard); Hof Brussel 10 juni 2002, *P&B* 2002, 304, noot (contra) I. SAMOY “Schijn van berusting en ontkenenis van proceshandeling” (schijnmandaat tot berusting in concreto verworpen). Contra P. DEPUYDT, “Art. 848” in *Gerechtigd recht. Commentaar van rechtspraak en rechtsleer*.

¹⁴ *Contra* de hier verdedigde stelling B. LAMBRECHT en I. SAMOY “Schijn van berusting en ontkenenis van proceshandeling”, noot onder Hof Brussel 10 juni 2002, *P&B* 2002, (304) 310 v.;

In Hof Bergen 6 december 2004, *TBBR* 2006, 247 werd beslist dat de schijn niet toerekenbaar was aan de cliënt, zodat er geen schijnmandaat was (het betrof een berusting waarvoor een bijzondere volmacht nodig is).

Zie verder over de toepassing van de leer van het schijnmandaat op proceshandelingen zie P. CORVILLAIN en F. GLANSDORFF, “Mandat de l’avocat et apparence”, *Cah. dr. jud.* 1993, p. 83 v.; P. DEPUYDT, “Artikel 848 Ger. W.”, in *Gerechtigd recht. Commentaar van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer Antwerpen 2005, 17-18; P. JADOUL, “L’avocat, un mandataire? Apparement...”, noot onder Rb. Brussel, 5 augustus 1986, *RRD* 1988, 26 v.; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Larcier Gent 2006, p. 127-128.

¹⁵ Cass. 20 juni 1988, *R.W.* 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN.

¹⁶ Cass. 20 januari 2000, *Arr.* 54 = *Pas.* I 54 = *TBH* 2000, 483 n. P.A. FORIERS = *RW* 2000-2001, 501, besproken door F. PARREIN, “Het schijnmandaat”, *TRV* 2007, 390.. Zie ook Cass. 25 juni 2004, *RW* 2006-07, 959.

In beginsel is er geen onderzoekslast bij aanwezigheid van uitwendige rechtsfeiten die typisch gericht zijn op het uitoefenen van een mandaat of vertegenwoordiging : het benoemd zijn als bestuur, het bezit van de stukken door de advocaat, het bezit van de uitvoerbare titel door de gerechtsdeurwaarder. Ik kan het niet laten te wijzen op de gelijkenis met het “bezit van de schuldvordering” in art. 1240 BW (*supra*).

Wanneer er evenwel onvoldoende uitwendige feiten zijn die op het “bezit” van een vertegenwoordigingsmacht wijzen, bestaat er wel een normale en redelijke onderzoekslast. Deze zal des te groter zijn naarmate er minder feiten zijn die uit een handeling of gedraging van de vertegenwoordigde zelf voortvloeien¹⁷. M.i. zal de onderzoekslast ook groter zijn bij handelingen waarbij de vertegenwoordigde om niet wordt verbonden dan bij handelingen waar dit onder bezwarende titel gebeurt. Voorbeelden daarvan heb ik in de rechtspraak echter niet gevonden (misschien juist omdat de vertrouwensbescherming in dergelijk geval zeldzaam is).

De derde moet niét onderzoeken of de bevoegdheid in de inwendige verhouding niet achteraf is herroepen. Aan de (uitwendige) vertegenwoordigingsmacht komt géén einde door de herroeping zelf, maar slechts door de kennisname daarvan door de wederpartij (art. 2005 BW). Men mag erop rekenen dat een gegeven volmacht ook blijft voortbestaan.

Naar andere gronden ter beëindiging van de inwendige bevoegdheid betreft, kan er mogelijks wel een onderzoekslast bestaan: art. 2009 BW bepaalt immers dat er gebondenheid is ten aanzien van “derden te goeder trouw”¹⁸.

NB. Geen bemoeienis met inwendige verhouding - geen gratis optie voor de wederpartij.

Minder duidelijkheid is er omtrent de regel in het omgekeerde geval - het geval waarin de wederpartij wel kennis heeft van de herroeping, maar deze ongeldig is krachtens de inwendige verhouding tussen lastgever en lasthebber (of tussen de verschillende lasthebbers, e.d.m.). Kan de wederpartij zich op die ongeldigheid beroepen, of is dit voor haar een *res inter alios acta* ?

Over deze vraag is nauwelijks iets te vinden. In de logica van de traditionele opvatting over

¹⁷ Voor een gemotiveerde afwijzing van vertegenwoordiging krachtens schijnmandaat door een werknemer van een bedrijf (niet op briefpapier bedrijf, geen vermelding van functie binnen bedrijf, geen gebruik van firmastempel e.d.), zie Hof Brussel 18 april 1996, *AJT* 1996-97, 353 noot B. CATTOIR; voor een arrest waarin ondanks de afwezigheid van die elementen wel een schijnvertegenwoordiging werd aanvaard bij de filiaalhouder van een bank die contracten sloot in het bankkantoor zelf: Hof Luik 15 februari 2007, *TBH* 2007, 877. Voor anderen vb. van erkenning van schijnmandaat aan een werknemer bv. Vred. Westerlo 15 februari 2002, *RW* 2004-2005, 677 (werkgever reageerde niet op facturen en aanmaningen).

¹⁸ Zie A. van OEVELEN, “De zgn. “subjectieve” goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aanbelangen)”, *TPR* 1990, (1093) 1113 nr. 21 en voetnoot 62.

vertegenwoordiging (die nu ook in ons land voorbijgestreefd sinds het arrest-*Cuivre-et-Zinc*) zou de derde die ongeldigheid moeten kunnen opwerpen om de lastgever aan de handeling te houden.

De hedendaagse opvattingen gaan evenwel uit van een duidelijker scheiding tussen de inwendige en de uitwendige verhouding. In geval van kennisgeving door de vertegenwoordigde aan de wederpartij, heeft deze met de inwendige verhouding geen zaken, noch om na te gaan of een schijnbare bevoegdheidsverlening werkelijk bestaat, noch om de herroeping aan te vechten wanneer zij ondanks de kennisgeving daarvan toch met de lasthebber handelt¹⁹.

Het is slechts anders indien de wederpartij precies één van de partijen is ten wiens gunste de onherroepelijkheid gold - bv. de kredietverlener in wiens voordeel een lasthebber een hypothecaire volmacht heeft gekregen (zie verder deel II van dit hoofdstuk). Voor zover de wederpartij evenwel geen (subjectief) recht heeft op het behoud van de vertegenwoordigingsmacht, heeft zij zich niet te moeien met de inwendige verhouding. Dit laatste is niet zozeer uitdrukking van het vertrouwensbeginsel, maar veeleer van de privaatautonomie, gekoppeld aan het feit dat de derde er normaal ook geen nadeel door kan lijden; mocht dit wel het geval zijn, dan moet er wel een afweging plaatsvinden : de derde kan zich dan tegen de herroeping verzetten voor zover die desbewust te zijnen nadele geschiedt.

Uit het voorgaande volgt m.i. dat de wederpartij geen keuze kan hebben om de overeenkomst die zij door tussenkomst van een onbevoegde tussenpersoon heeft gesloten overeenkomst te aanvaarden dan wel te verwerpen. Een dergelijk keuzerecht is in strijd met gebondenheid van die wederpartij aan haar eigen woord. Indien de vertegenwoordigde gebonden is op grond van een "schijnmandaat", mag de wederpartij geen kosteloze optie hebben om zich al dan niet van de overeenkomst af te maken, zoals een arrest van het Hof van Beroep - ten onrechte - aanvaardde²⁰. Anders zou die partij kunnen afwachten hoe de marktprijs evolueert en na deze speculatie kunnen kiezen of hij de overeenkomst al dan niet wil uitvoeren. Deze oplossing is verder ook onjuist omdat de onbevoegd vertegenwoordigde de handeling kan bekrachtigen (althans wanneer dit tijdig geschiedt) zonder dat de wederpartij dit kan beletten.

Persoonlijke commentaar.

Uit de hedendaagse stand van zaken bij vertegenwoordiging blijkt m.i. dat het recht op de eerste plaats uitgaat van de normale betekenis van uitwendige feiten, die echter wordt bijgestuurd op grond van andere beginselen

¹⁹ Zie b.v. art. 17 (c) van de Unidroit Conventie betreffende de vertegenwoordiging in de internationale verkoop van goederen, Genève 17-2-1983 : "*The authority of the agent is terminated on revocation by the principal or renunciation by the agent, whether or not this is consistent with the terms of their agreement*". Vgl. W. van GERVEN, *Algemeen deel*, p. 463 : "tegenover derden te goeder trouw zal de herroeping van een onherroepelijk bedongen volmacht niettemin uitwerking hebben".

²⁰ Hof Brussel 17-2-1982, *RJI* 141.

(zelfbeschikkingsbeginsel, wederkerigheidsbeginsel, mogelijks risicobeginsel). Het is voorbijgestreefd om nog te spreken in termen van “schijn” en “werkelijkheid”: de rechtelijke werkelijkheid is namelijk dat men gebonden is aan het optreden van de tussenpersoon die in het “bezit” is van vertegenwoordigingsmacht. Men kan dit niet herleiden tot een loutere schijn, net zomin als het bezit in het zakenrecht kan worden herleid tot een schijn van eigendom (integendeel is het veeleer de eigendom die op het bezit is gegrond dan omgekeerd).

Niet voorbijgestreefd is daarentegen de vraag naar de nauwkeurige voorwaarden waaronder de gebondenheid precies ontstaat. Het is hier dat het evenwicht moet worden gevonden tussen rechtszekerheid en billijkheid : de rechtszekerheid die een typologisering eist, en de billijkheid die geneigd is tot een beoordeling *in concreto*.

d. Gebondenheid ten gevolge van ratificatie door de vertegenwoordigde.

Belang : ratificatie werkt terug, d.w.z. de medecontractant kan niet meer ontsnappen aan de overeenkomst met een beroep op de onbevoegdheid van de vertegenwoordiger. Dit betekent m.i. omgekeerd ook dat de medecontractant het recht moet hebben om van de vertegenwoordigde op zijn verzoek onmiddellijk uitsluitel te krijgen of hij al dan niet ratificeert. Immers, de ratificatiemogelijkheid heeft voor de derde het nadeel dat de overeenkomst gedurende een onbepaalde tijd afhangt van een nog te nemen beslissing door die vertegenwoordigde. Er is een *negotium claudicans*, en de vertegenwoordigde heeft in zekere mate de keuze om de overeenkomst al dan niet te bekrachtigen, naargelang ze nog interessant is of niet. Zijn de marktomstandigheden intussen gewijzigd, dan heeft hij eigenlijk een gratis optie. Om dit te vermijden wordt door art. III-6:111 DCFR (Ontwerp-GRK) de regel voorgesteld dat de wederpartij aan de onbevoegd vertegenwoordigde een termijn kan stellen om al dan niet te ratificeren; bij gebrek aan ratificatie binnen die termijn vervalt de ratificatiemogelijkheid²¹.

Opmerking. Een specifieke toepassing van de ratificatie vinden we ook bij de overname van handelingen, gesteld ten name van een rechtspersoon in oprichting, door die rechtspersoon na oprichting.

e. Gevolgen van onbevoegde vertegenwoordiging.

Handelt iemand als vertegenwoordiger in naam van een ander, doch zonder of buiten zijn

²¹ In art. 3:208 Principles of European Contract Law was er bijkomend een enigszins afwijkende regeling voorzien wat de mogelijkheid om de vertegenwoordigde te verplichten onverwijld stelling te nemen : "*Geven de verklaringen of gedraging van de vertegenwoordigde de derde reden om aan te nemen dat voor een handeling van de vertegenwoordiger volmacht is verleend, maar twijfelt hij aan de volmachtverlening, dan kan hij de vertegenwoordigde een schriftelijke bevestiging zenden of hem om bekrachtiging verzoeken. Indien de vertegenwoordigde niet onverwijld bezwaar maakt of het verzoek beantwoordt, geldt de handeling als was er volmacht voor verleend.*"

vertegenwoordigingsmacht, en volgt er ook geen ratificatie, dan doet zich het volgende voor :

- ofwel kon de derde rechtmatig op een bevoegdheid vertrouwen wegens door de vertegenwoordigde gewekte schijn : schijnvertegenwoordiging;
- ofwel is de derde te kwader trouw, d.i. hij wist van de afwezigheid van bevoegdheid : dan is de vertegenwoordiger niet aansprakelijk
- ofwel is de derde te goeder trouw, doch zijn de voorwaarden voor schijnvertegenwoordiging niet vervuld: dan is de vertegenwoordiger persoonlijk aansprakelijk jegens de derde.

Traditioneel wordt bij ons aangenomen dat het hier om buitencontractuele aansprakelijkheid gaat voor het "negatief belang", maar volgens een andere opvatting gaat het hier om een contractuele aansprakelijkheid voor het "positief belang"²². Deze laatste oplossing vinden we ook in art. II-6:107 Ontwerp-GRK (DCFR) (voordien ook in art. 3:204 van de *Principles of european contract law*).

3. In beginsel geen zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

a) Uitgangspunt : geen zakelijke werking

De verlening van bevoegdheid aan een vertegenwoordiger werkt evenwel in beginsel niet zakelijk. Het is als regel niet mogelijk op deze wijze de opdrachtgever-eigenaar de macht te ontnemen om zelf nog op te treden. Anders gezegd: de bevoegdheid van de vertegenwoordiger is (zakenrechtelijk) niet privaat; het kan zijn dat de eigenaar volgens de beheersovereenkomst niet meer zelf over de goederen mag beschikken, maar hij kan het nog wel. Weliswaar kan de overeenkomst hem een verbod opleggen, maar dat werkt niet zakenrechtelijk, anders gezegd het maakt de eigenaar niet beschikkingsonbevoegd. Bij overeenkomst kan men immers geen zakelijk werkende beperkingen van het eigendomsrecht scheppen (*numerus-clausus*-beginsel). Ook al is een volmacht onrechtmatig ingetrokken, zodra de derde weet heeft van die intrekking kan hij de vertegenwoordiger niet meer bevoegd achten - tenzij de onherroepelijkheid precies in het voordeel van die derde is bedongen²³.

Buiten bijzondere gevallen (waarvan er enkele ter sprake komen bij middellijke vertegenwoordiging) is het in ons recht echter niet mogelijk om de beschikkingsbevoegdheid over één of meer goederen aan een ander toe te vertrouwen, met een (geheel of bijna geheel) uitsluiten van zichzelf. Hoogstens kan men onrechtstreeks een zakelijke werking verkrijgen door in de titel krachtens dewelke de opdrachtgever/begunstigde eigendom verkrijgt een ontbindende voorwaarde in te lassen voor het geval de eigenaar zelf over de goederen zou beschikken in plaats van dit aan de beheerder over te laten (en dit slechts voor zover het beding van onvervreemdbaarheid geldig is volgens de hoger genoemde maatstaven).

²² Zie voor bespreking B. TILLEMANS, *Lastgeving*, nr. 385 v.

²³ Uitzonderlijk is het ook mogelijk dat een derde die na de onrechtmatige intrekking met de opdrachtgever zelf handelt, medeplichtig is aan de wanprestaties van de opdrachtgever.

b) Gevolgen.

1° Indien de lastgever in strijd met de afspraken toch de goederen waarvoor volmacht werd verleend, vervreemdt aan een derde, dan heeft deze derde de goederen geldig verkregen, en kan tegen hem slechts worden opgetreden op grond van de *actio pauliana* of het leerstuk van de derde-medeplichtigheid²⁴. Het gaat slechts om een verbintenisrechtelijke beperking, die als dusdanig de goederen níet bezwaart²⁵.

Vb. Indien A een onherroepelijke inningsvolmacht geeft aan B en nadien dezelfde vordering overdraagt aan C, dan gaat C vóór, behoudens derde-medeplichtigheid van C aan de wanprestatie van A jegens B.

Nu kan men weliswaar betogen dat de situatie van C niet zo erg verschilt naargelang A nu zakenrechtelijk beschikkingsonbevoegd was, dan wel alleen maar wanprestatie pleegde: in beide gevallen wordt hij beschermd als hij te goeder trouw is. Maar vooreerst is het verschil enkel bij roerende goederen klein (niet bij onroerende) en vervolgens heeft C wel een onderzoeksplicht t.a.v. zakenrechtelijke beperkingen en níet t.a.v. louter verbintenisrechtelijke beperkingen. Bovendien helpt een vordering wegens derde-medeplichtigheid niet indien die derde insolvent is (uitzondering : de *actio Pauliana*), terwijl een zakelijk werkend recht natuurlijk “*konkursfest*” is.

2° Ook is de onherroepelijkheid van de volmacht niet “*konkursfest*” (faillissementsvast), d.i. niet tegenwerpelijk aan in samenloop komende schuldeisers in geval van *faillissement*, beslag e.d.²⁶, en dit zonder dat de vraag van de goede trouw van die schuldeisers ter sprake kan komen (zij doen immers niets anders dan hun vordering verhalen).

Dit is maar al te duidelijk bij hypothecaire volmacht, inningsmandaat, e.d.m.

Bij faillissement of een andere vorm van samenloop van de schuldeisers van de opdrachtgever, hoeven deze laatste zich niet te storen aan de lastgeving of opdracht (commissie, enz.) en kan de *curator* deze zonder meer beëindigen, om volgens de normale regels de onder beheer gestelde goederen te verzilveren (dit wordt hoogstens dan anders, wanneer de eigendom van de begunstigde een gezamenhands karakter krijgt (en dus een afgescheiden vermogen vormt).

3° In beperkte mate heeft de volmacht wél een zakelijke werking indien zij de lasthebber een retentierecht verschafft, wat veronderstelt dat hij de goederen onder zich heeft. In dat geval immers kan de lasthebber de goederen weigeren af te geven aan de eigenaar ervan (de

²⁴ Zie voor een nadere studie mijn bijdrage in : *De overeenkomst en derden. De externe gevolgen van de overeenkomst*, BV.B.J. - Jeune Barreau Bruxelles - Vlaams Pleitgenootschap, Brussel 1995.

²⁵ Vgl. uitdrukkelijk HR 29-9-1989, NJ 1990 nr. 307: een dergelijk beding werkt alleen verbintenisrechtelijk.

²⁶ Vgl. hiervoor H.C.F. SCHOORDIJK, “De rechtsgevolgen van de onherroepelijkheid van een volmacht”, *WPNR* 1990 nr. 5965, p. (393) 394.

lastgever) zolang deze zijn verplichtingen (waaronder ook het eerbiedigen van de volmacht) niet nakomt. Dit is een situatie die zich kan voordoen bij in bewaring gegeven roerende zaken, maar ook bij vorderingen op een vierde persoon, zoals bv. in het geval van de kwaliteits- of rubriekrekening, waar de titularis een retentierecht kan uitoefenen op de gelden (strikt genomen : op de vordering op de rekeninghoudende instelling) tot de eigenaar aan de voorwaarden voor uitbetaling voldoet. Dit retentierecht kan meer bepaald een rol spelen wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden voor schuldvergelijking.

Behoudens een mogelijk retentierecht heeft de middellijke vertegenwoordiger geen enkel recht op de goederen en treedt hij aan als louter chirografair schuldeiser, tenzij het voorrecht van de commissionair (dat eigenlijk een pandrecht is) toepasselijk is. Meer in het algemeen vormen de goederen geen afgescheiden vermogen, zodat de door de vertegenwoordiger beheerde goederen "bruto" in de boedel vallen van de opdrachtgever, en de schuldeisers van schulden die voor het beheer van die goederen zijn aangegaan géén voorrang hebben op de andere schuldeisers van de opdrachtgever (wat bv. anders is bij een vennootschap). Dit laatste is slechts anders wanneer de vertegenwoordiger zijn pandrecht ook zou kunnen uitoefenen tot terugbetaling van schulden aangegaan omwille van het beheer en waartoe hij persoonlijk jegens derden zou zijn gehouden.

Is er meer dan één lastgever of opdrachtgever, dan hebben hun rechten in beginsel ook g e e n g e b o n d e n n o c h e e n g e z a m e n h a n d s k a r a k t e r : elk van hen kan in beginsel steeds de verdeling vorderen (geen gebonden karakter), en tijdens de onverdeeldheid zou elk van hen zelfs zijn aandeel in afzonderlijke goederen kunnen vervreemden (geen gezamenhands karakter, maar een gewone onverdeeldheid). Elders bespreken we figuren waar dat anders is, en die dan ook veel dichter bij de *trust* komen. Wél is het zo dat - op verbintenisrechtelijk vlak - de regel van de onherroepelijkheid niet meer zal gelden wanneer de volmacht in het belang van meerdere lastgevers dient te worden uitgeoefend (zie verder).

B. Andere vormen van vertegenwoordiging, in het bijzonder de middellijke.

1. Middellijke of onrechtstreekse vertegenwoordiging.

a. Algemeen kenmerk.

Bij middellijke vertegenwoordiging (*représentation indirecte* of *imparfaite, indirect representation, mittelbare Vertretung*) handelt de vertegenwoordiger niet als lasthebber in enge zin, d.i. in naam van de lastgever, maar in eigen naam (*proprio nomine*) voor andermans rekening of voor gemene rekening²⁷. Ons recht erkent deze rechtsfiguur op algemene wijze²⁸. Het optreden kan daarbij zowel openlijk voor andermans rekening zijn, dan wel verborgen, d.i. naamlening. Dit laatste onderscheid is verbintenisrechtelijk niet van belang, maar zakenrechtelijk wel (onder meer voor het verhaalsrecht van de schuldeisers).

Schoolvoorbeelden van openlijke middellijke vertegenwoordigers voor rekening van een opdrachtgever (principaal) zijn de verschillende vormen van commissionair (waaronder de verkoopcommissionair, de beursmakelaar, de commissionair-expediteur e.d.m.). Andere voorbeelden van middellijke vertegenwoordigers (openlijk of verborgen) zijn de naamleener, de vennoot van een croupier, de beherende vennoot van een stille maatschap (die handelt in eigen naam voor gemene rekening).

b. Gevolgen in het algemeen.

Een rechtstreekse verhouding ontstaat in beginsel énkél op zakenrechtelijk vlak, níét op verbintenisrechtelijk vlak.

1° Verbintenisrechtelijk

Wanneer een middellijke vertegenwoordiger handelt, dan ontstaan er in beginsel géén schuldvorderingen tussen zijn opdrachtgever en de wederpartij, maar enkel tussen de middellijke vertegenwoordiger en de wederpartij enerzijds en tussen de middellijke

²⁷ Dit laatste vinden we bij de zgn. “stille maatschap”.

²⁸ Vgl. reeds P.A. FORIERS, in *Les opérations fiduciaires*, (263) 265 v. en 299 v. - die evenwel ten onrechte verdedigt dat de middellijke vertegenwoordiger in de meeste gevallen wél eigenaar is van de goederen. Voor Frankrijk, zie recent F. LEDUC, “Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite”, *RTDCiv* 1999, 283 v.

vertegenwoordiger en de opdrachtgever anderzijds²⁹ (een rechtstreekse verhouding kan wel het gevolg zijn van latere gebeurtenissen, zoals een overdracht van schuldvordering door de vertegenwoordiger aan zijn opdrachtgever of de toepassing van art. 103 FaillW). Uit het eerste volgt dat verbintenisrechtelijk de middellijke vertegenwoordiger enkel zichzelf verbindt. Uit het tweede leidt men af dat de schuldvorderingen die de middellijke vertegenwoordiger verkrijgt in beginsel zijn eigendom zijn - al moet dit worden geschakeerd en geldt in zekere zin veeleer het omgekeerde (deze vraag naar het statuut van de vordering die de middellijk vertegenwoordiger zelf verkrijgt (op zijn wederpartij) komt later nog ter sprake).

In een arrest Cass. 24 oktober 2008³⁰ over bekrachtiging van de verkoop door iemand die in eigen naam onbevoegd andermans goed verkocht, werd beslist dat de eigenaar door de bekrachtiging toegetreden was tot de overeenkomst, zodat bij nietigheid of ontbinding beiden in solidum aansprakelijk waren voor de terugbetaling van het voorschot. Wat de verkoper betreft is dat zeker terecht. Wat de eigenaar betreft was dat in casu misschien terecht, maar in zijn algemeenheid is dat onjuist.

2° Zakenrechtelijk

Zakenrechtelijk aanvaardt ons recht - i.t.t. sommige andere rechtsstelsels - dat de eigendomsoverdracht en andere zakenrechtelijke rechtsgevolgen rechtstreeks plaatsvinden tussen de opdrachtgever (vertegenwoordigde) en de derde-wederpartij³¹ of omgekeerd, ook al ontstaat er in beginsel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Wanneer de middellijke vertegenwoordiger goederen levert of ontvangt, gaat de

²⁹ Zie voor het openlijk voor rekening van derden optreden (commissie) o.m. Cass. 25 oktober 1963, *RW* 1963-64, 1216 = *Pas.* I, 20; Cass. 22 oktober 1976, *RW* 1976-77, 1273 = *Pas.* I, 229. Dit geldt ook bij naamkening (het verborgen op naam van derden optreden), zie de terechte argumentatie van o.m. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *JT* 1980, 417 v., meer bepaald 419-420; de wederpartij heeft géén keuze zoals bij veinzing, aangezien er (althans verbintenisrechtelijk) helemaal geen ontveinsde (gedissimuleerde) werkelijkheid is.

³⁰ nr. C.08.0065.N, jaarverslag Cass. 2008, 45, *RW* 2009-10, 69 n. Ruud JANSEN

³¹ In die zin W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 150, p. 489-490; L. SIMONT, "Le problème de la représentation dans le contrat de commission sur marchandises", *JCB* 1956, p. (129) 135 nr. 9 en 147 nr. 16 (argument uit o.m. het voorrecht van de commissionair) doch niet meer zo in "Exposé introductif", in *Les intermédiaires commerciaux*, Jeune Barreau Brussel 1990, (7) 19 nr. 13); L. FREDERICQ, *Traité*, I, nr. 177; VAN RYN-HEENEN, *Principes*, IV, nr. 62; VAN GERVEN-STUYCK, *Ondernemingsrecht B*, nr. 518; vgl. reeds F. LAURENT, *Principes*, XXIV, nr. 210. Anders P.A. FORIERS, in *Les opérations fiduciaires*, p. (263) 300-301. De onjuistheid van de andere stelling blijkt m.i. reeds uit art. 103, 2 FaillW, minstens voor alle gevallen waarin de commissionair openlijk als dusdanig optreedt. Vgl. ook art. 13 V (vroeger 10 V) van het KB giraal effectenverkeer voor effectenrekeningen (effectenhandel via beursmakelaars). Een bijkomend argument is dat de commissionair een voorrecht - eigenlijk een wettelijk pandrecht - heeft op de goederen, wat inhoudt dat hij geen eigenaar is.

eigendom in ons recht³² rechtstreeks over tussen wederpartij en opdrachtgever, althans voor zover aan de overige vereisten voor dergelijke eigendomsoverdracht is voldaan.

Bij lichamelijke goederen is daartoe bv. in beginsel vereist dat deze geïndividualiseerd zijn, maar als dat niet het geval is, dan kan het nog zijn dat er toch een rechtstreekse eigendomsovergang plaatsvindt, maar dan wel van een onverdeeld aandeel in een bepaalde hoop goederen (dit zien we duidelijk bij een giraal effectendepot: effecten die onder het giraal effectenverkeer vallen³³ worden door de beursmakelaar aangekocht voor rekening van zijn opdrachtgever; deze verwerft in werkelijkheid een onverdeeld aandeel van het giraal depot van effecten van die aard - juist nog een aandeel in een aandeel van een effectendepot).

De rechtstreekse verkrijging van goederen door de opdrachtgever via de middellijke vertegenwoordiger blijft niet noodzakelijk beperkt tot gevallen waarin er een levering (overdracht) plaatsvindt door de derde aan de middellijke vertegenwoordiger. Er zijn ook gevallen van oorspronkelijke eigendomsverkrijging door de opdrachtgever via een middellijke vertegenwoordiger, zoals bv. wanneer goederen in opdracht van en voor rekening van een opdrachtgever worden vervaardigd (loonfabricage, *façonage*).

Rechtstreekse verkrijging van vermogensvoordelen door middel van een middellijk vertegenwoordiger vinden we ook wanneer de vertegenwoordiging uitsluitend het optreden ten processe betreft (zie verder).

Niet alleen wordt de begunstigde daardoor eigenaar en dus zakenrechtelijk beschermd. Nog belangrijker wellicht is dat door het toekennen van het eigendomsrecht aan de opdrachtgever en niet aan de tussenpersoon, de schuldeisers van de opdrachtgever niet in de kou komen te

³² Dat is ook zo in het Franse recht (zie F. LEDUC, "Réflexions sur la convention de prête-nom", *RTDCiv* 1999, (283) 309 nr. 31 met verwijzingen naar Franse cassatie- en andere rechtspraak) en in het (Staats)Nederlandse recht, dat laatste althans voor roerende goederen (zie art. 3:110 N.B.W.; L. GROEFSEMA, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, Kluwer 1993). In het Duitse recht is dit slechts onder zeer strikte voorwaarden het geval, en vindt er in beginsel een dubbele eigendomsoverdracht plaats (tenzij bij *Geheißerwerb* (*Geschäft für den, den es angeht*) en overdracht van toekomstige schuldvorderingen). Dit sluit niet uit dat de fiduciant in sommige gevallen zakenrechtelijk wordt beschermd doordat de goederen juridisch afgezonderd blijven van het vermogen van de tussenpersoon (namelijk voor goederen die fiduciair werden toevertrouwd). In het Zwitserse recht vinden we precies het omgekeerde van het Duitse recht (het aanvaardt dat men rechtstreeks goederen kan verkrijgen door middel van een tussenpersoon, maar geeft geen bescherming voor goederen die aan een tussenpersoon werden overgedragen tot beheer). Bij onroerend goed bestaat de mogelijkheid in het (Staats)Nederlandse en Duitse recht niet, en vindt er dus maar een rechtstreekse verkrijging door de gemeenschap plaats wanneer ook in naam van de gemeenschap wordt verkregen - zie voor (Staats)Nederland HR 2 april 1976, Modehuis Nolly, *NJ* 450.

³³ D.i. het stelsel van KB nr. 62 van 10-11-1967 Giraal effectenverkeer (meermaals gewijzigd). De effecten vallen daaronder wanneer de beursmakelaar is aangesloten bij een goedgekeurde vereffeninginstelling (met name de CIK, dochter van Euronext, en de effectenvereffeningstelsels van de Nationale Bank en van Euroclear) en de deponent heeft ingestemd met het vervangbaar stellen van de effecten.

staan³⁴. Omgekeerd wordt de tussenpersoon meestal zakenrechtelijk beschermd door zijn retentierecht.

Tenslotte dient te opgemerkt dat bij middellijke vertegenwoordiging, inbegrepen zuivere naamgeving, art. 1321 BW (keuze voor de wederpartij) niét van toepassing is op verbintenisrechtelijk vlak: de wederpartij heeft niet de keuze of hij de "vertegenwoordiger" of de vertegenwoordigde wil aanspreken, hij heeft enkel verhaal op de tussenpersoon. Er is ook geen simulatie op verbintenisrechtelijk vlak: de vertegenwoordiger verklaart zichzelf te verbinden en verbindt ook zichzelf³⁵.

Art. 1321 BW kan een rol spelen op zakenrechtelijk vlak naargelang de middellijke vertegenwoordiger al dan niet openlijk voor een - doorgaans niet nader genoemde - ander optreedt. De middellijke vertegenwoordiging - dus het in eigen naam handelen voor andermans of gemene rekening - kan immers zowel openlijk als verborgen geschieden:

- in het eerste geval wordt misschien wel de naam van de opdrachtgever (of van de stille vennoten) verborgen gehouden, maar niet het feit dat voor andermans of gemene rekening wordt gehandeld; de derde kan niet op het tegendeel vertrouwen;
- in het tweede geval wordt ook het feit dat voor andermans of gemene rekening wordt gehandeld verborgen gehouden (zuivere naamgeving). Verbintenisrechtelijk gaat het nog steeds niét om veinzing, maar zakenrechtelijk wél: de vertegenwoordiger wekt bewust de schijn dat hij ook (alleen) eigenaar is van de goederen die hij beheert of verkrijgt, zodat derden daar ook op mogen vertrouwen³⁶. Het resultaat hiervan moet zijn dat de eigen schuldeisers van de

³⁴ Zie verder mijn genoemde bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v., nr. 13 en 22 = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. 277 v., nr. 13 en 22.

³⁵ Vgl. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *JT* 1980, (417) 419-420; F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, 283 v.

³⁶ Deze opvatting over de zakenrechtelijke veinzing heb ik eerder ontwikkeld, onder meer in mijn bijdrage "De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b. naamgeving, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993", *Proces & bewijs* 1994, 53 v., meer bepaald nr. 3. Zij werd gevolgd en verder uitgewerkt door J. VANANROYE in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, (205) 223 v. randnr. 23 en in *TPR* 1999, (1453) 1482 v. Zie voor aanzetten daartoe in Nederland PITLO-BOSKAMP-CAHEN, *Korte uitleg*, p. 56, en ook J.L.P. CAHEN, "Het omslagpunt bij de middellijke vertegenwoordiging" in *Op de grenzen van komend recht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Kluwer Deventer - Tjeenk Willink Zwolle 1969, 67 v.

Vgl. ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 311 nr. 32.

Waar De PAGE zondigt door het ene uiterste, namelijk elke naamgeving als simulatie te beschouwen, zondigen sommige andere schrijvers door het andere uiterste, nl. door te stellen dat veinzing gewoon niet mogelijk is in die gevallen (b.v. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *J.T.*, 1980, 417 e.v.; L. SIMONT, "Exposé introductif", in *Les intermédiaires commerciaux*, (7) 14 nr.

vertegenwoordiger verhaal kunnen nemen op die goederen, ook al behoren die toe aan diens opdrachtgever of maken ze deel uit van een stille maatschap tussen de vertegenwoordiger en één of meer andere maten.

De hier aangegeven regel werd toegepast bij het verhaal van een schuldeiser van een beherende vennoot van een stille maatschap op een schuldvordering van de maatschap in het arrest-*Van Laere*³⁷. Het arrest besliste dat het gemeenschappelijk karakter van een schuldvordering die door de handelende vennoot in eigen naam voor gemene rekening was verkregen, en dus het vallen binnen het afgescheiden vermogen van de maatschap (en niet in het privé-vermogen van de handelende vennoot) niet tegenwerpbaar is aan de schuldeisers van eigen schulden van de handelende vennoot (*in casu* in geval van samenloop ontstaan door het faillissement van de beherende vennoot). Gevolg daarvan is bv. dat wanneer een persoon voor gemene rekening handelt (stille maatschap) zonder dat dit blijkt, de door hem in eigen naam beheerde goederen vatbaar zijn voor verhaal door zijn persoonlijke schuldeisers, ook al gaat het eigenlijk om gemeenschappelijke goederen: de mede-eigendom wordt immers bewust verborgen gehouden, zodat dit aan derden de mogelijkheid geeft deze te negeren.

c. Enkele bijzondere gevolgen :

1° Rechtstoestand en verplichtingen van de vertegenwoordiger.

Anders dan de onmiddellijke vertegenwoordiger, is de middellijke vertegenwoordiger omgekeerd persoonlijk gehouden tot de schulden, tenzij zijn gehoudenheid is beperkt doordat de aangegane verbintenissen krachtens de wet of de overeenkomst slechts op de beheerde goederen verhaalbaar zijn (dit is onder meer de regel bij de wettelijk georganiseerde gevallen van vereffeningsbewind) - wat evenwel de persoonlijke aansprakelijkheid voor fouten niet uitsluit.

Verder zijn de gemeenrechtelijke regels van lastgeving van toepassing betreffende de zorgplicht (inbegrepen de *best execution rule*), de inlichtingenplicht en de verplichting tot rekenschap en verantwoording, de daarmee verband houdende verplichting tot voordeelsafdracht van krachtens zijn beheer verkregen voordelen, die volgt uit de *no profit rule*, de *no conflict rule*, en dergelijke meer - onder voorbehoud van bijzondere wettelijke regels. De fiduciaire verplichting van een dergelijke lasthebber verschilt niet wezenlijk van die van een fiduciaire eigenaar.

De vertegenwoordiger heeft in beginsel ook de verplichting om de goederen van de opdrachtgever afgezonderd te houden van zijn persoonlijk vermogen. Deze verplichting is - zoals hoger reeds gesteld - uitdrukkelijk in de wet

11). Deze schrijvers verwarren de verbintenisrechtelijke gevolgen, waarvoor hun stelling juist is, en de zakenrechtelijke gevolgen, waarvoor ze onjuist is.

³⁷ Cass. 30 maart 1962, *Pas.* 842 = *RPS* 1963 nr. 5108, 86 = *RW* 1962-63, 538, ook besproken door J. VANANROYE in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, (205) 295 v. randnr. 111 en in *TPR* 1999, (1453) 1485 v.

opgenomen voor "beleggingsondernemingen" (d.i. beursvennootschappen, vennootschappen voor vermogensbeheer en vennootschappen voor financiële makelarij), voor zover het om het beroepsmatig beheer van financiële instrumenten (of instrumenten voor belegging in grondstoffen) gaat. Het beheer van andermans onroerend goed, handelsfonds of roerende zaken of vorderingen, voor zover het daarbij niét om financiële instrumenten gaat, valt zoals gezegd buiten deze wet (behoudens de beleggingen in grondstoffen, bij KB gereguleerd). Het beheer van financiële instrumenten door andere gereguleerde beroepen (bv. advocaten, notarissen) op bijkomstige wijze valt eveneens buiten deze reglementering, precies omdat er bijzondere regels bestaan (op grond van die regels bestaat er evenzeer de verplichting om derdengelden afgezonderd te houden) - zie verder onder III. Kwaliteitsrekeningen.

2° Rechtstoestand van de opdrachtgever en diens schuldeisers.

- Zakenrechtelijk is de rechtstoestand van de opdrachtgever vrij sterk, meer bepaald ten aanzien van de schuldeisers van de vertegenwoordiger, minstens in die gevallen waarin de vertegenwoordiger openlijk als (middellijk of onmiddellijk) vertegenwoordiger optreedt. De goederen zijn immers geen eigendom van de vertegenwoordiger, en vallen dus niet in zijn boedel (bij faillissement) noch nalatenschap.

Weliswaar kunnen er een aantal botsingen tussen zakelijke rechten ontstaan (bv. de vertegenwoordiger gaat zijn bevoegdheid te buiten door te vervreemden aan een derde te goeder trouw³⁸; of nog, schuldeisers van de middellijke vertegenwoordiger die voortgaan op zijn schijnbare solvabiliteit doordat hij in eigen naam andermans goederen beheert; en dergelijke meer), maar dat betreft een meer algemeen vraagstuk, dat ook buiten elke fiduciaire of *trustachtige* verhouding om bestaat.

De bescherming van de opdrachtgever tegen bevoegdheidsoverschrijding van de vertegenwoordiger hangt daarbij af van de macht die de vertegenwoordiger over de beheerde goederen heeft. Zo hij ze in zijn macht heeft, d.w.z. in feitelijk bezit heeft (roerende zaken en waardepapieren) dan wel ze op zijn naam staat (schuldvorderingen op naam, onroerend goed) is de bescherming van de opdrachtgever een stuk minder. Dit is vooral duidelijk bij roerende zaken : zodra de derde het bezit verkrijgt en daarbij te goeder trouw is, wordt hij eigenaar (het gaat immers om misbruik van vertrouwen, en niet om verloren of gestolen goederen).

Ter versterking van de bescherming van de opdrachtgever helpen ten dele regels van dezelfde aard als bij de beheerseigendom. De bescherming van de opdrachtgever kan aldus worden versterkt door de goederen in bewaring te geven bij een derde (zie hierboven over de verplichting daartoe). Zij kan ook worden versterkt wanneer het om het beheer van schuldvorderingen op naam gaat (bv. kwaliteitsrekening), doordat de schuldenaar van die vorderingen op de hoogte kan worden gesteld van de beperkingen aan de bevoegdheid van de middellijke vertegenwoordiger.

³⁸ Daarbij kan worden opgemerkt dat de bescherming van de (volle) eigenaar tegen derde-verkrijgers te goeder trouw in ons recht bij roerende goederen zelfs minder ver gaat dan de bescherming van een loutere *equitable owner (beneficiary)* in het Engelse recht - wat aantoonst dat het geen zin heeft om in een *equitable interest* veel minder te zien dan een echt eigendomsrecht, zij het onder bewind van een derde.

De opdrachtgever geniet ook van zakelijke subrogatie wanneer de vertegenwoordiger goederen vervreemdt en daardoor een schuldvordering verkrijgt (meer bepaald op de prijs). Het statuut van deze schuldvordering wordt hieronder nader besproken.

- Verder bestaat er - althans bij openlijke vertegenwoordiging - geen gevaar voor benadeling van de schuldeisers van de opdrachtgever, vermits bij faillissement van de opdrachtgever de goederen in beginsel diens boedel vallen, en hij ze omgekeerd kan revindiceren uit de boedel van de bewindvoerder.

- De opdrachtgever is verder in beginsel niet gehouden jegens derden voor de door de vertegenwoordiger *qualitate qua* aangegane schulden (zolang deze niet in naam van de opdrachtgever zijn aangegaan).

Wel zal de opdrachtgever de vertegenwoordiger in beginsel moeten vergoeden voor de beheerskosten, doch dit hangt af van de inwendige rechtsverhouding tussen hen. De derde zal zich eventueel op deze vordering kunnen verhalen of de opdrachtgever door middel van de zijdelingse vordering tot betaling kunnen dwingen³⁹. Ook zal hij gebeurlijk, wanneer de goederen bij een derde in bewaring zijn gegeven, een retentierecht van die derde moeten ondergaan, tot zekerheid van de schuldvorderingen van die derde die met de goederen verband houden (bewaringskosten en dergelijke).

- De opdrachtgever kan anoniem blijven, behoudens de transparantieregels bij beursgenoteerde vennootschappen en dergelijke meer.

- De rechten van de opdrachtgever kunnen wel niet op dezelfde wijze worden gemodaliseerd als bij schuldvorderingen. Als meer modaliseren nodig is dan het zakenrecht mogelijk maakt (in het bijzonder bij het beheer van schuldvorderingen en effecten zijn die mogelijkheden wel ruim), dient men de eigendom ofwel bij de beheerder te leggen ofwel in een rechtspersoon onder te brengen.

3° (On)herroepelijkheid van de volmacht.

Anderzijds is de positie van de tussenpersoon/beheerder natuurlijk zwakker dan in de gevallen waarin hij volle eigenaar is. Nog los van het gebrek aan zakelijke of privatieve werking van de volmacht is er vooreerst de vraag of men de volmacht onherroepelijk kan maken.

Dit wordt verderop meer algemeen besproken.

4° Zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid ?

³⁹ In sommige andere rechtsselsels (bv. NBW, *Principles of european contract law*) heeft de derde onder bepaalde voorwaarden wel een vordering jegens de opdrachtgever, zij het steeds binnen de perken van zowel zijn vordering op de tussenpersoon als diens vordering op de opdrachtgever.

Hoger werd reeds de regel besproken dat de verlening van bevoegdheid aan een vertegenwoordiger werkt in beginsel niet zakelijk werkt, en dus de opdrachtgever niet beschikkingsonbevoegd maakt.

Wel kunnen we in ons recht een aantal gevallen van middellijke vertegenwoordiging onderscheiden waarbij de gerechtigde niet zelf kan optreden.

Op de eerste plaats gaat het om de gevallen van handelingsonbekwaamheid van de eigenaar. Handelingsonbekwaamheid kan echter niet het gevolg zijn van een overeenkomst, en heeft bovendien steeds werking over het vermogen van de onbekwame in het algemeen.

Vervolgens vinden we dit ook bij beslag, faillissement en andere vormen van vereffeningbewind. Vereffeningbewind kan weliswaar soms bij overeenkomst worden ingesteld (een vennootschap kan zichzelf in vereffening plaatsen, gerechtelijk akkoord, en dergelijke), maar strekt altijd tot een vereffening van een vermogen, nooit tot beheer ervan.

Geen echt vereffeningbewind, maar toch een geval waarin de bevoegdheid van de bewindvoerder zakelijk werkt, is de testamentaire executele over roerende goederen zoals geregeld door art. 1026 en 1027 BW (met een hoogst duur van 1 jaar). Dit bewind was oorspronkelijk wellicht bedoeld als vereffeningbewind, gezien de regel dat roerende goederen werden verkocht en de legaten met de opbrengst ervan werden uitbetaald (zie in dit verband art. 1037 BW).

Ook geen vereffeningbewind, maar wel een begunstigingsbewind is het fideicommissair bewind (waar dit toegelaten is), doch daar is gedurende het bewind niet de verwachter eigenaar, maar wel de fiduciaris.

Een privaat bewind door een middellijk vertegenwoordiger (waarbij een onrechtmatige intrekking van de volmacht geen rechtsgevolg heeft) vinden we in ons recht m.i. wél bij twee rechtsfiguren die elders uitvoeriger ter sprake komen, namelijk de kwaliteitsrekening (onder IV.) en de gebonden mede-eigendom (zie elders).

Ook het administratiekantoor komt in de buurt, want hoewel dit op het eerste gezicht volle eigenaar lijkt van de gecertificeerde aandelen of andere titels (d.i. diegene in ruil waarvoor het certificaten heeft uitgegeven) beheert het de effecten volgens de wet (art. 503 (voorheen 43 bis) § 1 lid 3 en 242 (voorheen 124 ter) § 1 lid 3 en 4) Venn.Wb. *qualitate qua* !

Middellijke vertegenwoordiging in het algemeen leidt echter niet tot de constructie van een trust.

Het loutere beheer door een middellijk vertegenwoordiger doet geen *trust* doen ontstaan in de zin van het Haags *Trust*verdrag, afgezien wellicht van de nog te bespreken gevallen als de kwaliteitsrekening en de gebonden mede-eigendom, alsmede, naargelang de kwalificatie die men eraan geeft, de certificatie.

Nochtans mag men het onderscheid tussen de middellijke vertegenwoordiging gegrond op een onherroepelijke

volmacht en de Anglo-Amerikaanse *trust* niet overroepen: in het Engelse recht geldt dat zo het recht van de begunstigde onvoorwaardelijk is, en de begunstigde handelingsbekwaam, deze ten allen tijde de *trust* kan beëindigen (en overdracht van de goederen vorderen); zijn er meerdere *beneficiaries*, dienen ze wel allemaal akkoord te gaan⁴⁰. De bijkomende mogelijkheden van rechtsstelsels met een klassieke *trust* zijn dus bijna uitsluitend te vinden in de gevallen waarin de begunstigde slechts voorwaardelijke rechten heeft⁴¹.

De handeling waarmee goederen aan het beheer van een middellijk vertegenwoordiger worden toevertrouwd is dus ook geen beschikking over de goederen, aangezien de vertegenwoordiger er geen zakelijk recht op verkrijgt. Het is dus ook geen beschikking om niet, en dus niet onderworpen aan de regels inzake inbreng en inkorting

5° Statuut van de vordering op de derde, die de vertegenwoordiger verwerft.

In het licht van het beginsel dat eigendom rechtstreeks van de wederpartij naar de opdrachtgever overgaat en ook rechtstreeks in hoofde van de opdrachtgever kan ontstaan, dient men m.i. het statuut van de schuldvorderingen op derden die de middellijke vertegenwoordiger door het sluiten van de handeling verwerft, opnieuw te bekijken. Kan men zeggen dat de schuldvordering volledig, in volle eigendom, toekomt aan de middellijke vertegenwoordiger? Of komt zij ook in zekere zin toe aan de opdrachtgever, al dan niet onmiddellijk, en zo ja, in welke zin?

Art. 103, lid 2 van de Faillissementswet (1997) bepaalt namelijk dat bij middellijke vertegenwoordiging, de “*prijs van (de) koopwaren, aan de gefailleerde in bewaring gegeven of in consignatie gegeven om te worden verkocht voor rekening van de afzender, kan worden teruggevorderd in zover hij niet is betaald, noch in waardepapier voldaan, noch in rekening-courant tussen de gefailleerde en de koper verrekend.*” Uit het woord terugvordering (revindicatie) blijkt duidelijk dat de wetgever hiermee bedoelt dat de schuldvordering op de prijs, die nochtans op naam staat van de commissionair, minstens in geval van faillissement van die laatste, in eigendom toekomt aan de opdrachtgever.

Hier wordt er van uitgegaan dat de middellijke vertegenwoordiger de schuldvordering verkrijgt “voor rekening van” de opdrachtgever en dat deze laatste deze schuldvordering onder nadere voorwaarden ook zelf kan uitoefenen; zolang aan die voorwaarden niet is voldaan kan dit niet.

- De meer traditionele verklaring van de regel van art. 103 lid 2 FaillW. is zaaksvervanging (zakelijke subrogatie). Voor zover de regel enkel het gevolg zou zijn van zakelijke subrogatie, speelt die slechts wanneer de schuldvordering in de plaats komt van een zaak (dus vanaf de eigendomsovergang van de verkochte zaak – m.a.w. de schuldvordering ontstaat niet in hoofde van de opdrachtgever bij het sluiten van de overeenkomst, maar gaat over op de opdrachtgever bij de rechtelijke levering van het goed, al kant dit wel op hetzelfde ogenblik

⁴⁰ Zie *Saunders v. Vautier*, (1841) 4 Beav. 115, 49 E.R. 282, affirmed (1841) Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482.

⁴¹ De Verenigde Staten, Alberta en Manitoba, kennen deze Engelse regel echter niet.

geschieden⁴²), maar wel ongeacht of de middellijke vertegenwoordiger openlijk als dusdanig - dit is *qualitate qua* - optreedt of verborgen (als naamleener).

- Wat hierbij evenwel ontbreekt, is een verklaring voor het feit dat de gesubrogeerde, d.i. de opdrachtgever, zijn schuldvordering blijkbaar niet zomaar kan uitoefenen, maar enkel wanneer de vertegenwoordiger insolvent is. Zolang dat niet het geval is, kan uitsluitend de vertegenwoordiger de schuldvordering uitoefenen. Men kan hierin een op volmacht gegronde bevoegdheid zien, en betogen dat deze volmacht impliciet onherroepelijk is, behalve bij insolventie van de vertegenwoordiger. Maar volmacht op zichzelf verschaft de vertegenwoordiger geen zakelijk recht op de vordering, zodat bij faillissement van de opdrachtgever diens schuldeisers daaraan niet gebonden zijn, en de bevoegdheid van de vertegenwoordiger dus zou vervallen bij faillissement van de opdrachtgever (zie verder onder II.). Dit is echter niet het geval. Daaruit moet men afleiden dat de vertegenwoordiger wel een zakelijk recht heeft op de vordering.

- Een zakelijk recht op de vordering kan ofwel gewoon eigendom zijn, die dan in bepaalde gevallen wegvalt (overgaat op de principaal), of een beperkt zakelijk recht, een soort “bewindsrecht”, voor zover men het bestaan daarvan in ons recht erkent.

Wil men eraan vasthouden dat de opdrachtgever inderdaad volledig eigenaar is van de schuldvordering op de derde, dan kan men proberen de “terugvordering” door de opdrachtgever in geval van insolventie van de vertegenwoordiger te beschouwen als de uitoefening van een naastingsrecht. Naastingsrechten, door de uitoefening waarvan een goed overgaat, vinden we meermaals in ons recht. Naasting van schuldvorderingen vinden we meer bepaald bij de naasting van een betwist recht (art. 1699 BW) en bij de uitoefening van het voorkeepsrecht door een pachter (die daardoor in de rechten en plichten treedt van de koper). Men kan hier van een soort subrogatie spreken, doch die subrogatie treedt niet van rechtswege in, maar slechts door de naastingshandeling. Zo men het terugvorderingsrecht van de opdrachtgever als een naastingsrecht beschouwt, is het er wel één dat slechts onder nadere voorwaarden kan worden uitgeoefend (met name enkel bij insolventie van de vertegenwoordiger).

- Ook hiermee is niet de hele zaak verklaard. De “terugvordering” van de schuldvordering door de opdrachtgever heeft bv. voorrang op een andere schuldeiser van de vertegenwoordiger die de vordering zou hebben verkregen (door cessie) of een pandrecht erop. Het recht van de opdrachtgever op de schuldvordering moet dus logisch “ouder” zijn dan de datum van het faillissement, aangezien het anders niet zou voorgaan. Het moet ook logisch ouder zijn dan elke overdracht of inpandgeving van die vordering, zelfs dan een overdracht of inpandgeving bij voorbaat (d.i. vooraleer de vertegenwoordiger de verkoop heeft gesloten) zoals die in vele kredietovereenkomsten wordt bedongen. Het recht van de opdrachtgever moet dus van bij het ontstaan van de schuldvordering inherent aanwezig zijn. Daaruit volgt m.i. dat de schuldvordering die ontstaat doordat de middellijke vertegenwoordiger voor rekening van zijn opdrachtgever handelt met een derde, niet in volle eigendom aan de vertegenwoordiger toekomt, ook al heeft hij een uitsluitend recht om die vordering uit te oefenen tot aan de “terugvordering” (die

⁴² In dat geval vindt de overgang door subrogatie een “logische seconde” later plaats dan het ontstaan van de schuldvordering in hoofde van de vertegenwoordiger, maar wel gelijktijdig met de eigendomsovergang van de goederen.

slechts in geval van faillissement van de vertegenwoordiger en gelijkgestelde gevallen mogelijk is).

Ik durf dan ook stellen dat de middellijke vertegenwoordiger ook de schuldvorderingen die hij verkrijgt, verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever, wat wil zeggen dat de opdrachtgever eigenaar is van de vordering - in die zin is er in de FaillW. wel degelijk sprake van een “terugvordering” en niet van een zuivere naasting – maar de vertegenwoordiger een zakelijk werkend bewindsrecht heeft⁴³.

Dit houdt in dat de genoemde regel niet enkel geldt voor de vordering op de prijs (bij verkoopcommissie), maar ook voor de vordering tot levering (bij aankoopcommissie). De rechtsgrond van de regel laat hier geen onderscheid toe.

- Wanneer men hiertegen zou opwerpen dat een vertegenwoordiger wel bestaande goederen rechtstreeks voor zijn opdrachtgever zou kunnen verkrijgen door levering, maar niet een goed oorspronkelijk in hoofde van zijn opdrachtgever kan doen ontstaan, dan tonen de voorbeelden van de loonfabricage en de middellijke vertegenwoordiging ten processe reeds aan dat dit onjuist is.

- Wanneer men hiertegen tenslotte zou opwerpen dat met het bewindsrecht een zakelijk recht wordt uitgevonden, dat in ons op een *numerus clausus* van zakelijke rechten gegrond zakenrecht niet wordt erkend, wijs ik op het vergelijkbare verschijnsel dat we aantreffen bij bepaalde vormen van mede-eigendom (huwgemeenschap, maatschap, feitelijke vereniging, beleggingsfonds, giraal effectendepot). Bij schuldvorderingen hoeft dit verschijnsel hoeft niet tot deze gevallen van mede-eigendom te worden beperkt, precies omdat het kan worden verklaard vanuit de inwendige structuur zelf van de schuldvordering. Waar men voor het overige kan beweren dat in ons recht een opsplitsing van eigendom in vermogensrecht en bewindsrecht – en dus een *dual ownership* zoals we dat vinden bij de echte *trust* – bij zaken slechts mogelijk is in het kader van een wettelijke georganiseerde vorm van mede-eigendom⁴⁴, dan geldt deze beperking daarom nog niet voor schuldvorderingen.

- Het resultaat is dan ook een bewindsrecht van de vertegenwoordiger, dat de opdrachtgever kan beëindigen overeenkomstig de voorwaarden die door de inwendige verhouding zijn bepaald. Men kan dit als een *trust* beschouwen, zij het één die slechts op een enkel goed betrekking heeft (de schuldvordering). Zijn er geen voorwaarden bepaald, dan geldt de bevoegdheid slechts bij faillissement of onvermogen van de vertegenwoordiger. Ten aanzien van derden dient art. 1690 BW (regeling van overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen) naar analogie te worden toegepast, onverminderd de bijzondere regels inzake faillissement (het reeds besproken art. 103 FaillW.). Daaruit volgt m.i. dat de kennis van de wederpartij van het voor andermans rekening of *qualitate qua* optreden van de tussenpersoon in beginsel bepalend zal zijn.

⁴³ Tot min of meer gelijkaardige besluiten, zij het met een verschillende redenering, komt ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 300 v. nr. 23. Voor F. AUCKENTHALER, “Commettant, commissionaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant”, *D.* 1998, 53 v. is de opdrachtgever eigenaar van de schuldvordering.

⁴⁴ Zie voor deze discussie i.h.b. W. van GERVEN, “Van 'croupiers' in de zin van art. 1861 BW en 'trustees'”, *Recht in beweging, Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder R. Victor*, Kluwer Antwerpen, II, 1159 v.

Dit laatste sluit dan ook weer aan bij de toepassing van art. 1321 BW, die zoals hoger gezegd bij middellijke vertegenwoordiging niet speelt op verbintenisrechtelijk vlak, maar wel op zakenrechtelijk vlak. Met andere woorden : wanneer de vertegenwoordiging niet openlijk gebeurt (de zuivere naamgeving), hebben derden de keuze om de vertegenwoordiger dan wel de opdrachtgever als eigenaar van de vordering te beschouwen⁴⁵. Dit heeft bv. gevolg voor de mogelijkheid tot schuldvergelijking over te gaan⁴⁶.

- Gevolg van het bewindsrecht van de vertegenwoordiger is verder ook dat de schuldenaar niet bevrijdend kan betalen aan de rechthebbende (opdrachtgever), en dat er zonder het akkoord van de bewindvoerder ook geen schuldvergelijking (verrekening) met schulden van de opdrachtgever kan plaatsvinden. Het is eerst anders wanneer de vertegenwoordiger afstand doet van zijn bewindsbevoegdheid; waar dit gebeurt, gebeurt het meestal in de vorm van een cessie aan de opdrachtgever. De overeenkomst kan nader bepalen vanaf wanneer de opdrachtgever zelf de schuldvordering kan uitoefenen. Het Zwitserse recht bepaalt dat bij gebreke daarvan dit mogelijk is zodra de opdrachtgever al zijn verplichtingen jegens de vertegenwoordiger heeft vervuld (art. 401 OR) – wat dus inhoudt dat de het recht van de vertegenwoordiger ook vergelijkbaar is met een retentierecht.

- Omgekeerd impliceert art. 103 FaillW. dat de wederpartij de schuldvordering van de vertegenwoordiger in beginsel wel kan verrekenen met de schulden van die vertegenwoordiger zelf, tenzij de wederpartij daarvan afstand zou hebben gedaan (beding van niet-verrekening in plaats van het beding van eenheid van rekening). We zullen zien dat dit laatste met name gebeurt in het geval van de zgn. kwaliteitsrekening. In de gevallen van vermogensbeheer en bij verhandeling van derdengelden door beroepsmensen (advocaten, notarissen, enz.) bestaat de verplichting om de tegoeden gescheiden te houden door middel van een kwaliteitsrekening en niet-verrekening te bedingen; bij andere gevallen van middellijke vertegenwoordiging echter heeft de vertegenwoordiger wel de verplichting rekenschap af te leggen, maar geen “afscheidingsplicht”.

Besluit: Uit art. 103 FaillW en de verdere uitwerking daaraan door rechtsleer en rechtspraak gegeven, blijkt dat er bij dergelijke vorderingen een trustachtige opsplitsing plaatsvindt van het eigendomsrecht op de vorderingen. In geval van insolventie van de tussenpersoon, en mogelijks ook in geval van rechterlijke tussenkomst bij wanprestatie van die persoon, kan die vordering door zijn opdrachtgever zelf worden uitgeoefend, maar overigens heeft de tussenpersoon er exclusief het beheer over. Dit heeft te maken met het onderscheid tussen de verbintenisrechtelijke en zakenrechtelijke gevolgen van de openlijke middellijke vertegenwoordiging: verbintenisrechtelijk is de tussenpersoon wederpartij, zakenrechtelijk komt het tegoed in beginsel toe aan zijn opdrachtgever; de rechten van de tussenpersoon hebben wel ook een zakelijk aspect (zo zal de opdrachtgever een bewindsrecht hebben op die schuldvordering en meestal ook een zekerheidsrecht).

2. Tussencategorie : naamloos of neutraal optreden

Dit betreft het optreden "*qualitate qua*", d.i. optreden voor rekening van de rechthebbenden op

⁴⁵ Vgl. ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, 283 v.

⁴⁶ Vergelijkbaar L.D. VAN SETTEN, *De commissionair in effecten*, p. 295.

een afgescheiden vermogen zonder rechtspersoonlijkheid, meer bepaald in het kader van de vereffening ervan.

Optreden “*qualitate qua*”

Deze vorm van vertegenwoordiging, die we vinden bij het vereffeningsoverzicht, wordt meestal als een afzonderlijke vorm gezien, omdat de vereffenaar noch in eigen naam optreedt, noch in naam van de schuldeisers, noch in naam van de gefailleerde, maar in zijn bijzondere hoedanigheid (*qualitate qua*) van bewindvoerder van het afgescheiden vermogen, dus in zekere zin “op naam van” het bestuurde vermogen

Door de invereffeningstelling ontstaat er immers een samenloop en is de beheerder of bewindvoerder verplicht de wettelijke rangeregeling tussen de schuldeisers te eerbiedigen.

Hedendaagse auteurs verwerpen om die reden elk gebruik van de term “vertegenwoordiging”; het zou gaan om een “wettelijk mandaat”⁴⁷; nochtans gaat het ook bij een “wettelijk” mandaat wel degelijk om een vorm van vertegenwoordiging, waarbij de vereffenaar optreedt voor rekening van de schuldeisers (althans de schuldeisers “in de boedel”) (zie hieronder).

Voorbeelden :

- de curator die optreedt voor rekening van de concurrente schuldeisers (d.i. de schuldeisers die “concurreren” in de samenloop i.t.t. de separatisten, die buiten de boedel om kunnen optreden) en hun rechten op de failliete boedel uitoefent;
- de pandverzilveraar; de notaris die optreedt bij uitvoerend beslag;
- de vereffenaar van een rechtspersoon;
- de erfgenaam die aanvaard heeft onder voorrecht van boedelbeschrijving.

Behalve bij samenloop vinden we deze vorm bv. ook bij de testamentuitvoerder (art. 1025 v. BW).

Wie is verbonden, op welk vermogen is het verhaalbaar ?

Op verbintenisrechtelijk vlak verbindt de bewindvoerder in beginsel zichzelf niet door de handelingen die hij in het kader van zijn bewindvoering stelt. Hij treedt immers niet op in eigen

⁴⁷ Dit is natuurlijk nietszeggend. Mandaat is synoniem van lastgeving. Het is wel degelijk een opdracht rechtshandelingen te stellen niet voor eigen rekening. De opdracht wordt bovendien niet door de wet gegeven, maar hoogstens door de wet omschreven. In die zin kan men wel van wettelijk mandaat spreken, ongeacht of de aanstelling gebeurt door de rechter (gerechtelijk mandataris) of door de schuldenaar zelf (bv. de vereffenaar van een rechtspersoon).

naam (al kan hij zichzelf wel borg stellen voor bepaalde verbintenissen die hij aangaat). Zo ook is de bewindvoerder die arbeidsovereenkomsten voortzet sociaalrechtelijk niet de werkgever⁴⁸.

De bewindvoerder verbindt ook de schuldenaar niet, in die zin dat de schuldenaar geen verbintenissen oploopt door die handelingen. Ook de schuldeisers in de vereffening lopen geen verbintenissen op door zijn optreden. De verbintenissen die hij *qualitate qua* aangaat zijn enkel verhaalbaar op het afgescheiden vermogen dat onder bewind staat⁴⁹ (dus niet op het vermogen van de bewindvoerder, noch op dat van de schuldeisers, en op het vermogen van de schuldenaar enkel voor zover het onder beslag ligt).

Bij naamloos of neutraal optreden, en dus meer bepaald in het kader van een vereffeningsbewind, is het het afgescheiden (onder bewind gestelde) vermogen dat jegens de medecontractant gebonden is op zakenrechtelijk vlak; niet op verbintenisrechtelijk vlak, tenzij dan in zoverre die verbintenissen verhaalbaar zijn op het afgescheiden vermogen dat door de neutrale vertegenwoordiger (bewindvoerder) wordt bestuurd.

De kosten en erelonen van de bewindvoerder zelf zijn eveneens verhaalbaar op het vermogen dat onder zijn bewind staat. Of de schuldeisers voor wie hij optreedt tot betaling daarvan gehouden zijn indien het gerealiseerde actief onvoldoende is om deze kosten te dekken, verschilt naargelang de vorm van vereffeningsbewind (zo is de opdrachtgever van een beslag wel gehouden tot betaling, de schuldeisers in een faillissement niet⁵⁰ – al kan men ook daar de toepassing van de regels van zaakwaarneming niet geheel uitsluiten).

Deze vorm van vertegenwoordiging noemt men ook neutraal of naamloos bewind, maar staat dus erg dicht bij de middellijke vertegenwoordiging, behoudens het ontbreken van persoonlijk verbonden zijn. Behalve bij samenloop vinden we deze vorm bv. ook bij de testamentuitvoerder (art. 1025 v. BW).

Zakenrechtelijke gevolgen van deze wijze van optreden

Dat hij beschikt over het vermogen en voor rekening van de rechthebbenden op dat vermogen, betekent ook dat de goederen die hij verkrijgt, in beginsel verkregen worden voor dat vermogen

⁴⁸ A. LIEVENS, "Enkele sociaalrechtelijke gevolgen van het faillissement in het licht van de nieuwe faillissementswet", *RW* 2004-2005, (801) 803 nr. 6; G. VERHEGGE, "Enkele sociaalrechtelijke problemen als gevolg van een faillietverklaring", *RW* 1983-84, (1442)1454.

⁴⁹ Voor een voorbeeld, zie Beslagrechter Hasselt 4 maart 1997, *RW* 2002-2003, 669: de aansprakelijkheid die de curator *qualitate qua* oploopt is enkel verhaalbaar op de (faillissements)boedel (*in casu* een bezettingsvergoeding).

⁵⁰ Voor een voorbeeld van het laatste, zie Hof Brussel 15 maart 2001, *TBH* 2002, 51 noot R. PARYS. Zie Cass. 13 september 1991, *Pas.* 1992, p. 38; Hof Luik 17 oktober 1996, *JT* 1997, 274; I. VEROUGSTRAETE, "Dettes de masse, privilèges te monnaie de faillite", *RCJB* 1990, (21) 26 nr. 11.

en er dus deel van gaan uitmaken. Op zakenrechtelijk vlak vinden we ook hier dus (zoals bij de gewone zowel als de middellijke vertegenwoordiging) een rechtstreekse eigendomsovergang van goederen - bij vervreemding een overgang van het onderbewindgestelde vermogen naar de verkrijger, bij verkrijging een overgang van de wederpartij naar het onderbewindgestelde vermogen. De bewindvoerder is verplicht ervoor te zorgen dat die goederen afgescheiden blijven van zijn privé-vermogen, onder meer door alle verrichtingen met geld via een kwaliteitsrekening (een rekening die hij *qualitate qua* aanhoudt als bewindvoerder van die specifieke boedel) te laten verlopen (bij faillissement gelden er daarbij bijzondere regels voor de faillissementsrekeningen).

Aansprakelijkheid bewindvoerder

Al verbindt de bewindvoerder zichzelf niet, hij is anderzijds natuurlijk wel aansprakelijk voor zijn bewindvoering.

De bewindvoerder moet rekening en verantwoording doen jegens de opdrachtgever *c.q.* de personen voor wiens rekening hij optreedt (zij het dat de vorm daarvan en de persoon aan wie verantwoording moet worden gedaan enigszins verschilt naargelang het soort vereffeningsbewind; ook de contractuele of buitencontractuele aard verschilt naargelang de bewindsvorm). Hij is daarbij persoonlijk aansprakelijk voor de fouten die hij begaat in de bewindvoering

- bv. jegens een schuldeiser die door zijn fout te weinig verkrijgt;
- bv. wanneer hij verbintenissen aangaat waarvan hij beseft dat ze niet kunnen betaald worden met het afgescheiden vermogen dat hij bestuurt.

Zie bv. ook art. 1034 BW voor de testamentuitvoerder.

3. Organieke vertegenwoordiging.

Dit is strikt genomen géén vertegenwoordiging : de "vertegenwoordiger" wordt namelijk niet beschouwd als een derde die de rechtspersoon vertegenwoordigt, maar als een "orgaan" waardoor de rechtspersoon handelt.

Dit betekent ook dat de verlening van de bevoegdheid gebeurt volgens de regels van het rechtspersonenrecht en niet volgens de regels van het geen contractenrecht. Met name voor de vormvereisten is dit van belang: krachtens het gemeen recht geldt de regel van vormparalellisme: de volmacht moet voldoen aan de vormvereisten die gelden voor de ermee te stellen rechtshandeling; die regel geldt níét voor de aanstelling van organen, waarvoor dan wel publiciteitsregels gelden.

4. Derdenbeding

Men kan het derdenbeding ook zien als een speciaal soort vertegenwoordiging, waarbij de bedinger een recht bedingt, niet voor eigen rekening, maar voor rekening van de derde-begunstigde en in zekere zin ook in diens naam, zodat de schuldvordering rechtstreeks in hoofde van de derde ontstaat. Voor zover de bedinger geen bevoegdheid zou hebben om de derde te vertegenwoordigen, kan men dit zien als een onbevoegde vertegenwoordiging, die bekrachtigd wordt door de aanvaarding ervan door de derde-begunstigde.

5. Zijdelingse vordering (art.1166 BW)⁵¹.

De schuldeiser kan ook de rechten die zijn schuldenaar jegens een derde heeft (behalve diegene die strikt persoonlijk zijn), maar verzuimt uit te oefenen, voor rekening van die schuldenaar uitoefenen. Het gaat niet enkel om het optreden in rechte (instellen of voortzetten van een eis, hoger beroep aantekenen of een ander rechtsmiddel aanwenden), maar ook om andere maatregelen (stuiten van de verjaring, inschrijven van een hypotheek, vernieuwen van een inschrijving, ten uitvoer leggen van een vonnis, enz.).

Men noemt dit de zijdelingse vordering (Fr. *action indirecte*); dat is een kenmerking van de eis die op die wijze wordt ingesteld - het recht krachtens hetwelk dat geschiedt is geen "vordering" maar een bevoegdheid.

Anders dan de *actio pauliana* gaat het hier niet om het achteraf aanvechten van een rechtshandeling van de schuldenaar, maar om het "proactief" uitoefenen van een recht (inb. een bevoegdheid of wilsrecht) van de schuldenaar.

Het gaat om een vorm van vertegenwoordiging zonder volmacht, waarvoor de bevoegdheid uit de wet zelf voortvloeit.

a. Vereisten

Die vertegenwoordigingsbevoegdheid van de schuldeiser vereist:

- a) betreffende de rechtsverhouding tussen de schuldeiser die de bevoegdheid uitoefent en zijn schuldenaar:
 - een opeisbare schuldvordering van de schuldeiser;
 - volgens sommige rechtspraak - dat de solvabiliteit van de schuldenaar in gevaar is⁵²; deze voorwaarde is echter in strijd met de wet.

⁵¹ DE PAGE, *Traité* III nr. 180-202; P. WERY, "Observation sur l'action oblique", n. onder Hof Luik 15 juni 1995, *RRD* 1995, 293; F. 'T KINT, *Sûretés*, nr. 27-28; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* p. 152.

⁵² Om die reden werd de vordering tegen de Staat afgewezen, aangezien die niet insolvent zou kunnen worden: Hof Luik 5 juni 1998, *JLMB* 1999, 450.

b) betreffende het uit te oefenen recht :

aaa) dat het recht niet strikt persoonlijk van aard is en aldus door een vertegenwoordiger kan worden uitgeoefend⁵³.

Voorbeelden uit de rechtspraak van niet door de schuldeiser uitoefenbare rechten zijn:

- de nietigverklaring van een huwelijk⁵⁴,
- de vordering tot vergoeding wegens arbeidsongeschiktheid⁵⁵,
- volgens sommige rechtspraak alimentatievorderingen⁵⁶.

Voorbeelden van wel uitoefenbare rechten:

- de vordering tot nietigverklaring van een vermogensrechtelijke overeenkomst;
- de vordering tot inkorting van een gift⁵⁷;
- de vordering tot verdeling (uitdrukkelijk zo volgens art. 1561 GerW in geval van beslag, maar ook meer algemeen)⁵⁸. De uitsluiting van een retro-actieve *actio pauliana* in art. 1167 BW (verwijzing naar art. 882 BW) betreft dus niet de zijdelingse vordering van art. 1666 BW.

bbb) de nalatigheid (verzuim) van de gerechtigde schuldenaar zelf in de uitoefening ervan - een voorafgaande ingebrekestelling is evenwel niet vereist⁵⁹;

- afwezigheid van enig georganiseerd bewind over dat recht, ingevolge waarvan een bewindvoerder tot taak zou hebben het recht uit te oefenen (i.h.b. vereffeningbewind)⁶⁰.

ccc) geen geldige afstand van recht door de gerechtigde⁶¹.

De schuldeiser kan, overeenkomstig het algemeen beginsel, niet meer rechten uitoefenen dan de schuldenaar heeft; de persoon tegen wie door middel van de zijdelingse vordering wordt geageerd, kan dan ook alle verweermiddelen opwerpen die hij tegen de gerechtigde schuldenaar kan opwerpen⁶².

⁵³ A. VAN OEVELEN, *RW* 2004-2005, (1641) 1660.

⁵⁴ Rb. Hasselt 18 februari 1998, *TBBR* 1999, 64

⁵⁵ Hof Luik 28 juni 1991, *RRD* 1992, 226.

⁵⁶ DE PAGE I, 561; J. GERLO, *Onderhoudsgelden*, 37; Hof Brussel 9 maart 2005, *NjW* 2006, 656; Rb. Gent 18 oktober 2007, *RW* 2008-2009, 1522. Het betrof hier in beide gevallen wel een vordering tot alimentatie jegens nakomelingen, ingesteld door het ziekenhuis van de ascendent. Minstens wanneer er reeds een uitvoerbare titel bestaat voor zo'n aanspraak kan deze m.i. echter wel zijdelings worden uitgeoefend.

⁵⁷ (Rb. Brussel 7 oktober 1996, *FJF* 1996, 493 = *T.Not.* 1997, 406.

⁵⁸ LAURENT, X nr. 253; AUBRY & RAU – ESMEIN, *Cours*, X, § 621bis; DE PAGE, IX, nr. 1089, 4° en 1106 en 1109; DEKKERS-VERBEKE., *Handboek burgerlijk recht*, III p. 254 nr. 427.

⁵⁹ A. VAN OEVELEN, *RW* 2004-2005, (1641) 1660 met verwijzing Hof Luik 5 juni 1998, *JLMB* 1999, 450; Rb. Gent 24 oktober 2000, *RGCF* 2003, 51.

⁶⁰ Vgl. ook voor een vereffenaar van een vennootschap Rb. Gent 24 oktober 2002, *RGCF* 2003, 51.

⁶¹ *A contrario* Rb. Brussel 7 oktober 1996, *FJF* 1996, 493 = *T.Not.* 1997, 406.

b. Wijze van optreden

De schuldeiser handelt in eigen naam, maar wel voor rekening van zijn schuldenaar (ook al doet hij dat feitelijk in zijn eigen belang)⁶³. Aangezien de bevoegdheid evenwel ook van materieelrechtelijke aard is, is het niet nodig dat de schuldeiser in de processtukken vermeldt dat hij “qualitate qua” optreedt; het volstaat dat uit de inhoud blijkt dat het om een zijdelingse vordering gaat.

Aangezien de bevoegdheid maar geldt zolang de gerechtigde in verzuim is, kan deze het geding in eigen naam hervatten of in eigen naam de uitoefening van het recht overnemen⁶⁴; wanneer dat gebeurt verliest de schuldeiser zijn hoedanigheid.

c. Rechtsgevolgen

Aangezien de handeling gesteld wordt voor rekening van de schuldenaar, komt de eventuele opbrengst ervan ook in het vermogen van de schuldenaar terecht, en niet in dat van de agerende schuldeiser⁶⁵. De schuldeiser kan dus niet krachtens de zijdelingse vordering eisen dat aan hem rechtstreeks wordt betaald⁶⁶.

De bevoegdheid verschaft de persoon die ze uitoefent geen voorrang. Daardoor verschilt de (bevoegdheid tot) zijdelingse vordering van de verder besproken rechtstreekse vorderingen, die wél voorrang verschaffen. Anderzijds kan de schuldeiser door middel van de zijdelingse vordering wel handelen voor hogere bedragen dan zijn eigen vordering.

Voor zover andere schuldeisers geen aanspraken geldend maken, mag hij wel vragen dat de opbrengst van de actie hem wordt toegekend, d.i. door hem mag worden geïnd en in schuldvergelijking gebracht met zijn vordering. Wanneer andere schuldeisers de vordering mee uitoefenen of daarin tussenkomen, ontstaat er een (beperkte) samenloop⁶⁷.

⁶² Bv. kh. Luik 1 oktober 1997, *Bull.Bel.* 1999, 904.

⁶³ Ten onrechte oordeelde Hof Luik 24 juni 1998, *TBBR* 1998, 409, dat een zijdelingse vordering ingesteld in eigen naam, niet ontvankelijk is. Wel is het juist dat de eiser geen veroordeling voor eigen rekening mag eisen. Zie wel DE PAGE, *Traité* III, 206 nr. 180.

⁶⁴ Zie Hof Luik 24 juni 1998, *TBBR* 1999, 409; Cass. 26 januari 1984, *RW* 1984-85, 1302 = *JT* 1985, 375.

⁶⁵ Zie bv. Hof Brussel 5 december 1991, *JLMB* 1993, 74 noot J.F. JEUNEHOMME; Hof Luik 15 juni 1995, *RRD* 1995, 292 noot P. WERY; Hof Luik 5 juni 1998, *JLMB* 1999, 450; Hof Bergen 10 januari 2000, *RGAR* 2001 nr. 13.434; Rb. Gent 24 oktober 2002, *RGCF* 2003, 51.

⁶⁶ Dergelijke eis is onontvankelijk volgens Hof Luik 15 juni 1995, *RRD* 1995, 293 n. P. WERY; Hof Luik 24 juni 1998, *TBBR* 1999, 409; m.i. is ze veeleer ongegrond, omdat de eiser geen aanspraak heeft op de verweerder.

⁶⁷ DIRIX & DECORTE, (2006) p. 34 nr. 38 met verwijzingen.

De zijdelingse vordering tot inning van een schuldvordering van de schuldenaar op een derde komt in de praktijk zelden voor, aangezien omzeggens steeds ook een bewarend of uitvoerend derdenbeslag mogelijk is, met verderreikende gevolgen. Bij andere rechten kan een zijdelingse vordering nuttig zijn (bv. zijdelings een vordering tot verdeling instellen).

6. Soorten vertegenwoordiging in het procesrecht⁶⁸

Het gaat hier niet over de procesvertegenwoordiging (door een advocaat e.d.), maar om de vraag wie als eiser of verweerder ("formele procespartij") kan optreden voor rekening van een andere (de "materiële procespartij"). Dit gebeurt :

- ofwel in eigen naam (naamlening in het proces) - dan is men zelf aansprakelijk voor de proceskosten. Het gaat hier niet om de gevallen waarin er reeds materieelrechtelijk een middellijke vertegenwoordiging plaatsgevonden heeft (de commissionair bv. treedt op krachtens eigen recht);

- ofwel *qualitate qua* (naamloos optreden) - voor zover men daartoe de macht heeft is men niet persoonlijk aansprakelijk voor de proceskosten, en kunnen deze enkel worden verhaald op de vertegenwoordigde persoon of boedel. Personen die materieelrechtelijk als gewoon vertegenwoordiger optreden, moeten ten processe vaak *qualitate qua* optreden (men kan geen procespartij zijn in naam van een ander, maar enkel in eigen naam of *qualitate qua*) - voorbeeld : de ouders sluiten een overeenkomst in naam van de minderjarige, maar zo daarover een geschil rijst treden zij op *qualitate qua* als vertegenwoordiger van die minderjarige.

In beide gevallen is de vertegenwoordigde wél gebonden aan de beslissing over de grond van de zaak.

V.b. : *syndicus* van een appartementsgebouw voor 1 augustus 1995 :

vermits er naar oud recht geen rechtspersoon was (vereniging van mede-eigenaars), waarvan de *syndicus* als orgaan optreedt, trad hij op voor rekening van alle mede-eigenaars. De rechtspraak aanvaardt dat men in een proces als eiser of verweerder optreedt voor rekening van anderen. Een van de klassieke gevallen was precies het optreden van de *syndicus*.

Een probleem kon zijn dat volgens het Gerechtelijk Wetboek in de gedinginleidende akte (dagvaarding, verzoekschrift e.d.) de hoedanigheid van formele eiser of verweerder op straffe van nietigheid moet worden vermeld. Hoedanigheid van de *syndicus* was onder het oude recht : vertegenwoordiger van alle mede-eigenaars. Moesten die nu allemaal opgesomd worden ? Krachtens het beginsel "*pas de nullité sans grief*" is die identificatie alleen nodig voor zover de belangen van de wederpartij dit eisen; bij optreden voor de mede-eigenaars was het daarom

⁶⁸ Literatuur : M.E. STORME, "De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b. naamlening, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993", *Proces & bewijs* 1994, 53 v.; en - , "Rechtsopvolging onder bijzondere titel tijdens het geding in België en Nederland" , *R.W.*, 1993-94, 169-186

genoeg het gebouw te identificeren, niet de individuele mede-eigenaars.

Andere toepassingen:

- kapitein van een schip
- beheerders van gemeenschappelijke beleggingsfondsen in mede-eigendom
- SABAM als lasthebber
- naamgeving na subrogatie (heel frequent bij verzekeringen)
- leidende verzekeraar voor een consortium
- bestuur van een feitelijke vereniging
- vakbondsafgevaardigde
- maat van een maatschap voor het geheel der maten

Een ander probleem was of iemand ook *qualitate qua* kan gedagvaard worden (als verweerder) met bindende werking voor de partijen die hij vertegenwoordigt. Het arrest *Cuivre-et-Zinc* heeft beslist dat dit kan en dat het volstaat te vermelden in welke functie die persoon gedagvaard wordt, zonder dat men de naam van de vertegenwoordigde (geboden) personen moet vermelden. De reden voor het dagvaarden van een verweerder *qualitate qua* is precies vaak dat men die identiteit niet kent.

Voorwaarde voor de gebondenheid van de vertegenwoordigde : zoals hierboven. Zo kan ook een schijnvertegenwoordiger gedagvaard worden - in het arrest *Cuivre et Zinc* was dit precies gebeurd met een vakbondsafgevaardigde.

II. Lastgeving - herroepelijke en onherroepelijke volmachten

A. Beginselen inzake (On)herroepelijkheid van de volmacht.

Art. 2004 BW bepaalt dat de volmacht ten allen tijde kan worden herroepen, ook al is ze van bepaalde duur of voor een specifieke handeling (waar de éézijdige opzegbaarheid in het algemeen verbintenissenrecht enkel geldt voor overeenkomsten van onbepaalde duur).

1. Onderscheid naargelang het belang dat moet worden behartigd

Hierbij moet men echter volgend onderscheid maken.

a. Volmacht uit te oefenen niet in het uitsluitend belang van de lastgever.

De regel van de principiële herroepelijkheid geldt niet wanneer de volmacht niet of niet enkel in het belang van de lastgever, maar wel of ook in het belang van mede-lastgevers, van een derde of van de lasthebber moet worden uitgeoefend (onnauwkeurig "mandaat van gemeenschappelijk belang" genoemd).

De betekenis van de term "lastgeving van gemeenschappelijk belang" en de juiste draagwijdte van de regel van de onherroepelijkheid van dergelijke lastgeving worden verder in dit hoofdstuk besproken.

b. Volmacht uit te oefenen in het uitsluitend belang van de lastgever.

Betwisting is er over de vraag of de herroepbaarheid van een volmacht in het uitsluitend belang van de herroepende partij dwingend is of niet.

Volgens één opvatting is deze regel dwingend, volgens een andere is het wel mogelijk om overeen te komen dat de opdracht onherroepelijk is, althans voor een bepaalde duur of een bepaalde taak. Het zou dan met name kunnen dat de opdrachtgever zich jegens de vertegenwoordiger of jegens een derde ertoe verbindt om bepaalde beheersdaden of het beheer van goederen gedurende een bepaalde termijn aan een vertegenwoordiger toe te vertrouwen (en intussen zelf niet over die goederen te beschikken). Deze mogelijkheid wordt gegrond op de toepassing van de normale regels voor overeenkomsten in het algemeen, volgens dewelke enkel de opzegbaarheid van overeenkomsten van onbepaalde duur dwingend is.

Zeker is dat het algemeen overeenkomstenrecht (herroeping kan worden uitgesloten) geldt voor de onderliggende overeenkomst. Ook indien de opzegbaarheid dwingend zou zijn, sluit dit niet

uit dat er schadevergoeding verschuldigd is wegens wanprestatie aan de onderliggende overeenkomst, op grond waarvan de volmacht was toegekend.

Voor de volmacht zelf, d.i. de bevoegdheid, geldt er minstens in het Franse en Staats-Nederlandse recht een bijzondere regel (nl. principiële opzegbaarheid), die dwingend is zolang de bevoegdheid in het uitsluitend belang van de opzeggende partij moet worden uitgeoefend⁶⁹. De Belgische doctrine is verdeeld, maar de heersende opvatting vandaag is dat de regel niet dwingend is⁷⁰, behalve in enkele bijzonder gevallen (met name de benoeming van bestuurders in een NV, art. 518 § 3 Wb.venn.⁷¹ en de lastgeving tussen echtgenoten, art. 219 II BW⁷²). Men kan in de andere gevallen dus de opzegbaarheid beperken door een uitdrukkelijk beding, mits de onherroepelijkheid niet van onbepaalde duur is, dus beperkt qua tijd of voorwerp. Niettegenstaande deze onherroepelijkheid zal de volmacht toch kunnen beëindigd worden op grond van gemeenrechtelijke gronden zoals ontbinding wegens wanprestatie (vgl. de bespreking hieronder voor de andere onherroepelijke volmachten).

2. Onherroepelijke volmacht en ontslag van de lasthebber.

Voor zover de volmacht onherroepelijk kan zijn (d.i. minstens wanneer ze niet in het uitsluitend belang van de lastgever moet worden uitgeoefend) kan de overeenkomst ook inhouden dat de eigenaar het beheer evenmin terug in handen mag nemen wanneer de vertegenwoordiger overlijdt, wanprestatie pleegt of zelf opzegt (gronden die normaal de lastgeving beëindigen), maar ook dan nog het beheer aan een vertegenwoordiger – zij het een andere persoon – moet overlaten. Dit is dus niet uitsluitend bij de echte *trust* of bij de gebonden mede-eigendom te vinden.

Men moet inderdaad goed een onderscheid maken tussen enerzijds de rechtsverhouding (overeenkomst) waaruit de onherroepelijkheid voortvloeit, en anderzijds de aanstelling zelf van de lasthebber. Het is enkel wanneer de lasthebber zelf de partij of één van de partijen is in wiens belang het mandaat moet worden uitgeoefend, dat deze zich kan verzetten tegen zijn vervanging door een andere lasthebber (niet wanneer het mandaat bestaat in het belang van een derde, dan wel in het gemeenschappelijk belang van meerdere lastgevers). Ook om deze reden moet men bij een onherroepelijke volmacht steeds goed nagaan wie zich jegens wie verbonden heeft tot het onder het beheer van een vertegenwoordiger stellen van de goederen (zie verder hieronder).

⁶⁹ Dezelfde regel vinden we in art. 3:74 lid 1 NBW. Zie ook BGB § 168 II. Zo ook DEKKERS, *Handboek IV* nr. 1312.

⁷⁰ Bv. P. WERY, “Le mandat”, *Répertoire notarial IX-7* (Larcier 2000) nr. 245; D. MICHIELS, *T.Not.* 2006, (239) 241

⁷¹ Dwingend volgens Cass. 13 april 1989, *JT* 1990, 753 n. D. MICHIELS.

⁷² A. DE WOLF, “Art. 219 BW”, in *Artikelsgewijze commentaar personen- en familierecht*, met nuances.

B. De kwalifikatie van het belang dat bij de uitoefening moet worden behartigd en de gevolgen daarvan.

In zijn arrest van 28 juni 1993 in de zaak *Dupuis*⁷³ besliste het Hof van cassatie dat, anders dan bij een lastgeving in het uitsluitend belang van de lastgever aangegaan, de lastgeving aangegaan in het belang van beide partijen in beginsel onherroepelijk is (behoudens wederzijdse instemming, wettige reden of op grond van de bijzondere bedingen van de overeenkomst). Het toepassingsgebied van de regel van de onherroepelijkheid verdient toch nog wel enige precisering; meer bepaald moet daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende categorieën waarin de gevolgen van de onherroepelijkheid niet steeds dezelfde zijn.

1. Verschillende soorten van lastgeving niet in het uitsluitend belang van de lastgever aangegaan.

In de zaak *Dupuis* ging het om een situatie waarin meerdere personen, met name verschillende aandeelhouders van een vennootschap, er belang bij hadden dat met één stem onderhandeld werd over de verkoop van hun aandelen en dat deze verkoop als één geheel kon plaatsvinden (voor de redenen daartoe leze men de arresten). Aangezien partijen het daarover eens waren, stelden zij één van hen aan als lasthebber met de bevoegdheid namens allen op te treden voor de verkoop van die aandelen. Deze bundeling van krachten was *in casu* dus in het belang van de lasthebber en van zijn mede-aandeelhouders, die hem daarom volmacht gaven.

De specifieke omstandigheden van het geval, namelijk dat de partijen die belang hadden bij een gezamenlijk optreden één van hen (en niet, zoals ook, mogelijk was geweest, een derde) als lasthebber aanstelden, hebben m.i. het Hof en de annotatoren op een dwaalspoor gezet, waardoor het toepassingsgebied van de regel der onherroepelijkheid nog niet geheel duidelijk is. Dit hangt vooral samen met de onzuivere tegenstelling die het cassatie-arrest hanteert, namelijk tussen :

- enerzijds lastgeving in het uitsluitend belang van de lastgever
- en anderzijds lastgeving in het gemeenschappelijk belang van lastgever en lasthebber.

NB. Het "belang" in de term "mandaat van gemeenschappelijk belang" is niet het belang dat de ene of de andere partij heeft bij het contract van lastgeving (zo heeft een bezoldigd lasthebber altijd belang bij de lastgeving, maar dat maakt het niet tot een mandaat in zijn eigen belang) maar het belang dat de lasthebber moet behartigen (normatief belang) : dient hij uitsluitend in het belang van de lastgever te handelen (*fremdnützig*), in het belang van beiden, of in eigen

⁷³ O.m. verschenen in *T. Not.*, 1994, 225. Zie eerder de kommentaar van o.a. I. DEMUYNCK, "Het mandaat "van gemeenschappelijk belang" en zijn herroepbaarheid", *Recente cassatie*, 1993, 191 v.; A. van OEVELEN, "De principiële onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang", *R.W.*, 1993-94, 1426 v.

belang (*eigennützig*) (dat laatste sluit natuurlijk niet uit dat zoals in elke contractuele verhouding men ook rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, d.w.z. te goeder trouw moet handelen). Of nog : mag hij zijn beslissingen al dan niet mede door zijn eigen belangen laten leiden ?

De hierboven genoemde tegenstelling nu, is onzuiver omdat er nog vele andere mogelijkheden zijn, die ons nopen tot een andere formulering van de onderscheiding. Daarbij denken we meer bepaald :

1° aan gevallen waarin een buitenstaander een volmacht krijgt in het gemeenschappelijk belang van meerdere partijen - situatie die niet onder de definitie "lastgeving van gemeenschappelijk belang" valt die door het Hof wordt gehanteerd, maar waar er zonder twijfel een gemeenschappelijk belang aanwezig is, en

2° aan gevallen waarin iemand volmacht krijgt in het belang van de lasthebber zelf of van een derde, zonder dat het om een gemeenschappelijk belang met de lastgever gaat - situatie die in het arrest ook tussen twee stoelen valt.

De juiste draagwijdte van de regel van de regel van de onherroepelijkheid van de "lastgeving van gemeenschappelijk belang" kan dan ook niet worden gevonden aan de hand van deze onzuivere tegenstelling, maar vereist dat men de vraag stelt **wie jegens wie tot onherroepelijkheid is gehouden** en op grond daarvan een aantal type-gevallen klasseert.

De mogelijke onherroepelijkheid vloeit namelijk niét voort uit de "aard van de lastgeving" als dusdanig, maar uit iets daarbuiten, nl. de daaraan voorafgaande belangen en afspraken van partijen, waarvan de volmachtverlening eigenlijk slechts een uitvoering vormt⁷⁴. Dit probleem werd nog steeds het scherpst gesteld in de klassieke bijdrage van Sallé de la Marnière, die de onherroepelijkheid van de volmacht afleidt uit het feit dat de verlening ervan aan de lasthebber tot doel heeft de uitvoering te verzekeren van een verbintenis van de lastgever ten voordele van de lasthebber of van een derde⁷⁵ (of de laatste mogelijkheid ook in ons recht geldt, dient nog te worden onderzocht). De onherroepelijkheid moet als het ware impliciet (niet uitdrukkelijk) bedongen zijn.

Men moet dan ook steeds een goed onderscheid maken tussen de overeenkomst op grond waarvan een lastgeving (volmachtverlening) bedongen is en de lastgevingsovereenkomst

⁷⁴ SALLE DE LA MARNIERRE, "Le mandat irrévocable", *R.T.D.Civ.*, 1937, (241) 257 v.

⁷⁵ "Le mandat irrévocable", *R.T.D.Civ.*, 1937, (241) 260 : "Le mandat est irrévocable par nature lorsqu'il a pour but, grâce à l'exercice par le mandataire de son pouvoir de faire des actes juridiques pour le compte du mandant, d'assurer l'exécution d'une obligation de ce dernier, à son profit ou à celui d'un tiers".

Ik ben het dan ook niet eens met VAN OEVELEN, *R.W.*, 1993-94, 1429, waar hij deze definitie onvolledig noemt en onvoldoende concreet. Het is integendeel de enige die de in deze bijdrage onder A zowel als B aangegeven gevallen dekt en terecht de nadruk legt op het feit dat de oorzaak van de onherroepelijkheid "van nature" **buiten de lastgeving zelf** moet worden gezocht.

(volmachtverlening) zelf.

Gaat men op zoek van welk soort afspraken de onherroepelijke volmachtverlening de uitvoering kan zijn, dan kan men hoofdzakelijk de volgende twee categorieën onderscheiden :

a) Meerdere partijen komen overeen dat een doelmatige waarneming van hun belangen of oplossing van hun problemen vereist dat daartoe niet *in concreto* de toestemming van elk van hen moet worden gegeven, maar dat één enkele persoon (één van hen of een derde) (eventueel meerdere personen) handelingen kan stellen die hen allen tegelijk zullen binden Hier zijn de voorafgaande partijen (d.i. de lastgevers, indien één van de belanghebbende lasthebber is de lastgevers en de lasthebber) **jegens elkaar** onherroepelijkheid verschuldigd.

b) Twee of meer partijen komen overeen dat het belang van één van hen vereist dat handelingen voor rekening van de andere kunnen gesteld worden zonder de nadere toestemming van de andere, en dat daartoe de eerste dan wel een derde wordt aangesteld als lasthebber met een onherroepelijke volmacht. Hier is de lastgever onherroepelijkheid verschuldigd aan de eerste partij (aan de lasthebber dus enkel in zoverre de eerste partij zelf lasthebber is).

Het zijn dan ook deze beide situaties die we nader moeten bespreken i.v.m. de mogelijke onherroepelijkheid.

Wat hier niet ter sprake komt is de situatie waarin de lastgever(s) onherroepelijkheid is(zijn) verschuldigd aan de lasthebber, niet omdat het in het voorafgaand belang was van de lasthebber dat iemand (hijzelf of zijn vertrouweling) de bevoegdheid had om desnoods tegen de zin van de lastgever in te handelen, maar gewoon omdat de lasthebber er belang bij heeft dergelijke opdracht te kunnen uitvoeren wegens de voordelen die aan het uitvoeren ervan voor hem zijn verbonden (recht op tegenprestatie, *publiciteit*, *goodwill* opbouwen, e.d.m.)⁷⁶. Hier zijn er geen twee verschillende, maar slechts één enkele overeenkomst. Indien hier onherroepelijkheid verschuldigd is, is dat aan de lasthebber als dusdanig. In deze situatie is het onbetwist dat de onherroepelijkheid moet worden bedongen en niet reeds voortvloeit uit bv. het bezoldigd karakter van de lastgevingsovereenkomst⁷⁷. Anders kan het mogelijk zijn wanneer de lastgeving deel uitmaakt van een andere overeenkomst en daaruit andere regels volgen.

a. Lastgeving in het gemeenschappelijk belang van meerdere partijen.

⁷⁶ Onder deze categorie horen m.i. ook gevallen die ten onrechte als "lastgeving van gemeenschappelijk belang" worden gekwalificeerd, zoals bv. een agentuurovereenkomst (zo bv. Hof Brussel 12-11-1971, *J.T.*, 1972, 302).

⁷⁷ Zie o.m. SALLE DE LA MARNIERRE, *R.T.D.Civ.*, 1937, 256 nr. 8; VAN OEVELEN, *R.W.*, 1993-94, 1430 nr. 11; DEMUYNCK, *Rec. cass.*, 1993, p. 192 en noot 20-21.

Hierbij kan men een tweetal soorten toepassingen onderscheiden, die evenwel niet strikt kunnen gescheiden worden (mengvormen zijn mogelijk).

1° Eerste situatie.

a) Bundeling van krachten

Hieronder vallen allereerst gevallen waarin het erop aankomt dat de krachten worden gebundeld, dat dus één persoon namens allen kan optreden, gevallen waarin het in beginsel mogelijk is dat één van de belanghebbenden zelf als lasthebber wordt aangesteld. Dit laatste geschiedde bv. in de zaak *Dupuis*. Meer nog, het is zelfs niet uitgesloten dat twee partijen elkaar wederzijds volmacht geven, bv. twee echtgenoten m.b.t. de verkoop van een onroerend goed uit de huwelijksgemeenschap om zo de gerechtelijke verkoop te veranderen in een vrijwillige openbare verkoping⁷⁸. Gaat het om twee echtgenoten, dan moet men wel rekening houden met de dwingende regel van art. 219 B.W. (herroepelijkheid van volmacht tussen echtgenoten).

In de notariële praktijk wordt hierbij vaak een extra zekerheid ingebouwd door de verschillende lasthebbers aan elkaar volmacht te doen geven (voor de notaris een kleiner risico dan een volmacht aan bv. een notarisklerk).

b) Onverdeeldheid

Genoemde situatie komt vooral voor wanneer meerdere partijen in onverdeeldheid zijn - de volmacht tot verkoop⁷⁹, vereffening e.d. van een onverdeeldheid (zie evenwel ook de gevallen besproken onder 2°) - of eigenaar zijn van verschillende goederen die bij gezamenlijke verkoop een meerwaarde hebben - bv. de volmacht tot verkoop van aandelen, wanneer men voor een groter pakket een hogere prijs per aandeel kan bekomen -.

Andere voorbeelden: feitelijke vereniging, beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen, volmacht aan de leidende verzekeraar e.d.m. - voor 1-8-1995 ook de syndicus van een appartementsmede-eigendom.

⁷⁸ Rb. Brugge 16 mei 1987, *T. Not.*, 1987, 103. Hier werd de lastgeving onherroepelijk geacht omdat ze een uitvoeringsmodaliteit was van een andere overeenkomst.

⁷⁹ Bv. Cass. Fr. 17 juli 1973, Bull. 1973 Civ. I, p. 217 nr. 247. Vgl. ook Hof Brussel 27 juni 2005, *T. Not.* 2006, 275 n. D. MICHIELS "Weglopen helpt niet. Over het gebruik van de notariële volmacht tot verkopen", in een zaak waarin de rechter besliste dat de volmacht niet was herroepen, maar dat ook zo dat het geval ware geweest, de herroeping ongeldig zou zijn geweest wegens het gemeenschappelijk belang.

c) Oprichting rechtspersonen

Gevallen waarin iemand bevoegd is om namens meerdere partijen of namens zichzelf en één of meer anderen op te treden omwille van de doelmatigheid vinden we ook met het oog op de oprichting van vennootschappen. De gemeenschappelijke lastgeving concretiseert hier opnieuw eigenlijk een voorafgaande overeenkomst van de oprichters, waarbij zij zich jegens elkaar verbinden om mee te werken aan die oprichting.

d) Bouwpromotie

Een klassieke toepassing vinden we ook in de bouwpromotie : promotoren sluiten vaak met de grondeigenaar een overeenkomst waarbij aan de verkoper in ruil voor de eigendom geen geld, maar één of meerdere appartementen worden toegezegd. Om dubbele overdracht (en dubbele belasting) te voorkomen, wordt dan ook bij de verkoop onmiddellijk een basisakte opgemaakt, en verkrijgt de bouwpromotor slechts het aandeel dat correspondeert aan de overige appartementen. Aangezien de promotor bouwt om te verkopen, en dus geen belang stelt in de eigendom van de grond (veroorzaakt immers dubbele overdracht, dubbele belasting), koopt hij voor dat aandeel niet de grond, maar bedingt hij slechts een opstalrecht op de grond met daarbij een (onherroepelijke) volmacht om bij de verkoop van elke kavel in het gebouw een corresponderend aandeel in de eigendom van de grond te verkopen. Zo verandert de grond slechts éénmaal van eigenaar, en verandert het aandeel in de grond dat toekomt aan de appartementen die de eigenaar zelf zal verkrijgen, helemaal niet van eigenaar.

e) Beheersvennootschappen voor auteursrechten

Als laatste voorbeeld kan gewezen worden op de volmacht die verleend wordt aan beheersvennootschappen voor auteursrechten. Bv. SABAM als lasthebber van muziekschrijvers.

Weliswaar kan deze volmacht niet onherroepelijk worden verleend voor onbepaalde duur, maar ze kan dat wel voor een bepaalde duur, en het lijkt mogelijk de duur van de opzeggingstermijn bij overeenkomst vast te leggen⁸⁰. Voor de “reprorechten” van de auteur bestaan er bijzondere wetsbepalingen.

De vennootschap is overigens niét bevoegd om op te treden voor personen die geen lid zijn

⁸⁰ Art. 66 lid 4 van de nieuwe Auteurswet bepaalt dat de rechthebbende een toereikende opzeggingstermijn in acht moet nemen. Art. 7:423, lid 2 NBW bepaalt dat een opzeggingstermijn van maximum 1 jaar kan worden overeengekomen.

noch een volmacht hebben gegeven⁸¹. Wel kan de toetreding als lid een volmacht tot beheer inhouden voor zover dit statutair zo is bepaald.

f) Niet automatisch van gemeenschappelijk belang : mandaat tot beheer van een maatschap of vennootschap.

Het mandaat van een beherende vennoot van een maatschap daarentegen wordt niet uit zichzelf beschouwd als een mandaat van gemeenschappelijk belang. De gangbare interpretatie van art. 33 lid 2 Wb.Venn. (voorheen 1856 lid 2 B.W.) is immers dat mandaten in een vennootschap in beginsel integendeel een "eenvoudige lastgeving" vormen, waarbij de volmacht *ad nutum* herroepbaar is; wanneer evenwel een vennoot van bij het begin - dus in de maatschapsovereenkomst zelf - bestuursbevoegdheid heeft gekregen, is deze volmacht in beginsel wél onherroepelijk. Over de vraag of de opzegbaarheid *ad nutum* in de andere gevallen suppletief dan wel dwingend is, zie hoger.

2° Tweede situatie.

a) Algemeen

Daarnaast is er ook een andere situatie mogelijk, waarbij het gemeenschappelijk belang er precies in bestaat dat géén van de lastgevers bevoegd is. De lasthebber moet dus noodzakelijk een derde zijn, en is dus geen partij bij de voorafgaande overeenkomst waarbij de belanghebbenden de onherroepelijkheid overeenkomen.

De twee belangrijkste kategoriën toepassingen hiervan zijn enerzijds de bindende derdenbeslissing, anderzijds de diverse vormen van bewaargeving in de ruime zin van het woord (kwaliteitsrekeningen, *escrow*, sekwester). Eventueel kan men ook de volmacht voor het opmaken van een boedelbeschrijving hier onderbrengen (al zijn er natuurlijk wel situaties waarin partijen voldoende vertrouwen hebben in één van hen om niet noodzakelijk een derde te moeten machtigen).

b) Bindende derdenbeslissing⁸²

⁸¹ Zie cass. 16 januari 2009, *RW* 2009-2010, 711 n. M.C. JANSSENS, "Beheersvennootschappen en hun bevoegdheden ten aanzien van niet-aangesloten leden".

⁸² Literatuur :

M. L. STORME, "De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen" *TPR* 1984, 1243 = *Rev. dr. int. dr. comp.* 1985, 285.

E. DIRIX, "De kwijting voor saldo van rekening", *R.W.* 1981-82, (190) 194

M.L. STORME & M.E. STORME, "De bindende derdenbeslissing naar belgisch recht", *PTPR* 1985, 713

Bij een overeenkomst tot bindende derdenbeslissing komen partijen overeen dat een reeds gerezen en/of toekomstig geschil tussen hen - of een onzekerheid of onbepaaldheid in de rechtsverhouding tussen hen - op onherroepelijke wijze zal worden beslist door een derde die door hen gezamenlijk of op een door hen overeengekomen wijze zal worden aangesteld. Partijen worden als het ware door die derde vertegenwoordigd in zijn beslissing, die dan ook aan hen wordt toegerekend zoals de beslissing van een lasthebber, tenzij de ene partij jegens de andere rechtsmisbruik zou plegen door de andere aan die beslissing te houden (gezien de wijze van totstandkoming *in concreto* of de inhoud van de derdenbeslissing).

Er zijn in dit geval twee soorten rechtsverhouding : enerzijds - tussen de partijen - de voorafgaandelijke overeenkomst tot derdenbeslissing (een zgn. vaststellingsovereenkomst), anderzijds de lastgevingsovereenkomst met de derde. De gebondenheid van partijen aan de beslissing van de derde berust op de onderlinge overeenkomst tussen partijen : het is op grond daarvan (en dus art. 1134, lid 1 BW) dat de ene partij de andere aan de beslissing van de derde kan houden (behoudens rechtsmisbruik – marginale toetsing, zie verder).

Verschillen met *arbitrage*

Algemeen : De bindende bindende derdenbeslissing dient aan minder voorwaarden te voldoen, maar heeft dan ook minder verstrekkende gevolgen. Arbitrage kan men als een heel bijzondere en bovendien wettelijk geregelde (Ger.W.) vorm van bindende derdenbeslissing beschouwen.

1. Toepassingsgebied : aan derden worden soms beslissingen gevraagd waarvan traditioneel wordt gesteld dat zij niet het voorwerp van *arbitrage* kunnen zijn, omdat er geen "geschil" is.

M.L. STORME, "La tierce-décision obligatoire : ni expertise ni arbitrage", *J.L.-J.L.M.B., Livre du centenaire*, Bruxelles 1988, (345)

M.L. STORME, "Contractuele methoden om geschillen alternatief op te lossen", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen 1990, (565)

K. BROECKX, "De bindende derdenbeslissing in het notariaat", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Verslagboek notarieel congres Antwerpen 1999, 307 v.

B. DE TEMMERMAN, "De minnelijke medische expertise: een bindende derdenbeslissing. Maar wat is een bindende derdenbeslissing?" (noot onder Brussel, 29 november 1994 en Gent, 11 oktober 1994), *A.J.T.* 1994-95, 238-240.

S. ZEGERS, "Het beding tot bindende derdenbeslissing (in de verzekeringspolis)", *TBBR* 2002, 38 v.

K. VANDERSCHOT, "De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland", in J. Smits en S. Stijns (ed.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, Antwerpen/Groningen 2005, 425-449.

M.E. STORME, "Vaststellings- en geschillenbeslechtingsovereenkomsten", *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe PUC Willy Delva 2007-2008*, Kluwer Antwerpen 2008, p. 503-552 en op <http://storme.be/vaststellingsovereenkomsten.pdf>.

Zo bv. de aanpassing van een overeenkomst aan gewijzigde omstandigheden, of de vaststelling van de kwaliteit van bepaalde goederen of prestaties. Intussen is de arbitragewetgeving in vele landen wel versoepeld.

2. De voorschriften van het Ger.W. niet van toepassing (vormvereisten, vereiste van oneven aantal scheidsrechters, enz.) - wel eerbiediging van fundamentele waarborgen nodig, zoals het recht van elke partij om gehoord te worden.

3. De loutere derdenbeslissing leidt niet tot een vonnis (rechterlijke uitspraak), maar slechts tot een contractueel bindende bepaling van de rechten of plichten van partijen; ze heeft dus ook geen gezag van gewijsde (wel kracht van overeenkomst); en is niet vatbaar voor *exequatur* : wordt de beslissing niet uitgevoerd, dan moet dus de gewone rechtspleging (of het kort geding) gevolgd worden, zoals bij elke andere contractuele wanprestatie.

4. Processuele gevolgen bij niet-naleving van de procedure : bij arbitrale overeenkomst zal de rechter zich onbevoegd verklaren wanneer hij vaststelt dat het geschil arbitraal moet worden beslecht. Juister nog: hij zal zich zonder rechtsmacht verklaren (bevoegdheid wordt in ons gerechtelijk recht in strikte zin slechts gebruikt wanneer het geschil wel tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoort, maar van een andere instantie, waarnaar de rechter de zaak dan ook verwijst); bij niet-naleving van de verplichte rechtspleging van bindende derdenbeslissing zal de rechter vaststellen dat eiser zijn contractuele verplichtingen niet nakomt.

5. Toetsing door de rechter : de rechter kan verklaren voor recht dat een partij niet aan de beslissing is gebonden indien:

a) de derde de opdracht te buiten is gegaan of aanwijzingen of maatstaven uit zijn opdracht niet heeft gevolgd⁸³;

b) door de partijen bedongen procedureregels heeft miskend⁸⁴;

c) ook niet uitdrukkelijk bedongen fundamentele processuele waarborgen heeft miskend, tenzij partijen daarvan afstand hebben gedaan; of

d) de beslissing kennelijk onredelijk is (marginale toetsing, d.w.z. de rechter gaat niet na wat hij zelf zou beslissen in plaats van de derde, maar wel of deze de grenzen is te buiten gegaan waarbinnen redelijke personen in de uitvoering van dezelfde opdracht van mening kunnen verschillen) (voor een wettelijke verwijzing naar de maatstaf van de kennelijke onredelijkheid, zie bv. art. 31 Venn.Wb. (vroeger 1854 BW) inzake maatschap en vennootschap).

In die gevallen is de beslissing strikt genomen niet “nietig verklaard”, maar wel beslist dat ze partijen niét bindt.

⁸³ Vb. Hof Antwerpen 25 april 2005, *P&B* 2005, 238: het beding verwees uitdrukkelijk naar "de regels van het boekhoudrecht", die in casu werden miskend.

⁸⁴ Vb. Hof Antwerpen 9 november 2005, *P&B* 2006, 163: er was een medisch college van 3 aangesteld, en het rapport werd slechts door één expert ondertekend en afgeleverd.

6. Wat indien de beslissing terzijde wordt geschoven ? In beginsel moet de rechter dan een andere derde aanduiden, veeleer dan zelf te beslissen. Bv. een revisor was aangeduid voor de bepaling van de waarde van aandelen als element van een prijs⁸⁵.

Voorbeeld : basisakte "Sunparks":

De derde-beslissers worden hier commissarissen genoemd.

Let op het volgende :

- even aantal
- onpartijdigheid : niet benoemd onder eigenaars of familie
- zonder verhaal, behoudens kennelijke onbillijkheid
- strafbeding - blijft wel *in concreto* toetsbaar
- opschortend middel van onontvankelijkheid. Wellicht kan dit niet - en betreft het veeleer een opschortend verweer ten gronde (zoiets als een *exceptio non adimpleti contractus*); de rechter kan vaststellen dat de eiser zijn verplichting niet nakomt en wijst de vordering af - hij zou ook op tegenvordering de eiser kunnen veroordelen om de beslissing te vragen aan de commissaris.
- instellen rechtspleging : aangetekend schrijven
- recht om gehoord te worden

Toepassingen

Deze zijn te vinden in de meest uiteenlopende overeenkomsten : vennootschappen (geschillenregeling), verkoop van aandelen, verkoop tegen lijfrente, reglementen van mede-eigendom, huurovereenkomsten (bepaling huurprijs of huurschade), uitlegging van testament, e.d.m.

Notariële derdenbeslissing ?⁸⁶

Precies omdat de derdenbeslissing geen vonnis is, maar een contractuele rechtshandeling, waarvoor geen *exequatur* kan bekomen worden om zo over een uitvoerbare akte te beschikken, hebben sommigen voorgesteld de derdenbeslissing aan een notaris toe te vertrouwen, die in opdracht van partijen de door hemzelf verwoorde beslissing zou verlijden in een uitvoerbare akte.

Dergelijke akte valt niet *a priori* buiten de omschrijving van art. 1 Notariswet, al is die bepaling

⁸⁵ Hof Antwerpen 25 april 2005, *P&B* 2005, 238: de bedrijfsrevisor werd vervangen door een andere bedrijfsrevisor.

⁸⁶ Zie hierover J.L. LEDOUX, "L'arbitrage, la tierce décision obligatoire, la commission du notaire par la justice - Aspects déontologiques", in *De notaris en de conflictbeheersing*, Verslagboek notarieel congres Antwerpen 1999, 405 v.

duidelijk niet met het oog op dergelijke akten geschreven. Ook is dit niet *a priori* in strijd met de onpartijdigheid van de notaris : de beslisser moet precies onpartijdig zijn. De uitoefening van een dergelijke opdracht valt dus niet buiten de beroepsuitoefening van de notaris. Wel gaat het hier niet om een taak van de notaris waarvoor een verplichting bestaat zijn ambt te verlenen.

Een geval waarin deze beslissing aan een notaris werd toevertrouwd vinden we in een vonnis van de Beslagrechter te Brussel d.d. 15 maart 1994⁸⁷: de notaris kreeg de onherroepelijke opdracht spaarboekjes te vereffenen volgens bepaalde maatstaven. De beslagrechter oordeelde dat het door de notaris bepaalde bedrag kon worden verhaald op grond van de notariële akte waarin deze opdracht was gegeven, ook al waren de precieze cijfers daarin niet vermeld, maar enkel de berekeningswijze⁸⁸.

Een andere werkwijze bestaat erin, dat beide partijen een derde (authentieke) volmacht te geven om voor hun rekening te beslissen en zijn beslissing notarieel te laten verlijden.

c) Vormen van bewaargeving (inbegrepen *escrow*)

Bewaargeving van gelden, waardepapieren, edelstenen e.d. is een andere veelvuldige toepassing. De bewaarnemer krijgt dan de opdracht deze gelden of waardepapieren uit te keren aan één van de partijen onder bepaalde voorwaarden⁸⁹. Voorwaarde daartoe kan bv. het stellen van bepaalde zekerheden zijn, of nog de uitvoering van andere verbintenissen.

Hetzelfde geldt voor de "*escrow*" in handen van een escrow-agent (bewaarnemer) van informatie waarop de ene partij maar recht heeft in geval van ernstige tekortkoming van de wederpartij - bv. de broncode van *computer*programmatuur die noodzakelijk is voor upgrades en aanpassingen (*source code escrow*)⁹⁰.

De bewaargeving kan gepaard gaan met bijkomende diensten (adviesverlening, enz.).

De bewaargeving van gelden kan ook gepaard gaan met beslissingsbevoegdheid voor de bewaarnemer (als arbiter of derde-beslisser). Zo komt het voor dat de sommen in betwisting

⁸⁷ *R.W.*, 1994-95, 506 en noot E. DIRIX op p. 503 v.

⁸⁸ Volgens E. DIRIX, "Notariële akten tot betaling van een geldsom", *R.W.*, 1994-95, 503 v. is deze opvatting verdedigbaar, maar toch niet de heersende opvatting in België.

⁸⁹ Voor de "*escrow account*", zie verder H. BRAECKMANS, "Persoonlijke zekerheidsrechten", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Kluwer Antwerpen 1990, (369) 401 v.

⁹⁰ Zie verder A. NAEYAERT, "De broncode en het faillissement van de software-leverancier", *J. Falc.* 1996, 529 v.; SLAGER, BUTH, CORDEMEYER, HERMANS & RINKEL, *Werken met source code escrow*, Kluwer Antwerpen 1990. In Nederland bestaat daarvoor een stichting. In meerdere landen houden ook commerciële bedrijven zich daarmee bezig, bv. Escrow Europe n.v., <http://www.escrow.be>.

aan de beslisser in bewaring worden gegeven, en hij gemachtigd is om deze gelden na de beslissing uit te betalen overeenkomstig die beslissing. Iets dergelijks vinden we bij ereloonarbitrages via de Orde van advocaten : het geconsigneerde bedrag wordt volgens de beslissing van de arbiter uitbetaald.

Bijzondere gevallen

* Een belangrijke modaliteit bij gelden en waardepapieren zijn de zgn. kwaliteitsrekeningen. Zij worden uitvoeriger besproken onder IV.

* Een ander bijzonder geval vinden we wanneer het gemeenschappelijk mandaat beoogt om het eigendomsrecht op een bepaalde manier op te splitsen, en daartoe vereist is dat het goed in handen van een derde wordt gegeven. De belangrijkste toepassing hiervan is de handgift met voorbehoud van vruchtgebruik⁹¹: de lasthebber houdt de zaak in blote eigendom voor de begiftigde en in vruchtgebruik voor de schenker. Aldus heeft er wel degelijk een buitenbezitstelling plaatsgehad, en is de schenker voor zijn vruchtgebruik toch niet afhankelijk van de begiftigde zelf.

b. Lastgeving in het belang van een derde waarbij deze zelf dan wel zijn vertrouweling volmacht krijgt.

1° Algemeen.

De tot nu toe besproken gevallen moeten zoals gezegd met het oog op de rechtsgevolgen onderscheiden worden van de gevallen waarin twee of meer partijen overeenkomen dat het belang van één van hen vereist dat handelingen kunnen gesteld worden zonder de toestemming van de andere, en dat daartoe de eerste dan wel een derde wordt aangesteld als lasthebber met een onherroepelijke volmacht. Hier is de lastgever onherroepelijkheid verschuldigd aan de eerste. Hetzelfde geldt wanneer de onherroepelijkheid door de lasthebber wordt bedongen ten gunste van een derde.

Strikt genomen gaat het hier niét meer om een lastgeving van gemeenschappelijk belang, zodat de vraag rijst of de onherroepelijkheid van de volmacht wel geïmpliceerd is in deze situatie en niet veeleer uitdrukkelijk moet worden bedongen. Hoewel de rechtsleer ook hier de onherroepelijkheid impliciet acht, gebeurt dit meestal op grond van de verwarde omschrijving van de lastgeving van gemeenschappelijk belang, zoals we die ook in het arrest-*Dupuis* aantreffen, en is dit niet vanzelfsprekend. Het kan dan ook zeker geen kwaad de

⁹¹ Zie in dit verband N. TORFS, "De handgift met modaliteiten", *NFM* 19916, (261) 265 v. Zie wel het fiscaal probleem besproken op p. 265 met verwijzing naar J.F. TAYMANS, "Les donations de sommes ou de titres", in Federatie Notarissen, *Les arrangements de famille*, 88 v.

onherroepelijkheid uitdrukkelijk te bedingen. In de meeste hieronder aangegeven toepassingen gebeurt dit overigens ook in de praktijk.

Behoudens in het geval van de testamentuitvoerder (zie hieronder) moet de volmacht waarvan de onherroepelijkheid in het belang is van een derde wel door die derde bedongen of aanvaard zijn bij overeenkomst (bij de testamentuitvoerder is er ook een soort aanbod en aanvaarding, doch niet in de vorm van een overeenkomst, maar van een aanvaarding van de nalatenschap, waardoor men willens nillens aan alle geldige testamentaire bepalingen is gebonden). Dit gebeurt bv. bij een hypothecaire volmacht, waarbij de lasthebber in de leningakte wordt aangeduid. Opdat een volmacht onherroepelijk zou zijn volstaat het dus niet dat een derde er **belang** bij heeft dat een eerder gegeven volmacht niet herroepen wordt, omdat het behoud ervan de zaken vereenvoudigt (bv. nadat er reeds een onderhandse verkoopovereenkomst is gesloten heeft de koper er belang bij dat de volmacht door de verkoper gegeven voor het verlijden van de notariële akte niet wordt herroepen) : de onherroepelijkheid moet minstens impliciet te zijnen gunste bedongen zijn, hij moet partij zijn bij de afspraak waaruit de volmachtverlening voortvloeit, anders gezegd : hij moet er - subjectief - **recht** op hebben dat ze niet herroepen wordt (i.p.v. louter belang bij).

2° Toepassingen : zekerheidstechnieken.

De bekendste voorbeelden van deze figuur zijn gevallen waarin de (onherroepelijke) volmacht gebruikt wordt als zekerheidstechniek ten gunste van schuldeisers, die voor henzelf of iemand in wie zij vertrouwen stellen een volmacht bedingen voor het vervreemden, inpandgeven of hypothekeken van goederen van hun schuldenaar, of het innen van diens schuldvorderingen. Wat de geldigheid van dergelijke onherroepelijke volmachten betreft:

- rijzen er geen problemen bij 1° de volmacht tot inpandgeving (bv. van de handelszaak) of hypothekeken (frequent gebruikt) noch bij 2° het inningsmandaat (behoudens voor loon, waar dezelfde beperkingen moeten gelden als voor loonoverdracht en loonbeslag),

- maar des te meer bij de volmacht om te verkopen of anderszins te vervreemden.

Immers :

- 1° Art. 2078 BW bepaalt dat een pand alleen met rechterlijke toestemming en wel openbaar of na schatting door deskundigen mag worden verkocht door de pandgever (dan wel natuurlijk op grond van een roerend beslag krachtens een uitvoerbare titel). Deze beperking moet dan ook *a fortiori* gelden voor roerende goederen waarvoor de schuldeiser niet eens een pandrecht heeft (ook voor schuldvorderingen : wat daar wel mag is een beding om het kapitaal te innen op de vervaldag, maar niet om de vordering eerder over te dragen namens de eigenaar ervan). Bovendien is men niet bevoorrecht op de opbrengst als men geen pandrecht of soortgelijk voorrecht heeft.

- 2° Bij onroerend goed bepaalt art. 1626 Ger.W. dat het beding dat de schuldeiser bij niet-nakoming van de jegens hem aangegane verbintenissen het recht heeft de onroerende goederen

van zijn schuldenaar te doen verkopen zonder inachtneming van de formaliteiten voorgeschreven voor het uitvoerend beslag op onroerend goed, als niet bestaande wordt beschouwd. Het inlassen van een volmacht aan een derde maakt dergelijk nietig beding zeker niet geldig.

Onherroepelijke volmachten zouden daarentegen wel kunnen worden verleend, wanneer het er niet om gaat goederen van de schuldenaar te gelde te maken, maar wel om voor rekening van de schuldenaar rechtshandelingen te stellen waartoe deze is verplicht. Daaronder vallen de reeds genoemde voorbeelden van volmacht tot inpandgeven of hypotheekeren, maar ook (authentieke) volmachten om andere authentieke akten te verlijden in uitvoering van eerdere verbintenissen (bv. verkoop).

Nader over de hypothecaire volmacht.

De belangrijkste reden voor de ontwikkeling van de hypothecaire volmacht is gelegen in de besparing van hypotheekrechten. Hypotheekrechten zijn immers al verschuldigd op de vestiging van een hypotheek, niet op de inschrijving ervan (art. 87 W. Reg.). De fiscus oordeelde evenwel dat een hypothecaire volmacht gegeven aan de kredietgever zelf gelijk stond met een hypotheek, zodat hypotheekrechten worden geheven. Vandaar dat de volmacht in de praktijk steeds aan een derde, vertrouwenspersoon van de kredietgever, wordt gegeven.

Een hypothecaire volmacht door een handelaar is niet erg veilig, omdat deze failliet kan gaan en dan art. 17, 3° FaillW van toepassing is op de uitoefening van de volmacht in de verdachte periode. De rechtspraak oordeelt dat dan de hypotheek eerst in de verdachte periode wordt gevestigd (de hypotheek wordt immers maar gevestigd door het verlijden van de notariële akte) en dus onder art. 17, 3° FaillW valt⁹², al werd de tegengestelde opvatting eerder wel (en m.i. terecht) door een belangrijk deel van de rechtsleer verdedigd, onder meer omdat het hier niet om een vrije handeling van de schuldenaar zelf gaat⁹³.

3° Toepassingen : testamentuitvoerder

Een vergelijkbare rechtsfiguur is ook de testamentuitvoerder. Deze wordt immers vaak aangesteld in het belang van de legatarissen. De erfgenaam van de lastgever (*testator*) kan de

⁹² Cass. 24 oktober 2002, *RW* 2002-2003, 1343, noot V. SAGAERT, "Eindelijk duidelijkheid over de omzetting van een hypothecaire volmacht tijdens de verdachte periode" = *TBH* 2003, 304 noot E. VAN DEN HAUTE, "Hypothecaire volmacht en verdachte periode: einde van een controverse"; voordien bv. reeds Hof Antwerpen 3 oktober 1995, *RW* 1195-1996, 929. ZIE eerder J. VAN COMPERNOLLE, in *Les sûretés*, Feduci 1984, p. 121; F 't KINT, *Sûretés*, uitg. 1991, p. 308 nr. 608; P. COPPENS, "Examen", *RCJB* 1969, 423-425; J.-M. CHANDELLE, "Le mandat irrévocable d'hypothéquer", *R.Not.B.* 1984, 260.

⁹³ Bv. DIRIX & DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 647 en 650 ; A. VERBEKE, in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, 34.

volmacht niet herroepen, tenzij in het geval van art. 1027 BW (zekerheidstelling voor uitkering legaten of reeds uitgevoerd zijn ervan).

De rechtsverhouding is hier nog iets ingewikkelder dan de vorige. De volmacht aan de testamentuitvoerder wordt namelijk niet bedongen door de begunstigde (legataris), maar door de testator, die dit als het ware van de erfgenamen "bedingt" ten gunste van de legatarissen (de volmacht aan de testamentuitvoerder is hier een modaliteit of zekerheid voor het beding ten gunste van de legatarissen). Er zijn dus een viertal partijen, tenzij de legataris zelf als testamenuitvoerder wordt aangeduid.

4° Toepassingen: naamlening

Een derde voorbeeld is tenslotte de naamlening aan een verzekeraar om op naam van de verzekerde te procederen of diens aanspraken (die de verzekeraar krachtens subrogatie van de verzekerde hebben verworven) buiten rechte uit te oefenen (in sommige gevallen is dit wel in het belang van verzekerde én verzekeraar en hoort het dus veeleer hoger, A, thuis).

2. Verbintenisrechtelijke rechtsgevolgen van de verschillende soorten onherroepelijke lastgeving; beëindigingsmogelijkheden.

De beëindigingsmogelijkheden van de onherroepelijke volmacht verschillen dan ook naargelang het om een geval van categorie A dan wel B gaat. We behandelen kort de schakering vereist bij elk van de drie beëindigingsgronden aangegeven in het arrest *Dupuis* (onderling akkoord, wettige reden, op grond van de bedingen van de overeenkomst).

a. Lastgeving in het gemeenschappelijk belang van meerdere partijen.

In deze gevallen moeten de beëindigingsgronden steeds gezien worden vanuit de verhouding tussen de gemeenschappelijke belanghebbenden, waarbij de lasthebber dus niet steeds hoort (tenzij dan wanneer hij één van die belanghebbenden is, en dan enkel als dusdanig).

1° Zo kan de volmacht herroepen worden bij overeenstemming van partijen, maar dan wel niet van lasthebber en lastgever, maar wel van de partijen die jegens elkaar de onherroepelijkheid zijn overeengekomen. Indien de volmacht niet is verleend aan één van hen, moet de lasthebber niet toestemmen. Omgekeerd is ook de lasthebber niet gebonden aan de onherroepelijkheid, tenzij die van hem werd bedongen in de overeenkomst van lastgeving (te onderscheiden van de overeenkomst waarbij de lastgeving aan een derde werd overeengekomen tussen de lastgevers onderling). Wel is de last voor hem ondeelbaar (hij kan niet opzeggen t.a.v. bepaalde lastgevers en bevoegd blijven t.a.v. andere).

Bv. volmacht van de mede-eigenaars tot verkoop. Wanneer op de openbare verkoop alle lastgevers aanwezig zijn en beslissen het goed niet toe te wijzen, dan zal ook een als lasthebber aangestelde derde de volmacht niet meer kunnen uitoefenen⁹⁴.

2° Zo ook kan de volmacht beëindigd worden volgens de bedingen van de overeenkomst - maar dan wel weer niet de lastgevingsovereenkomst, maar de daaraan voorafgaande (zij het soms slechts in de lastgeving uitgedrukte) overeenkomst tussen partijen (d.i. tussen de lastgevers).

3° Zo ook dient onder wettige reden niet allereerst de tekortkoming door de lasthebber te worden begrepen, tenzij die één van de belanghebbenden is, maar een voldoende ernstige tekortkoming van een der belanghebbende partijen jegens de anderen. Hetzelfde geldt voor overmacht en voor andere "wettige redenen" (die niet anders kunnen zijn dan deze van gemeen recht, d.w.z. dat het rechtsmisbruik of in strijd met de goede trouw zou zijn om de wederpartij in de gewijzigde omstandigheden aan de overeenkomst te houden - het valt immers niet in te zien waarom de imprevisie hier ruimer zou kunnen worden toegepast dan in andere wederkerige overeenkomsten). In al deze gevallen is het strikt genomen niet rechtstreeks de lastgeving die beëindigd wordt, maar allereerst de onderliggende overeenkomst, op grond van welke beëindiging de volmacht kan worden herroepen.

4° Natuurlijk blijft de volmacht herroepelijk indien de duur niet beperkt werd ofwel *qua* tijd ofwel *qua* voorwerp (welbepaalde opdracht) en de overeenkomst dus voor onbepaalde duur zou zijn.

NB. Een afhankelijk recht is qua duur steeds begrensd door de duur van het hoofdrecht (bv. hypothecaire volmacht volgt de ermee verzekerde schuldvorderingen).

5° Tenslotte is er ook een opzegmogelijkheid indien het gebonden blijven aan de volmacht een ongeldige verbintenis zou meebrengen (bv. een volmacht tot gemeenschappelijk beheer van een onverdeeldheid die zou meebrengen dat men gedwongen wordt in onverdeeldheid te blijven voor langer dan de wettelijk verbindende termijn van 5 jaar) (zie verder ook IV). Vanaf het verstrijken van het vijfde jaar is dergelijke overeenkomst dus opzegbaar (tenzij de termijn wordt vernieuwd).

6° Omgekeerd ontslaat de wanprestatie van de lasthebber de lastgevers er niet van om een andere gemeenschappelijke lasthebber te benoemen en geeft deze hen niet de toestemming om elk afzonderlijk te handelen.

Toepassingen

Een toepassing op de bindende derdenbeslissing kan dit illustreren : noch de tekortkoming van

⁹⁴ D. MICHELS, *T.Not.* 2006, (239) 246.

de derde noch de opzegging door derde-beslisser rechtvaardigt een herroeping van de overeenkomst tussen partijen, tenzij deze tussen partijen werd aangegaan *intuitu personae* met het oog op de persoon van de derde. In andere gevallen dient gewoon een andere derde te worden aangesteld.

Zo ook lastgeving voor de gezamenlijke verkoop van een aandelenpakket: niet de tekortkoming van de lasthebber kan de ontbinding van de onderlinge overeenkomst tussen de lastgevers rechtvaardigen, maar enkel de wanprestatie van één der lastgevers jegens de anderen. Schiet de lasthebber tekort, dan wordt enkel de overeenkomst met hem mogelijks ontbonden, maar kan elke lastgever de andere verplichten een nieuwe gezamenlijke lasthebber aan te duiden (desnoods via rechterlijke tussenkomst).

Kan de lasthebber de opdracht niet meer uitoefenen, dan moet hij dus door een andere worden vervangen (bv. de als lasthebber aangeduide notarisklerk heeft het kantoor verlaten).

b. Lastgeving in het belang van een derde waarbij deze zelf dan wel zijn vertrouweling volmacht krijgt.

In deze gevallen gaat het daarentegen enkel om de toestemming, tekortkoming e.d. van de persoon in wiens belang de volmacht wordt verleend - zij het de lasthebber zelf, zij het de derde-belanghebbende -.

1° Zo is het de toestemming van de persoon in wiens belang de volmacht wordt verleend - zij het de lasthebber zelf, zij het de derde-belanghebbende -, en niet die van de lastgever, die vereist is om de overeenkomst waarbij de onherroepelijkheid werd bedongen (zij het stilzwijgend) ongedaan te maken.

2° Zo ook is het de tekortkoming van die belanghebbende die de lastgever toch het recht kan geven op herroeping wegens wanprestatie.

3° Het is tenslotte ook de overeenkomst met de derde-begunstigde die de modaliteiten voor herroeping kan bepalen.

Gaat het daarentegen enkel om een tekortkoming of opzegging door de lasthebber die niet de belanghebbende is, dan blijft de lastgever ertoe gehouden akkoord te gaan met een nieuwe onherroepelijke volmacht aan een andere lasthebber, en verkrijgt hij daardoor nog niet de mogelijkheid de volmacht te herroepen door zijn recht terug zelf uit te oefenen.

Wel gelden hier natuurlijk dezelfde beperkingen die voor elke onherroepelijke volmacht gelden, van gemeenschappelijk belang of niet, namelijk dat de volmacht van onbepaalde duur steeds herroepelijk blijft, anders dan die voor een bepaalde duur of een bepaalde opdracht.

Onder een volmacht voor een bepaalde opdracht kan men ook afhankelijke rechten begrijpen. Zo bv. is het recht van de bank om de hypothecaire lasthebber te verzoeken een hypotheek te vestigen een afhankelijk recht t.o.v. de schuldvordering (uit lening) van de bank jegens de hypothecaire lastgever / kredietnemer.

3. Vragen van vertegenwoordigingsmacht.

De voorgaande beschouwingen betreffen allen de vraag of een lastgever tegenover de partij jegens wie hij tot onherroepelijkheid gehouden is, gerechtigd was de lastgeving toch te herroepen. Een andere vraag is of een lasthebber in geval van herroeping van een onherroepelijke volmacht toch niet gebonden kan zijn aan de handeling die de lasthebber desondanks heeft gesteld.

Dit is namelijk het geval wanneer de medecontractant geen kennis heeft van de herroeping (art. 2005 BW). Dit is een toepassing van de vertrouwensleer (schijnvertegenwoordiging), met dien verstande dat de medecontractant in dit specifieke geval in beginsel géén onderzoeksplicht heeft.

Zoals hoger gezegd geldt kan de medecontractant zich niet beroepen op het feit dat de herroeping krachtens de interne verhouding tussen lastgever en lasthebber (of tussen de verschillende lasthebbers, e.d.m.) ongeldig zou zijn, ook al heeft hij kennis heeft van de herroeping (zie hoger). Zoals gezegd is het slechts anders indien de derde-medecontractant precies één van de partijen is ten wiens gunste de onherroepelijkheid gold - bv. de kredietverlener in wiens voordeel een lasthebber een hypothecaire volmacht heeft gekregen (vgl. hoger 1. B. d) : wanneer de derde er recht op heeft dat de volmacht niet herroepen wordt).

4. Vragen bij het mogelijks verdringend karakter van de onherroepelijke volmacht

Onherroepelijkheid van een volmacht brengt vaak mee dat deze volmacht "verdringend"⁹⁵ is, d.w.z. dat het de lastgever niet is toegestaan (op straffe van wanprestatie - dus verbintenisrechtelijk) om zelf nog m.b.t. het voorwerp van de volmacht te handelen, precies omdat dit een herroeping van de volmacht in zich sluit. Zelfs wanneer zelf handelen niet op een herroeping zou neerkomen, kan dit op grond van de andere inhoud van de overeenkomst tussen partijen toch uitgesloten worden (bv. in de vorm van een zogenaamde negatieve zekerheid⁹⁶ gekoppeld aan een volmacht : in de overeenkomst waarbij een hypothecaire volmacht, een

⁹⁵ De term komt van WIEACKER, aangehaald door J. GERNHUBER, "Die verdrängende Vollmacht", *JZ* 1995, 381 v.

⁹⁶ Zie daarover A. VERBEKE, "Rechtsmiddelen van schuldeisers", in *Vlaams Pleitgenootschap Brussel, Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Biblio Kalmthout 1994, (11) nr. 45 e.v. met verdere verwijzingen.

inningsvolmacht e.d. wordt bedongen wordt normaal ook bedongen dat de lasthebber de lastgever verdringt, m.a.w. dat de lastgever zelf niet meer mag hypothekeken, innen e.d.).

Vandaar past het in dit bestek ook kort de vraag te behandelen of een lastgever wel kan gebonden zijn aan zo'n verdringende volmacht, waarbij hij zelf niet meer mag optreden, of dit bv. niet in strijd is met de regel dat men enkel op grond van of krachtens de wet handelingsonbekwaam kan worden (zelfbeschikkingsbeginsel, en meer bepaald art. 1123 BW)⁹⁷.

Nu rijst het probleem van de verdringende volmacht niet uitsluitend bij onherroepelijke volmachten - er zijn immers ook geval van dwangvertegenwoordiging waarbij de lasthebber weliswaar ten allen tijde kan worden opgezegd, maar de lastgever daardoor nog niet de bevoegdheid heeft om zelf op te treden. Voor gevallen van dwangvertegenwoordiging van handelingsbekwamen bij de uitoefening van specifieke rechten denke men bv. aan de dwangvertegenwoordiging van de mede-eigenaars door de vereniging van mede-eigenaars in de nieuwe wetgeving op de appartementsmede-eigendom, aan de dwangvertegenwoordiging van de verschillende mede-eigenaars van een kavel in de algemene vergadering van mede-eigenaars, aan de dwangvertegenwoordiging van de aandeelhouders of vennoten van grotere vennootschappen bij de uitoefening van hun controlerecht (vb. dwangvertegenwoordiging door de commissaris-revisor), aan de verplichte procesvertegenwoordiging in sommige procedures (bv. cassatie in burgerlijke zaken), of aan de dwangvertegenwoordiging van de concurrente schuldeisers door de *curator* in geval van *faillissement*. Daar gaat het evenwel steeds om wettelijke geregelde figuren en bovendien steeds om de uitoefening van één of meer nauwkeurig omschreven rechten.

Zoals hoger reeds gesteld kan een volmacht niet onherroepelijk zijn in zoverre het gebonden blijven aan de volmacht verder reikende verplichtingen zou meebrengen dan degene waartoe men zich wettelijk kan verbinden. Aangezien men zich niet voor de eeuwigheid kan verbinden, is een onherroepelijke volmacht voor onbepaalde duur steeds herroepbaar. De volmacht van een testamentuitvoerder kan zo slechts betrekking hebben op het beschikbaar gedeelte van de nalatenschap. Zo ook kan een volmacht slechts onherroepelijk zijn voor zover ze de lastgever niet substantieel handelingsonbekwaam zou maken (het beginsel van handelingsbekwaamheid is in die zin van openbare orde). Een volmacht kan dan ook slechts verdringende werking hebben met betrekking tot welbepaalde handelingen, dan wel voor handelingen met betrekking tot welbepaalde goederen (of een nader bepaalde algemeenheid van goederen, bv. het aandeel in de nalatenschap). Een volmacht die een vervreemdingsverbod inhoudt voor de lastgever, moet dan ook beperkt zijn in tijd en voorwerp en beantwoorden aan een rechtmatig belang van de partij jegens wie men tot onherroepelijkheid of niet-tussenkomen gehouden is (NB. Deze regel is vergelijkbaar met die inzake bedingen van onvervreemdbaarheid : ook daar moet het beding beperkt zijn in tijd en qua voorwerp en aan een rechtmatig belang beantwoorden).

⁹⁷ Zie hierover uitvoeriger W. van GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, nr. 257 v.; -, *Algemeen deel*, nr. 54 p. 144 v.

Omgekeerd kan uit het beginsel van handelingsbekwaamheid geen argument worden geput om de verdringende volmacht - en dus de onherroepelijke volmacht in zoverre ze verdringing van de lastgever insluit - stééds ongeldig te verklaren. Meer bepaald kan zij in ieder geval wel geldig bedongen worden wanneer zij de lasthebber verbiedt over bepaalde goederen te beschikken, tot vervreemding waarvan de lasthebber wel bekwaam is : *qui peut le plus, peut le moins*.

5. (Geen) Zakenrechtelijke rechtsgevolgen van de onherroepelijkheid van de volmacht.

Na deze verbintenisrechtelijke beschouwingen kan men tenslotte de vraag stellen of de onherroepelijke volmacht ook zakelijke werking heeft, met andere woorden of zij de lastgever beschikkingsonbevoegd maakt over de goederen die het voorwerp vormen van de volmacht.

Het antwoord hierop kan duidelijk zijn : ook indien de volmacht op verbintenisrechtelijk vlak "verdringend" is (de lastgever de bevoegdheid ontnemt om nog zelf te handelen), is zij zakenrechtelijk niet "privatief", d.w.z. schept zij omwille van de *numerus clausus* van ons zakenrecht **geen beschikkingsonbevoegdheid dan in de gevallen die uit de wet voortvloeien**⁹⁸.

Dit werd hoger in dit hoofdstuk reeds uitvoeriger besproken.

⁹⁸ Vgl. BGB § 137; W. van GERVEN, *Algemeen deel* p. 145.

III. Enkele andere vragen uit de inwendige verhouding tussen lastgever en lasthebber.

A. Zorgplichten

Basisregels van zorgplicht:

- de *best execution rule*
- de inlichtingenplicht
- de verplichting tot rekenschap en verantwoording,
- de daarmee verband houdende verplichting tot voordeelsafdracht van krachtens zijn beheer verkregen voordelen, die volgt uit de *no profit rule*, de *no conflict rule*,

Zie ook KB van 5 augustus 1991 op het vermogensbeheer en het beleggingsadvies (verbod van delegatie van bevoegdheid, regels inzake belangenconflicten, rapporteringsplicht e.d.).

B. Belangenconflicten

Ons recht bevat geen algemene regeling van belangenconflicten bij vertegenwoordiging. Er zijn wel enkele specifieke regels die het optreden van een lasthebber als tegenpartij van zijn lastgever verbieden en sanctioneren met een relatieve nietigheid (bv. art. 1596 B.W., voogden).

Hierbij moet men verschillende vragen onderscheiden⁹⁹ :

1° Vooreerst is er de vraag of er een belangenconflict is. Dit moet worden vermoed in de twee klassiek genoemde gevallen, namelijk wanneer de vertegenwoordiger met zichzelf (voor eigen rekening) contracteert of tegelijk voor beide partijen optreedt. Buiten de gevallen waarin dit krachtens de wet *iuris et de iure* geldt, dient dit vermoeden m.i. weerlegbaar zijn. Verder kan in

⁹⁹ Vgl. art. 3:105 *Principles of european contract law* :

Art. 3.205: Strijdigheid van belangen

(1) Indien een door een vertegenwoordiger gesloten overeenkomst hem in een belangenconflict verweekt dat de derde kende of waarvan hij niet onkundig kon zijn, kan de vertegenwoordigde de overeenkomst vernietigen overeenkomstig de bepalingen van Artikel 4:112 tot 4:116.

(2) Een belangenconflict wordt vermoed wanneer de vertegenwoordiger:

- (a) ook als vertegenwoordiger voor de derde optrad; of
- (b) de overeenkomst met zichzelf voor eigen rekening heeft gesloten.

(3) De vertegenwoordigde kan de overeenkomst evenwel niet vernietigen indien:

- (a) hij heeft toegestemd in het optreden van de vertegenwoordiger of er niet onkundig van kon zijn; of
- (b) de vertegenwoordiger hem het belangenconflict heeft geopenbaard en hij er niet binnen een redelijke termijn bezwaar tegen heeft gemaakt.

andere gevallen dan deze twee *in concreto* mogelijks ook een belangenconflict worden aangetoond.

2° Vervolgens zijn er de gevallen waarin de vertegenwoordigde geen recht van klagen heeft, nl. wanneer hij heeft toegestemd.

Het kan gaan om een uitdrukkelijke toestemming in het optreden van de vertegenwoordiger; een stilzwijgende toestemming kan aanvaard worden indien de vertegenwoordigde er weet van had, in het bijzonder wanneer de vertegenwoordiger hem het belangenconflict heeft geopenbaard en hij er niet binnen een redelijke termijn bezwaar tegen heeft gemaakt. De regels inzake belangenconflicten strekken immers tot bescherming van de lastgever en kunnen dus slechts tot een door hem in te roepen relatieve nietigheid leiden¹⁰⁰. Om die reden vind ik de traditionele kwalificatie van het probleem als een probleem van (rechts)bekwaamheid van de vertegenwoordiger ongelukkig.

In bv. het vennootschapsrecht zijn er regels die aan de vertegenwoordiger positieve informatieplichten (tot melding van belangenconflicten) opleggen.

3° Tenslotte rijst de vraag of de nietigheid in alle gevallen tegen de derde kan worden ingeroepen (deze vraag rijst in beginsel enkel bij de gewone (onmiddellijke) vertegenwoordiging).

Krachtens de beginselen inzake vertegenwoordigingsmacht en schijnvertegenwoordiging kan deze nietigheid niet tegen de derde worden ingeroepen wanneer deze te goeder trouw is.

C. Kwijting (décharge) van lasthebbers.¹⁰¹

Zoals in vele andere bijzondere overeenkomsten is ook de praktijk van de lastgeving zo ontwikkeld dat de schuldenaar (lasthebber) op een bepaald ogenblik een kwijting vraagt voor de vervulling van zijn opdracht. Zoals bij die andere overeenkomsten heeft de schuldenaar een dergelijke kwijting, die een rechtshandeling is van de schuldeiser, niet nodig om bevrijd te zijn, mits hij zijn verbintenis perfect heeft uitgevoerd (en dit desnoods kan bewijzen). Maar vooral om aan onzekerheden daarover een einde te maken is een kwijting ontgensprekelijk nuttig.

¹⁰⁰ B. TILLEMANN, *Lastgeving* nr. 91, 94 met verwijzingen.

De formulering van het Hof van cassatie dat de handeling waarbij de vertegenwoordiger als tegenpartij optreedt "uit haar aard" nietig is, houdt niet in dat het om een absolute nietigheid gaat (Cass. 18 maart 2004, *RW* 2004-2005, 303, n. A. SMETS, "Betekening door een gerechtsdeurwaarder-lastgever aan de gekozen woonplaats, in casu zijn eigen kantoor: een bizarre driehoeksverhouding"); de formulering moest legitimeren dat het Hof in strijd met art. 860 Ger.W een "nietigheid zonder tekst" aannam in het procesrecht.

¹⁰¹ Zie uitvoeriger P.A. FORIERS, "Décharge - Réception - Quittance", in *La fin du contrat / De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, p. 134 v. I. KEMPENEERS, "Kwijting of décharge", *DAOR* 2001, 25 v.

Deze kwijting geldt als een soort erkenning van de lastgever dat de lasthebber zijn taak naar behoren heeft vervuld en er dus van bevrijd is.

In vele gevallen van lastgeving geschiedt die kwijting stilzwijgend, nl. wanneer er wordt afgerekend met de lasthebber zonder dat er opmerkingen worden gemaakt.

In een aantal gevallen worden daarbij vormvereisten opgelegd ten voordele van de schuldeiser¹⁰² of een verplichte bijstand van een deskundige¹⁰³. In sommige gevallen wordt ook de termijn bepaald waarbinnen moet geprotesteerd worden wil men de kwijting (décharge) verhinderen. Doch in beginsel gaat de kwijting, anders dan de goedkeuring in koop en aanneming, niet in door het stilzwijgen van de gerechtigde. De kwijting moet dan in rechte gevorderd worden overeenkomstig art. 1359-1366 GerW. Soms wordt ook een minimumtermijn bepaald die de schuldeiser moet verleend zijn wil de décharge geldig zijn¹⁰⁴. De snelheid waarmee onderzoek der rekeningen en protest dienen te geschieden wordt mede bepaald door de ingewikkeldheid van de afrekening en de aard van de maatschappelijke verhouding tussen partijen.

Zoals de goedkeuring in andere overeenkomsten, dekt de kwijting in beginsel geen verborgen gebreken in de uitvoering van het mandaat.

Meer nog dan in andere overeenkomsten geschiedt de beoordeling van de zichtbaarheid hier aan de hand van een zorgvuldigheidsafweging, op grond van de onderzoeksplicht van de schuldeiser en de informatieplicht der schuldenaar¹⁰⁵. Beiden worden overigens m.b. in het vennootschapsrecht uitvoerig geregeld. Worden de gebreken evenwel bedrieglijk verborgen gehouden, dan is er slechts kwijting indien ze daadwerkelijk gekend waren door de lastgever (de bedrieger kan zich nooit op de onverschoonbaarheid van de dwaling van de wederpartij beroepen zie het Gentse Dok- en Scheepsbouwwerven-arrest¹⁰⁶).

Sommige opdrachten bestaan er precies onder meer in om een partij bijstand te verlenen in een

¹⁰² Zie bv. art. 554 Wb. Venn.

¹⁰³ In naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, k coöperatieve vennootschappen zonder onbeperkte aansprakelijkheid en commanditaire vennootschappen op aandelen, en met uitzondering van de “kleine vennootschappen” in de zin van art. 15 Wb. Venn. dient de goedkeuring van de jaarrekeningen (en enkele andere handelingen, bv. kapitaalsverhoging door inbreng in natura te geschieden met bijstand (d.i. na verslag) van een commissaris-revisor zie art. 141 v. Wb. Venn.).

¹⁰⁴ Bv. 1 maand vóór de jaarvergadering voor de commissaris-revisor (art. 143 Wb. Venn., voorheen 77, 7 Venn.W.) en 15 dagen voor de vennoten (art. 553 Wb. Venn., voorheen 78 Vennootschapswet).

¹⁰⁵ Vgl. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes* nr. 1555-1556 over deze onderzoeksplicht; P.J. CLAVAREAU, *Enige hulpovereenkomsten*, 76-77.

¹⁰⁶ Cass. 23-9-1977, iz. Noordermeer, Lodewikus t. Van Loo, de Hemptinne, P. van Malleghem q.q. e.a., *Pas.*, I, 100.

contractuele verhouding (koop, aanneming, andere opdracht, en dergelijke), meer bepaald zelfs bijstand bij de keuring der prestaties.

Zo werd het architectenberoep gescheiden van de aanneming door de Architectuurwet van 20-2-1939. Zo werd in de belangrijkste vennootschapsvormen het commissariaat-revisoraat als toezichtinstelling¹⁰⁷ ingesteld door de W. van 21-2-1985. Soms heeft die "deskundige" de bevoegdheid om in naam van de schuldeiser (goed) te keuren.

De goedkeuring van de prestatie bevrijdt in die gevallen nog niet deze deskundige van zijn mogelijke aansprakelijkheid jegens de schuldeiser, m.b. niet zo hij de prestatie ten onrechte heeft goedgekeurd, of de goedkeuring ten onrechte heeft aanbevolen. Zo bevrijdt de goedkeuring van de jaarrekeningen door de aandeelhouders en de kwijting der bestuurders niet noodzakelijk ook de commissaris-revisor. Hij is niet gekweten voor tekortkomingen die op grond van zijn bijstand door de kwijting en goedkeuring gedekt worden geacht, hoewel de leken-aandeelhouders ze niet hoefden te merken, maar die hij wél had moeten merken¹⁰⁸. De kwijting van de commissarissen wordt in beginsel wél tezamen met die van de bestuurders van een vennootschap verleend, doch de aandeelhouders dienden jegens hen over minstens 15 dagen te beschikken (553 Wb. Venn, voorheen art. 78 VennW).

¹⁰⁷ Zie K. GEENS, *Het vrij beroep* nr. 230 v. Daarnaast kan volgens art. 168 Wb. Venn. (voorheen 191 Vennootschapswet) een gerechtelijk commissaris worden aangesteld (ter bescherming van de minderheid). Zie voor coöperatieve vennootschappen art. 165 v. Wb. Venn.

¹⁰⁸ Zie daarover J. LIEVENS, "De aansprakelijkheid van de commissaris-revisor na de recente wetswijzigingen - enkele kritische bedenkingen", *Liber amicorum Jan Ronse*, (265) 272 v.

IV. Kwaliteitsrekeningen¹⁰⁹

A. Omschrijving

Een kwaliteitsrekening is een rekening (die een verbintenisrechtelijke verhouding is) die door de rekeninghouder openlijk *qualitate qua* wordt “gehouden” (beheerd), d.i. niet voor eigen rekening, maar voor rekening van één of meer andere personen¹¹⁰ (of, voor zover het recht dit erkent, een afgezonderd vermogen dat niet aan een persoon zou toebehoren)¹¹¹. De schuldvorderingen die de tussenpersoon heeft op een financiële instelling wegens toevertrouwde gelden, worden dus aangehouden “*qualitate qua*”. Openlijk *qualitate qua* betekent: met vermelding van de kwaliteit van opdrachtnemer. De rekeninghouder is met de schuldenaar van de vordering (rekeningvoerende instelling) overeengekomen dat hij de rekening houdt “voor rekening van derden”.

Voorbeelden:

- derdenrekeningen van advocaten en gerechtsdeurwaarders;
- rubriekrekeningen van notarissen;
- derdenrekeningen van beheersvennootschappen voor auteursrechten¹¹²;
- derdenrekeningen van vermogensbeheerders, vastgoedmakelaars, sekwesters, e.d.m.
- faillissementsrekeningen van curatoren (zij het met een deels verschillend regime);
- en meer in het algemeen allerlei *escrow*-rekeningen van *escrow agents* (vgl. hoger).

¹⁰⁹ Zie daarover naar Belgisch en/of Nederlands recht uitvoeriger E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen”, *TPR* 1996, p. 71 v.; E. DIRIX & R.D. VRIESENDORP (red.), *Inzake kwaliteit*, met onder meer M.E. STORME, “De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken”, p. 55-80, ook (bijgewerkt) in X., *Kwaliteitsrekeningen* (reeks Voorrechten en hypotheken. grondige studies nr. 5), Kluwer Antwerpen 1999, p. 37 v. en ingewerkt in mijn bijdrage “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 703 v., ook op <http://www.storme.be/trust.html>; E. DIRIX & V. SAGAERT, *TPR* 2004, 263 v.; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, nr. 780 v.; R.M. AVEZAAT, *De kwaliteitsrekening*, studiepockets privaatrecht, Kluwer Deventer 2002.

Contra de hier verdedigde opvatting A.M. STRANART, *RPDB Complément VIII*, V° “La saisie-arrêt bancaire” nr. 61.

¹¹⁰ Waarbij de rekeninghouder wel één van die personen kan zijn, de middellijke vertegenwoordiger die optreedt voor gemene rekening van hemzelf en zijn opdrachtgever(s); deze wijze van optreden kan wel voor bepaalde beroepen verboden zijn.

¹¹¹ Omzeggens alle afgescheiden vermogens die ons recht kent, zijn ofwel gevallen van mede-eigendom (maatschap, feitelijke vereniging, huwelijksgemeenschap, enz.) ofwel rechtspersonen (vennootschap met rechtspersoonlijkheid, vzw, stichting). M.i. kan men hoogstens in sommige gevallen van rechtspersoon in oprichting spreken van een dergelijk, in zekere mate door het recht erkend, afgescheiden vermogen.

¹¹² art. 65ter Auteurswet 1994 (ingevoegd bij W. 10 december 2009).

De kwaliteitsrekening vinden we niet alleen waar ze wettelijk verplicht is voor de beroepsbeoefenaar. Ze kan ook louter conventioneel zijn (bv. de escrow-rekeningen).

NB. Daarnaast zijn er ook de effectenrekeningen van banken en beursmakelaars voor hun cliënten (zie het KB giraal effectenverkeer); die betreffen wel waardepapieren en geen schuldvorderingen op naam. De regeling daarvan is ten dele gelijkaardig, maar er zijn ook enkele verschillen precies omdat het voorwerp van de rekening geen schuldvordering (geldtegoed) is, maar een (aandeel in een) hoop effecten. Ze worden hier niet anders besproken.

* Géén kwaliteitsrekening is bv. een rekening op gemeenschappelijke naam, waarbij de vordering mede-eigendom is van de rekeninghouders zelf, of waarbij de ene rekeninghouder eigenaar is en de andere pandhouder of vruchtgebruiker van de vordering (zo bv. is een “geblokkeerde rekening” van een huurwaarborg geen kwaliteitsrekening). Evenmin een kwaliteitsrekening is een rekening op naam van een rechtspersoon, al kan natuurlijk enkel het bevoegde orgaan van die rechtspersoon daarover beschikken (bv. de rekening van een vereniging van mede-eigenaars, waarover de “*syndicus*” bevoegd is).

* Evenmin een kwaliteitsrekening in eigenlijke zin is een rekening op naam van een gebonden mede-eigendom, wat inhoudt dat over de goederen van die mede-eigendom slechts kan worden beschikt volgens de regels die voor het bestuur van die mede-eigendom gelden, al lijkt dit wel op een kwaliteitsrekening in die gevallen waarin de afzonderlijke mede-eigenaars geen bestuursbevoegdheid hebben. Dit laatste is bv. het geval bij een feitelijke vereniging (vereniging zonder rechtspersoonlijkheid)¹¹³; staat de rekening op naam van die vereniging, dan behoort het tegoed tot het verenigingsvermogen, dat in gebonden mede-eigendom is tussen de leden. De lasthebber handelt niet in eigen naam of *qualitate qua*, maar in naam van de (leden van de) vereniging. De rechtsverhoudingen moeten daardoor ten dele anders worden ontleed. Om die reden laten we deze rekeningen hier eveneens buiten beschouwing.

B. Kwalificatie van de rechtsverhouding.

Bij nader toezien gaat het hierbij m.i. om middellijke vertegenwoordiging (zoals ook bij de commissionair).

Gevolgen:

a) op verbintenisrechtelijk vlak: de schuldenaar van de rekening (d.i. de bank) heeft in beginsel geen verbintenisrechtelijke verhouding met de rechthebbende-begunstigde. Anders

¹¹³ Het is bv. ook het geval bij een beleggingsfonds, een giraal effectendepot, enz. Bij een maatschap en een huwelijksgemeenschap daarentegen zullen de mede-eigenaars meestal wel elk afzonderlijk over de rekening kunnen beschikken.

gezegd, de rechthebbende-begunstigde is geen “schuldeiser” jegens de bank en in beginsel niet bevoegd om over de schuldvordering jegens de bank (het rekeningtegoed) te beschikken. Enkel de titularis (rekeninghouder) is contractspartij is van de financiële instelling.

b) op zakenrechtelijk vlak: de rekeninghouder is géén eigenaar van de betreffende vordering op de bank, maar slechts lasthebber. De notaris of advocaat die het geld op dergelijke rekening laat zetten is helemaal geen eigenaar van de betreffende schuldvordering op de bank, maar slechts volmachthebber (en daardoor wel inningsbevoegd). De bestemming is omgekeerd niet slechts economisch eigenaar van die vordering, maar gewoon rechtelijk eigenaar. In geval van insolventie van de rekeninghouder valt het geld niet in zijn boedel, mits er een duidelijk afgescheiden rekening is (vandaar ook de deontologische verplichting om dat te doen).

c) Wel is de rekeninghouder in beginsel de enige die bevoegd is over het tegoed te beschikken. Dit vinden we bij middellijke vertegenwoordiging, zoals hoger werd uiteengezet.

Uitwerking

Laat ons nauwkeuriger de zakelijke rechten van de betrokken partijen, d.i. enerzijds de rekeninghouder *qualitate qua* en anderzijds de rechthebbenden, bepalen¹¹⁴. We bespreken daarbij met name de kwaliteitsrekening die een tegoed in geld betreft, waarbij dus de “zakelijke” rechten op de schuldvordering (het rekeningtegoed) moeten worden bepaald (is de kwaliteitsrekening een girale effectenrekening, die wordt aangehouden bij een bij een erkend effectenverkeerstelsel aangesloten beursmakelaar, dan is dit geen probleem, aangezien de wet zelf bepaalt dat de rechten van de bewaargevers “onlichamelijke zakelijke rechten” op de gedeponeerde effecten zijn¹¹⁵).

Welnu, indien de gerechtigde géén zakelijk recht heeft op de schuldvordering (en dit recht kan o.i. enkel een eigendomsrecht zijn, zie verder), valt de vordering in volle eigendom in het vermogen van de rekeninghouder en geniet de begunstigde géén zakenrechtelijke bescherming. Indien hij wel een zakelijk recht heeft, dient te worden nagegaan of ook de rekeninghouder een zakelijk werkend recht kan hebben, zoals bij middellijke vertegenwoordiging mogelijk is (zie hierboven), dan wel of hij enkel een obligatoor recht heeft (volmacht). Wat in ons recht echter niet kan, is stellen dat de rekeninghouder de volle eigendom heeft van de schuldvordering, maar dat ze desondanks niet in zijn vermogen valt.

Nu is het inderdaad goed mogelijk dat iemand voor derden bestemde gelden beheert in eigen naam en dat hij volle

¹¹⁴ Men kan deze vraag natuurlijk niet oplossen door op voorhand te zeggen dat er maar van een kwaliteitsrekening sprake is wanneer de rekeninghouder ook eigenaar is, en dat het daarbuiten om een pseudo-kwaliteitsrekening zou gaan (zoals S. KORTMANN & N. FABER, “De kwaliteitsrekening en art. 22 van het ontwerp van de Wet op het notarisambt”, *WPNR* 1998, 6303 p. 137 v.); de vraag is immers precies wat bij het soort rekeningen dat wij gemeenlijk kwaliteitsrekeningen noemen het zakelijk statuut is.

¹¹⁵ Art. 9bis en 10 KB nr. 62 van 10-11-1967 zoals gewijzigd bij W. 7-4-1995 en W. 15-7-1998.

eigenaar is van de schuldvordering op de bank. Wanneer de rekeninghouder krachtens de inwendige verhouding met de bank de volle eigenaar is van de schuldvordering op het tegoed, dan is dat misschien jammer voor de rechthebbende-begunstigde, maar dan is dat zo. Enkel is het zo dat de rekeninghouder in een heel aantal gevallen verplicht is ervoor te zorgen dat dit niet zo is. Hij is verplicht om ervoor te zorgen dat de inwendige rechtsverhouding met de bank dusdanig is, dat de schuldvordering niet in zijn vermogen valt¹¹⁶. Deze verplichting bestaat zoals gezegd voor notarissen, advocaten, en dergelijke, voor vermogensbeheerders, voor beursmakelaars, enzovoort.

Daarbij moet duidelijk worden gesteld dat die personen nog helemaal niet aan hun verplichting voldoen door enkel maar de gelden die voor derden bestemd zijn op een afzonderlijke rekening te plaatsen. Zolang de rekeninghouder volle eigenaar is van de schuldvordering op het tegoed daarvan, verandert dat in het geheel niets. De begunstigde-rechthebbende kan dan immers noch het geld revindiceren, want de bank is daarvan eigenaar, noch de schuldvordering op het tegoed, vermits de rekeninghouder daarvan eigenaar is, noch de schuldvergelijking door de bank met schulden van de rekeninghouder tegenhouden. Een zakelijke bescherming verkrijgt de rechthebbende slechts wanneer hij ofwel eigenaar is van de schuldvordering (of mede-eigenaar), ofwel een pandrecht heeft op de schuldvordering.

Rond deze eenvoudige beginselen wordt in de rechtsleer soms een rookgordijn opgetrokken door te spreken van “vermogensafschieding”. Men lijkt er daarbij van uit te gaan dat men door van het recht op een tegoed een afzonderlijke schuldvordering te maken (d.w.z. door een afzonderlijke rekening aan te houden), daarvan ook een afzonderlijk vermogen zou maken, dat geen deel zou uitmaken van het vermogen van de rekeninghouder, hoewel die er wel nog eigenaar van zou zijn. Men verwacht hier evenwel de afschieding van een rekening die de individualisering vormt van een (enkel) goed, met de schepping van een afgescheiden vermogen.

Welnu, het afzonderlijk boeken van een tegoed op een afzonderlijke rekening, betekent op zichzelf enkel dat er sprake is van een afzonderlijke schuldvordering, een afzonderlijk goed, dat op zichzelf voorwerp kan zijn van zakelijke rechten (eigendom, pandrecht en dergelijke). Zolang er geen afzonderlijke rekeningen zijn, zijn er geen afzonderlijke schuldvorderingen, en is althans bij geldrekeningen het zakelijk statuut van het tegoed jegens die schuldenaar noodzakelijk éénvormig : het is dan niet mogelijk dat een deel van dat tegoed zakenrechtelijk een ander statuut zou hebben dan een ander deel ervan¹¹⁷. In die zin is het houden van gescheiden rekeningen een noodzakelijke – doch geen voldoende – voorwaarde om de rechthebbende van de gelden een zakenrechtelijke bescherming te kunnen bieden. Is er een afzonderlijke rekening, dan maakt omgekeerd ook de voortdurende schuldvergelijking dat er ook altijd slechts één enkele schuldvordering, één enkel goed is, en geen meerdere schuldvorderingen betreffende (delen van) dezelfde rekening.

Met een “afgescheiden vermogen” heeft dit echter niets te maken. Een afgescheiden vermogen houdt in dat er – minstens potentieel – een geheel van goederen is, waarop voorrang bestaat voor de schuldeisers jegens wie door

¹¹⁶ Zie in dit verband A.M. STRANART e.a. “La saisie-arrêt bancaire”, in *RPDB Compl.* VIII, nr. 61.

¹¹⁷ De afbakening van schuldvorderingen als eenheid is weliswaar louter bepaald door de inwendige verhouding (tussen schuldeiser en schuldenaar), maar dat betekent niet dat het zakenrechtelijk eenheidsbeginsel helemaal niet meer speelt.

het bestuur van dat vermogen schulden zijn ontstaan, en dat *netto* na aftrek van die schulden, d.w.z. in abstracte aandelen, toekomt aan meerdere personen, zij het in onverdeelde aandelen (mede-eigendom), zij het in opsplitsing van eigendom (eigendom tegenover pandrecht, eigendom tegenover vruchtgebruik, en dergelijke). Een afgescheiden vermogen wordt ook gekenmerkt door een veralgemeende zaaksvervangende of subrogatie. We vinden dat bv. bij een maatschap en een feitelijke vereniging, bij een openbaar beleggingsfonds en een giraal effectendepot. Bij een kwaliteitsrekening is daarvan geen sprake : het gaat noodzakelijk om één enkel goed (niet enkel is er feitelijk maar één goed, het gaat noodzakelijkerwijze om één goed), en er is geen zaaksvervangende, geen “*tracing into the product*” wanneer het geld wordt afgehaald of overgeboekt. Het gaat dus niet om een vermogen (zo men wil kan men dit een pseudo-vermogen noemen : het heeft met een vermogen niets gemeen, behalve dat sommigen het ermee verwarren).

Dat ons recht in een aantal gevallen afgescheiden vermogens kent, betekent helemaal niet dat er een zakenrechtelijke bescherming zou ontstaan zonder zakelijk recht, en evenmin dat het recht op of aandeel in dat vermogen niet in het privé-vermogen van de rechthebbende, deelgenoot en dergelijke zou vallen. Bij een afgescheiden vermogen zijn er meerdere rechthebbenden, en van elk van hen valt het recht als een goed in hun (privé-)vermogen¹¹⁸. De huwelijksgemeenschap is een afgescheiden vermogen, en dat betekent dat het aandeel van elke echtgenoot daarin tot het vermogen van die echtgenoot behoort en diens eigen schuldeisers zich daar in beginsel op kunnen verhalen. De maatschap is een afgescheiden vermogen, en dat betekent dat het aandeel van elke maat daarin tot het vermogen van die maat behoort en diens privé-schuldeisers zich daar in beginsel op kunnen verhalen. Wanneer derdengelden op een afzonderlijke rekening zijn geplaatst, dan valt de schuldvordering daarop nog altijd noodzakelijkerwijze in het vermogen van een welbepaalde persoon (zij het in eigendom, zij het in beperkt recht, zij het volledig dan wel voor een aandeel) en kunnen diens schuldeisers zich daarop in beginsel verhalen. Ook met een afgescheiden vermogen – voor zover daar al sprake van zou kunnen zijn bij een kwaliteitsrekening – ontsnapt men er dus niet aan dat de schuldvordering op het tegoed toekomt aan een bepaalde persoon en diens schuldeisers zich daarop kunnen verhalen. Spreken van vermogensafscheiding ontslaat er ons niet van om duidelijk te zeggen welke zakelijke rechten enerzijds de rekeninghouder en anderzijds de rechthebbende op de schuldvordering hebben, en de rechtsgevolgen daarvan uit te spreken, namelijk dat het zakelijk recht dat de ene en/of de andere heeft ook door diens schuldeisers in beslag kan worden genomen en in de boedel valt bij diens faillissement.

Kan men de zakenrechtelijke bescherming van de begunstigde-rechthebbende misschien verklaren door in de kwaliteitsrekening een delegatie-overeenkomst te zien, waarbij deze als delegataris een eigen recht zou hebben op de bank als gedelegeerde ? De delegataris heeft in geval van delegatie inderdaad een eigen recht; alleen is de schuldenaar van het tegoed van een kwaliteitsrekening - de bank - in het geheel geen gedelegeerde : de schuldenaar (rekeningvoerende bank) verbindt zich helemaal niet jegens de rechthebbende-begunstigde op verzoek van de rekeninghouder, tenzij natuurlijk op het ogenblik waarop deze opdracht geeft tot overschrijving op een rekening van de begunstigde en het tegoed aldus van de kwaliteitsrekening verdwijnt. Maar daarbuiten wenst de

¹¹⁸ Het is natuurlijk mogelijk dat de wetgever bepaalt, zoals in Québec (zie art. 1261 CCQ), dat dit vermogen eigendom is van niemand, maar ook dan kan men er niet onderuit dat de verschillende bestanddelen die tezamen het eigendomsrecht vormen, nog altijd aan iemand worden toebedeeld, en dat men dus in werkelijkheid toch met een gedeelde eigendom zit.

bank met de inwendige verhouding tussen rekeninghouder *qualitate qua* en rechthebbende niets te maken te hebben.

De enige manier om te beletten dat het tegoed op een kwaliteitsrekening – althans het *netto*-tegoed – toekomt aan het geheel van de schuldeisers van de rekeninghouder, is dan ook de begunstigde een zakelijk recht toekennen. En binnen de *numerus clausus* van zakelijke rechten komen daarvoor slechts eigendom of pand in aanmerking.

Nemen we eerst de constructie door middel van een pandrecht. Het moet inderdaad mogelijk zijn een derdenrekening aldus op te bouwen. Er bestaan overigens een aantal gevallen waarin geld wordt omgezet in een rekeningtegoed, precies om de eigendom daarvan te kunnen opsplitsen in naakte eigendom en pandrecht (bv. de geblokkeerde rekening voor huurwaarborg), maar daarbij gaat het niet om kwaliteitsrekeningen, maar om rekeningen onder gemeenschappelijke naam. Dit verschilt overigens wel erg van de kwaliteitsrekeningen die we ontmoeten. In dat geval immers houdt de rekeninghouder de rekening precies niet *qualitate qua*, voor rekening van iemand anders, maar voor rekening van zichzelf, zij het dat zijn vordering met een pandrecht is bezwaard. Dat pandrecht moet dan de schuldvordering van de begunstigde op de rekeninghouder verzekeren. Dat veronderstelt dat men bv. de verhouding notaris-koper-verkoper als een delegatie-overeenkomst kwalificeert, waarbij de verkoper aan de notaris delegeert om zich jegens de koper te verbinden tot betaling van het bedrag dat de verkoper daartoe aan de notaris betaalt. Dat veronderstelt ook dat de inpandgeving wordt meegedeeld aan de bank – wat zeker niet het geval is bij de bestaande kwaliteitsrekeningen. Het betekent verder ook dat bij het gebruik van een generale kwaliteitsrekening (met gelden voor meerdere derden, dit i.t.t. een speciale kwaliteitsrekening per derde) er een volgorde van pandrechten ontstaat, en de oudste derde steeds voorgaat. Het betekent ook dat de derde overeenkomstig art. 3 van de Handelspandwet, de rente en het kapitaal op de vervaldag kan innen – en aangezien de schuldvordering op de bank op zicht opeisbaar is wil dat zeggen ten allen tijde, mits de door pand verzekerde schuldvordering opeisbaar is -, of, zo men van oordeel is dat deze bepaling niet van toepassing is bij burgerlijk pand, daartoe aan de rechter machtiging kan vragen. Kortom, al is het mogelijk de schuldvordering bij een derdenrekening te kwalificeren als eigendom van de rekeninghouder en in pand gegeven aan de derde, dit is niet de wijze waarop kwaliteitsrekeningen werken, en minstens sommige gevolgen van die constructie zijn ook onwenselijk. Voor zover er een pandrecht is in de werkelijk voorkomende gevallen, berust het ook veeleer bij de “rekeninghouder” tot zekerheid van de door hem gemaakte kosten¹¹⁹.

M.i. dient de rechthebbende derde dan ook te worden beschouwd als eigenaar (of bij meerdere rechthebbenden mede-eigenaar) van de schuldvordering in een kwaliteitsrekening¹²⁰; dit is de enige in ons recht mogelijke én werkbare constructie die de gerechtigde een zakelijke

¹¹⁹ Een ander voorbeeld van zo'n rekening onder gemeenschappelijke naam betreft het tegoed van een in pand gegeven vordering die geïnd wordt door de pandhouder, maar dat deze nog niet voor zich mag houden omdat zijn met het pand verzekerde vordering nog niet opeisbaar is.

¹²⁰ In die zin voor de kwaliteitsrekening van de notaris bv. H. DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 267; verdere verwijzingen bij E. DIRIX, in *Inzake kwaliteit*, Kluwer Deventer 1998, (3) 10. *Contra* (voor de cliëntenrekeningen van beleggingsondernemingen) M. GREGOIRE, “La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse”, in verder *De hervorming van de financiële markten en bemiddelaars*, Bruylant Brussel 1997, (625) 628 v.

bescherming biedt. Ook *de lege ferenda* dient men voor een dergelijke constructie te kiezen. De redenen hiervoor heb ik *mut. mut. elders*¹²¹ uiteengezet.

Bij de regeling van een bijzondere vorm van kwaliteitsrekening, nl. de effectenrekening van de beursmakelaar (bij KB nr. 62 giraal effectenverkeer 10-11-1967) heeft de wetgever duidelijk hiervoor gekozen (het betreft hier wel een vrij verschillende soort kwaliteitsrekening, aangezien het niet gaat om geld, maar om effecten, waardoor de *confusio nummorum* niet speelt en de gerechtigden niet zozeer eigenaar zijn van de vordering van de beursmakelaar op de houder van de effecten, als wel eigenaar van een aandeel in het effectendepot zelf, of juist nog eigenaar van een aandeel in een aandeel van een effectendepot, een tweetrapsstelsel dus¹²²). Minder duidelijk is de regeling van de cliëntenrekeningen van de beleggingsondernemingen in art. 77 § 2 en 3 Wet Beleggingsondernemingen van 6 april 1995 (de wet kent een voorrecht toe wanneer de cliënt de gelden niet kan terugvorderen, doch verduidelijkt niet wanneer terugvordering al dan niet mogelijk is; dat houdt in dat voor deze rekeningen geen bijzondere regels gelden. M.i. dient dit te worden begrepen als gelden daar dezelfde regels als bij andere kwaliteitsrekeningen).

Ook de Staats-Nederlandse wetgever koos in art. 25 van de nieuwe Notarisambtwwet voor het eigendomsrecht van de begunstigde¹²³.

¹²¹ Zie mijn bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v. = in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. 277 v.

¹²² De bewaargever heeft namelijk een aandeel in de “hoop” van de aangeslotene bij wie hij een effectenrekening heeft, en deze “hoop” bestaat op zijn beurt uit enerzijds de door de aangeslotene bewaarde effecten en anderzijds het aandeel van de aangeslotene in de “hoop” effecten van die aard bij de effectenvereffeningsinstelling (in België de CIK (dochter van de gefuseerde beurs Euronext) of het effectenclearingstelsel van de Nationale Bank van België of van Euroclear). De bewaargever bezit dus een aandeel van een hoop die voornamelijk een aandeel in een grotere hoop omvat. Zie in dezelfde zin B. SERVAES, “Het immobiliseren van effecten : het Belgisch juridisch kader”, in Jan Ronse Instituut KU Leuven, *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Biblo Kalmthout 2000, 513 v.

¹²³ Zie de - afkeurende - bespreking door KORTMANN & FABER, *WPNR* 6303 p. 140 v. De 6 tegenargumenten van deze schrijvers worden in onderhavige bijdrage beantwoord. Kort samengevat : 1. Een rechtstreekse verkrijging van vorderingsrechten via een middellijk vertegenwoordiger is wel mogelijk. 2. Daarbij heeft de vertegenwoordiger een zakelijk bewindsrecht, dat hem exclusief het beheer toekent. 3. Aangezien het om eigendom van schuldvorderingen gaat, is het volmaakt mogelijk dat de verkoper eigenaar van de schuldvordering is onder ontbindende voorwaarde en de koper eigendom van eenzelfde schuldvordering onder opschortende voorwaarde. 4. Verrekening met schulden van de rechthebbende is veelal niet mogelijk, omdat het eigendomsrecht van de rechthebbende op de vordering met een zakelijk bewindsrecht bezwaard is; is er geen reden meer voor het bewind, dan kan het ook geen kwaad indien verrekening mogelijk is (vgl. hiermee DIRIX, *TPR* 1996, p. 85 nr. 15). 5. Er is geen moeite voor nodig om te aanvaarden dat het beslag door schuldeisers van de koper op diens tegoed slechts een beslag op een voorwaardelijke vordering is. 6. Bij een

C. Nadere regels en gevolgen.

Personen die beroepshalve gelden van derden beheren, dienen dan ook te worden verplicht ervoor te zorgen dat de rekening waarop zij die gelden beheren krachtens de inwendige rechtsverhouding (met de bank) van die aard is, dat de derden eigenaar zijn van die schuldvordering.

De kwaliteitsrekening vermijdt meer bepaald dat het "geld" deel uitmaakt van het vermogen van de tussenpersoon, zoals het geval zou zijn zowel wanneer deze het chartaal zou bijhouden (ingevolge de regel van de "*confusio nummorum*"), als wanneer hij het giraal zou aanhouden op een gewone rekening op eigen naam.

1. Voorwaarden voor dit bijzonder statuut

Aan welke voorwaarden moet worden voldaan om dit te verwezenlijken ? Twee zaken spelen daarbij een rol.

1° Wat de verhouding met de bank betreft is het in beginsel voldoende dat de rekeninghouder de rekening *qualitate qua* aanhoudt.

Door de rekening *qualitate qua* aan te houden treedt hij immers op als middellijke vertegenwoordiger van de derden in verhouding tot de bank. Het is juist dat de leer van de rechtstreekse levering tussen de opdrachtgever en de wederpartij van een middellijk vertegenwoordiger hier niet speelt¹²⁴. De schuldvordering op de bank wordt immers niet verkregen door een cessie aan de rekeninghouder *q.q.*, maar doordat de bank zich jegens de rekeninghouder heeft verbonden (meestal kan men daarin het gevolg van een delegatie zien). Doch het gaat wel om schuldvorderingen die de vertegenwoordiger *q.q.* heeft verkregen. Volgens de hoger gemaakte ontleding komen dergelijke schuldvorderingen in eigendom toe aan de opdrachtgever, doch bezwaard met een zakelijk werkend bewindsrecht van de vertegenwoordiger. Toegepast op de kwaliteitsrekening betekent dit dat de rechthebbende derde eigenaar (of zo er meerdere gerechtigden zijn mede-eigenaar) is van de schuldvordering, maar de rekeninghouder een zakelijk werkend bewindsrecht heeft. Als bewindvoerder "houdt" de rekeninghouder de schuldvordering niet voor zichzelf, maar voor rekening van de rechthebbende(n) (houderschap of detentie wordt hier weliswaar in overdrachtelijke zin gebruikt, maar dit analogisch gebruik van bezitsbegrippen bij schuldvorderingen is m.i. doorgaans wel zinvol). De rechthebbende kan de schuldvordering dan ook "revindiceren" bij

algemene kwaliteitsrekening stelt het bestuur ervan geen andere problemen dan bij het bestuur van andere vormen van gebonden mede-eigendom, zoals bv. een beleggingsfonds of een feitelijke vereniging.

¹²⁴ Dit wordt als argument gehanteerd door S. KORTMANN & N. FABER, *WPNR* 6303 p. 140.

faillissement van de rekeninghouder (vgl. Art. 103, lid 2 FaillW.). Indien de vordering toch zou worden geïnd door de curator en dergelijke, dan dient dit geld te worden terugbetaald en vormt deze verplichting een “boedelschuld”.

2° Wel is het niet zo dat een rekeninghouder zomaar voor zichzelf kan beslissen dat hij een bepaald tegoed vanaf nu voor een derde gaat houden¹²⁵. Een rekening wordt nog geen kwaliteitsrekening omdat een partij die geld op die rekening stort of overschrijft, een bepaalde bestemming voor die geldsom vermeldt¹²⁶. In dat geval maakt de som – of liever : de vordering op de bank tot beloop van die som – gewoon deel uit van het vermogen van de rekeninghouder¹²⁷; de bank kan dit tegoed ook compenseren met schulden van die rekeninghouder (zie verder); en bij faillissement van de rekeninghouder valt het tegoed in de boedel.

Het is dus maar anders als de rekeningvoerende bank ermee instemt dat het om een bijzondere rekening gaat.

Aan de rechtsverhouding tussen rekeninghouder en rechthebbende worden dus bepaalde eisen gesteld. De rekeninghouder moet namelijk in een welbepaalde rechtsverhouding staan tegenover de rechthebbende krachtens dewelke hij de schuldvordering houdt voor rekening van de rechthebbende. Art. 103 FaillW. geldt immers alleen bij middellijke vertegenwoordiging, en er moet dus een bron zijn voor dergelijke vertegenwoordiging: een lastgevings- of opdrachtovereenkomst, een overeenkomst van bewaargeving, of een soortgelijke rechtsverhouding krachtens dewelke hij de schuldvordering op het tegoed houdt voor rekening van die opdrachtgever(s). De rekeninghouder kan zichzelf niet éénzijdig tot middellijk

¹²⁵ Het louter “bestemmen” van de gelden is niet voldoende - zie bv. Hof Brussel 9 juli 1957, *RW* 1957-58, 455.

¹²⁶ Hof Brussel 16 april 1987, *JT* 1987, 575; Hof Antwerpen 20 april 1993, *R.Not.B.* 455; Hof Brussel 23 december 1998, *TBH* 1999, 681 noot; Hof Brussel 9 juli 1957, *RW* 1957-58, 456; Hof Bergen 26 juni 1984, *Pas.* 1984 II 140 = *RPS* 1984, 292. De gewone "studierekening" van de notaris is zo'n rekening waarop weliswaar binnen bepaalde grenzen ook derdengelden kunnen toekomen, maar die geen kwaliteitsrekening is. Volgens de wet is de notaris maar verplicht gelden op een rubriekrekening te plaatsen indien ze niet binnen één maand aan de bestemming worden overgemaakt (art. 34 Notarisambtwet) en het om een bedrag groter dan 2500 Euro gaat.

¹²⁷ Zie bv. Cass. 9 mei 1947, *Arr.* 1947, 148 = *Pas.* I 192 (geldsom die men moest terugbetalen werd door de schuldenaar zogenaamd geblokkeerd op een rekening). Voor de basisregel, vgl. Cass. fr. 20 april 1983, *Bull.civ.* 1983 I nr. 127 = *Defrénois* 1983 art. 33132, 1142 v.: rekeningtegoeden op een gewone bankrekening vallen in het vermogen van de titularis, ongeacht de oorsprong van de gelden en de bestemming die zij voordien hadden (*in casu* tegoeden afkomstig van gelden die een verzekeringsmakelaar voor rekening van de verzekeraar had geïnd, maar op een eigen rekening had geplaatst). Dit belet niet dat de personen die eraan meegewerkt hebben de derdengelden van hun doel af te wenden daarvoor aansprakelijk kunnen zijn jegens de bestemming (vgl. bv. Hof Antwerpen 15 december 2003, *RW* 2005-2006, 1470).

vertegenwoordiger aanstellen - althans niet op zakenrechtelijk vlak. Wellicht is het evenmin voldoende dat hij door een schuldenaar van de rechthebbende of een *solvens* wordt aangesteld zonder medeweten van de rechthebbende zelf (of diens eerdere vertegenwoordiger).

2. Beëindiging bewindsrecht

Hoewel eigenaar, kan de gerechtigde de vordering niet beheren en het bewindsrecht slechts beëindigen voor zover de inwendige rechtsverhouding met de rekeninghouder (de lastgevingsovereenkomst) dat mogelijk maakt; dit bewindsrecht van de rekeninghouder is bestand tegen een faillissement van de gerechtigde.

In de meeste gevallen zal, in afwijking van de gewone regel bij lastgeving, de vertegenwoordiging, en dus ook het bewindsrecht, niet éézijdig *ad nutum* door de “gerechtigde” kunnen worden beëindigd, omdat ofwel de vertegenwoordiger ofwel een derde er recht op heeft dat de begunstigde niet zelf over het tegoed kan beschikken (zgn. “mandaat van gemeenschappelijk belang”). Veelal is de gerechtigde niet onvoorwaardelijk gerechtigd en zijn er meerdere belanghebbenden in de zin van personen die een subjectief recht hebben op het behoud van het bewind over het tegoed. De vertegenwoordiging kan slechts worden opgezegd onder de voorwaarden die door die onderliggende verhouding zijn bepaald, dan wel bij instemming van of ernstige tekortkoming van de partij die er recht op heeft dat vertegenwoordiger niet zelf over het tegoed beschikt. Dit alles stemt overeen met de uiteenzetting hierboven over het zgn. mandaat van gemeenschappelijk belang.

Indien alle (ook voorwaardelijk) gerechtigden akkoord zijn, kan de rekeninghouder vervangen worden door een nieuwe. Indien er voor elke belanghebbende een tussenpersoon optreedt (typisch voorbeeld is de rekening op naam van meerdere advocaten), dan is de vervanging van één ervan een loutere partijkwestie. De advocaat die opgevolgd wordt heeft de verplichting mee te werken aan de overdracht van de rekening aan zijn opvolger¹²⁸.

Het bewindsrecht van de rekeninghouder zelf moet m.i. worden beschouwd als een goed dat niet vatbaar is voor uitwinning, en dus ook niet voor beslag. Het valt ook niet in de boedel bij faillissement van de rekeninghouder. De rechthebbenden kunnen de vordering revindiceren, zij het dat in geval er meerdere rechthebbenden (of potentiële rechthebbenden) zijn, er voor de vereffening een andere bewindvoerder zal moeten worden aangesteld.

3. Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de rekeninghouder, inb. de bank

Is het rekeningtegoed volgens de interne verhouding tussen rekeninghouder en bank een “eigen” tegoed van de rekeninghouder (*nostro*-tegoed), dan kunnen de schuldeisers van de

¹²⁸ Dit leidt men af uit art. 1 II van het OVB-reglement inzake opvolging.

rekeninghouder zich daarop verhalen (en de bank bv. mee verrekenen) tot op het ogenblik waarop het tegoed op tegenwerpelijke wijze aan een ander toekomt (door kennisgeving van cessie, door naasting door de opdrachtgever, enz.).

Is het een tegoed dat *qualitate qua* wordt aangehouden, dan is dat niet het geval¹²⁹. Is aan de vereisten voor een kwaliteitsrekening voldaan, dan maakt het tegoed geen deel uit van het vermogen van de rekeninghouder¹³⁰. De begunstigde is - al dan niet voorwaardelijk - (mede-)eigenaar van het rekeningtegoed¹³¹. De schuldeisers van de bewindvoerders persoonlijk kunnen het tegoed niet uitwinnen. Vermits de schuldvordering niet in het vermogen valt van de rekeninghouder (omdat hij geen eigenaar is), kan ze door zijn schuldeisers ook niet in beslag worden genomen.

Dit belet niet dat de bank in geval van derdenbeslag tegen de titularis van de rekening in zijn verklaring van derde-beslagene ook van deze rekening melding moet maken; de bank kan immers niet nagaan aan wie de gelden wel toebehoren¹³² en het is niet uit te sluiten dat op de kwaliteitsrekening ook gelden van de rekeninghouder zelf staan. De bank waaronder beslag wordt gelegd tegen de rekeninghouder moet niet alleen melding maken van de kwaliteitsrekening, doch ook van het kwaliteitskarakter daarvan¹³³, om te verduidelijken dat het tegoed in beginsel niet tot het vermogen van de beslagen rekeninghouder behoort.

Wel dient men erover te waken dat de bank geen beding van eenheid van rekening (tussen de kwaliteits- en andere rekeningen van dezelfde rekeninghouder) kan inroepen, omdat dan het recht van de rechthebbenden door vermenging teniet zou gaan, althans de bank schuldvergelijking zou kunnen toepassen met schuldvorderingen op de rekeninghouder.

¹²⁹ Vgl. ook Cass.fr. 7 maart 2000, *JCP* éd. E, 2000, 726; Cass.fr. 10 februari 1998, *RTDComm* 1998, 392.

¹³⁰ Vgl. (derdenrekening advocaat) Beslagr. Luik 10 september 2001, *JLMB* 2001, 1498; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, 631; L. LANOYE, "Beslag onder derden op een (bank)rekening", *Liber amicorum Marcel Briers*, Mys&Breesch Gent 1993, 287.

Zo ook in Nederland HR 12 januari 2001, *RvdW* 2001, 29; a contrario HR 3 februari 1984, *Slis-Stroom*, *NJ* 1984 nr. 752. Zie verder A. STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Kluwer Deventer 2005.

Dit geldt *a fortiori* wanneer de gefailleerde niet eens rekeninghouder is, maar de rekening enkel zijn naam vermeld omdat zij een gemeenschappelijke rekening is van meerdere van zijn schuldeisers, die het geld op één rekening lieten storten om het achteraf onder elkaar te verdelen - het geval dat aanleiding gaf tot het arrest Hof Antwerpen 13 februari 1996, *RW* 1996-97, 610.

¹³¹ Vgl. Z. VAN HEE, *Verslagen Comité Studie en wetgeving* 1961, I, 38; Hof Luik 6 november 1967, *JL* 1967, 81; corr. Luik 30 juni 1964, *RPN* 1965, 351 n. P.W.

¹³² Vgl. Beslagr. Brussel 20 januari 2000, *TBH* 2001, 856 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

¹³³ Zie hierover nader E. DIRIX, "Kwaliteitsrekeningen", *TPR* 1996 (71) 84 nr. 14 = "Les comptes rubriqués et qualitatifs", in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. (175) 188 nr. 14.

4. Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de solvens

Zoals hoger besproken kan het zijn dat het tegoed onder een bepaalde voorwaarde toekomt aan één gerechtigde en onder de tegengestelde voorwaarde aan een andere gerechtigde.

De schuldeisers van de bewindvoerders persoonlijk kunnen het tegoed niet uitwinnen; de schuldeisers van de begunstigde van het tegoed wel. Daartoe moeten zij in beginsel beslag leggen onder de bewindvoerder van het tegoed (niet rechtstreeks onder de rekeningvoerende bank). Een bijzondere situatie is er wel bij de kwaliteitsrekening van een faillissementscurator: het tegoed maakt deel uit van de "boedel" van schuldeisers in de boedel. Wanneer een schuldeiser van de boedel zijn boedelvordering wil verhalen, kan hij dat daarentegen onder meer op het tegoed van die kwaliteitsrekening doen. Aangezien hij zijn schuldvordering moet richten tegen de curator q.q. en tegen die curator een uitvoerbare titel moet / zal hebben, kan hij in uitvoering van die titel wel rechtstreeks beslag leggen onder de bank ten laste van de curator q.q.¹³⁴

Wanneer het gaat om een conflict tussen de bestemming van de geldsom en de schuldeisers van de solvens, heeft het weinig belang of het rekeningtegoed dat gevolg is van de betaling aan de tussenpersoon een kwaliteitsrekening vormt of niet. Al zou de tussenpersoon eigenaar zijn van het rekeningtegoed, blijft de vraag wie van partijen onder welke voorwaarden een schuldvordering heeft op de tussenpersoon, waarop de schuldeisers van die partij zich dan desgevallend kunnen verhalen. Het rekeningtegoed zal onder het beslag leggen voor zover de tussenpersoon op dat tijdstip inderdaad schuldenaar was, d.w.z. voor zover de beslagene op dat tijdstip effectief reeds of nog een schuldvordering had op de tussenpersoon.

Wanneer een tussenpersoon (bv. een notaris) een geldsom ontvangt met de opdracht vanwege de solvens om die aan één van zijn schuldeisers uit te betalen, dan heeft de solvens geen schuldvordering tot betaling of teruggave van die geldsom en kunnen zijn schuldeisers daarop dan ook geen derdenbeslag leggen onder die tussenpersoon¹³⁵.

5. Verhaal door de schuldeisers van de gerechtigde

¹³⁴ Voor een voorbeeld: kh. Antwerpen 18 december 2006, *TBH* 2007, (605) 609-610; in casu werd het derdenbeslag dus gelegd onder de Deposito- en Consignatiekas - art. 52 FaillW, dat de procedure voor deconsignatie bepaalt, geldt enkel voor uitkering aan schuldeisers in de boedel en niet voor tenuitvoerlegging door schuldeisers van de boedel.

¹³⁵ Bv. Hof Luik 13 september 2007, *JT* 2008, 33 = *JLMB* 2008, 1256 n. A. BERTHE "Saisie-arrêt et mandat de payement".

Omgekeerd is het aandeel van de rechthebbende in de schuldvordering op de bank in beginsel wél vatbaar voor derdenbeslag, maar anders dan bij een beslag op schuldvorderingen die ook op naam staan van de rechthebbende, zal het beslag hier moeten worden gelegd onder de bewindvoerder; de bank kent immers de naam van de rechthebbende niet, of in ieder geval niet diens precieze rechten (vgl. In Nederland art. 25 lid 5 Notarisambtwet 1999). Normaal legt men derdenbeslag weliswaar bij de schuldenaar van de in beslag genomen schuldvorderingen, d.i. de bank, omdat normaal de schuldenaar de "houder" is van de schuldvordering (in overdrachtelijke zin). Bij een kwaliteitsrekening is er evenwel sprake van een tweetrapshouderschap. De bank houdt de schuldvordering voor de rekeninghouder, die deze op zijn beurt niet voor zichzelf houdt, maar voor de rechthebbende. Aldus is het de rekeninghouder die de verklaring moet doen en desnoods eenvoudig schuldenaar kan worden verklaard. Het beroepsgeheim kan m.i. niet ingeroepen worden om geen verklaring af te leggen of het onder zich hebben van gelden van de beslagene te verzwijgen. Wel kan het beroepsgeheim zich ertegen verzetten dat alle details van de schuld worden meegedeeld en kopie wordt meegedeeld van bewijsstukken (zoals normalerwijze - d.i. buiten beroepsgeheim om - wel vereist kan zijn, zie art. 1452 en 1453 Ger.W.)¹³⁶.

Een dergelijk meertrapsstelsel vinden we zoals gezegd in een bijzondere wettelijke geregelde kwaliteitsrekening, nl. de effectenrekening van de beursmakelaar (zie art. 9 KB nr. 62 giraal effectenverkeer van 10 november 1967). Een vergelijkbare regeling vinden we in art. 77 Wet beleggingsondernemingen van 6 april 1995 voor cliëntenrekeningen van beleggingsvennootschappen.

6. Vormen van opsplitsing van de eigendom

Het eigendomsrecht van de vordering kan opgesplitst zijn, bv. doordat een partij eigenaar is en een andere vruchtgebruiker, of een partij eigenaar en een andere pandhouder.

Zoals gezegd is het ook mogelijk dat er enerzijds een partij is die gerechtigde is op het tegoed onder opschortende voorwaarde, en een andere die gerechtigde is onder ontbindende voorwaarde. Dit komt vaak voor bij door een notaris aangehouden tegoeden, i.h.b. de koopsom. Een ander voorbeeld vinden we wanneer er tussen de rechthebbenden een tontine-verhouding

¹³⁶ De nadere bespreking van het beroepsgeheim valt buiten het bestek van deze bijdrage. Zie daarvoor mijn bijdrage "Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès - Professional ethics and procedural fairness", Belgisch rapport voor het IXe Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra/Lissabon augustus 1991, in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Kluwer Antwerpen 1992, p. 3 v. Zie voor de hele discussie i.h.b. betreffende de notaris : J.F. TAYMANS, "Le secret professionnel du notaire face aux oppositions extrajudiciaires, aux saisies-arrêts et aux cessions de créance", in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125e anniversaire de la revue du notariat belge*, red. D. Sterckx & J.L. Ledoux, Bruylant Brussel 2000, p. 465 v.

bestaat. Gezien de aard van het goed, nl. een schuldvordering, is ook een dergelijke opsplitsing inderdaad mogelijk.

7. Algemene en bijzondere kwaliteitsrekening

Het is ook mogelijk dat de rekeninghouder één enkele rekening voert voor meerdere rechthebbenden uit verschillende verrichtingen of rechtsverhoudingen. Men noemt dit ook een algemene of generale derdenrekening of een *omnibus*-rekening (En. *omnibus account*), i.t.t. de speciale derdenrekening, die slechts tegoeden van één gerechtigde betreft:

- notarissen houden in beginsel afzonderlijke rubriekrekeningen voor elke verrichting¹³⁷, maar daarnaast vaak toch ook een algemene derdenrekening¹³⁸;
- bij beleggingsvennootschappen zijn beiden mogelijk (art. 77 Wet beleggingsondernemingen 6 april 1995);
- advocaten daarentegen hebben behalve voor erg belangrijke bedragen meestal maar één derdenrekening, waarop de verschillende derdengelden vermengd zijn¹³⁹.

In zo'n geval ontstaat er een mede-eigendom tussen de verschillende rechthebbenden, elk in verhouding tot de krediteringen die de rekeninghouder voor rekening van elk van hen heeft verkregen (min de debiteringen die voor rekening van elk van hen geschieden) (en bij voorwaardelijke rechthebbenden nadat eerst is uitgemaakt aan wie onder hen het tegoed toekomt, zie de hierboven beschreven driepartijenovereenkomsten).

Is er een tekort op de rekening, dan wordt dit door alle rechthebbenden evenredig gedragen; deze regel vinden we wettelijk voor effectenrekeningen (waarover verder meer), bij de sommenrekeningen van beheerders van beleggingsfondsen, en dergelijke meer, maar is ook de enige zinvolle regel voor geldtegoeden op kwaliteitsrekeningen (vgl. in Nederland de art. 25 III en IV Notarisambtwet 1999)¹⁴⁰.

¹³⁷ zie art. 34 Notarisambtwet en art. 2 en v. Koninklijk Besluit van 10 januari 2002 betreffende het beheer van de door een notaris ontvangen sommen, effecten en geldswaardige papieren aan toonder en betreffende het toezicht op de boekhouding van de notarissen, voorheen KB 14 december 1935 betreffende de organisatie en de controle van de boekhouding van notarissen.

¹³⁸ in Nederland de regel, zie art. 25 I Notarisambtwet 1999.

¹³⁹ zie Art. 1 Reglement van de Nationale Orde van advocaten van 19 januari 1989 en Reglement derdengelden van de Orde van Vlaamse balies van 11 december 2002; art. 3.8.1. Europese Code van deontologie. In Frankrijk art. 27 Décret nr. 72-671 van 13 juli 1972. Voor de erkenning van het rechtsgevolg, zie Cass. fr. 19 februari 1985, *Bull.civ.* 1985 II nr. 68 = *D.* 1985, I.R., 319. Tegen de kwalificatie als kwaliteitsrekening: J.P. BUYLE, "Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat", in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant Brussel 2002, 953 v.

¹⁴⁰ Zo ook DIRIX & SAGAERT, *TPR* 2004, (263) 268 nr. 5.

Een interessante vraag in deze gevallen is of de evenredige verdeling van het tekort onverminderd geldt wanneer ook de rekeninghouder zelf één van de gerechtigden is (vermenging van *nostro*-tegoeden met derden-tegoeden). Dit is dit onvoldoende reden om te beslissen dat de tegoeden dan geheel in het vermogen vallen van de rekeninghouder¹⁴¹; in tegendeel wordt aanvaard dat de rekeninghouder - en dus ook zijn schuldeisers - achtergesteld wordt op de derden voor wiens rekening hij tegoeden aanhoudt¹⁴². De rekeninghouder wordt geacht bij afhaling of overboeking van tegoeden eerst zijn eigen tegoed te hebben afgehaald. Hij is immers krachtens de rechtsverhouding met de gerechtigden “gebonden” om het tegoed eerst voor de anderen te houden. In zo’n geval wordt een tekort eerst aan hem aangerekend en pas nadien evenredig verdeeld over de gerechtigden¹⁴³.

Een gemeenschappelijke derdenrekening houdt nog niet in dat het mandaat van de rekeninghouder een mandaat van gemeenschappelijk belang is; integendeel zal voor elk aandeel van die mede-eigendom afzonderlijk gelden in wiens belang het moet worden beheerd (en of dat een enkele gerechtigde betreft, dan wel een mandaat van gemeenschappelijk belang).

7. Bij misbruik

Een laatste vraag is of de gerechtigde nog ook kan worden beschermd wanneer het tegoed in strijd met de rechtsverhouding tussen rekeninghouder en gerechtigde is verminderd – bv. doordat de rekeninghouder gelden opneemt voor eigen rekening of overschrijft naar een eigen rekening.

Aangezien in zo’n geval de schuldvordering, voorwerp van het recht van de gerechtigde, verdwijnt, is er geen zakelijke terugvordering (*rei vindicatio* mogelijk. Dit zou maar anders zijn in geval van overdracht van schuldvordering, doch bij overschrijving van de gelden naar een andere rekening treedt er normaal geen overdracht van schuldvordering op, maar een delegatie.

¹⁴¹ Dat werd nochtans ten onrechte beslist in Hof Brussel 26 maart 2002, *NJW* 2003, 346 = *TBBR* 2003, 312 en op p. 317 v. afkeurende noot V. SAGAERT "De derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening".

¹⁴² Zo ook V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, nr. 457; DIRIX & SAGAERT, *TPR* 2004, (263) 268 nr. 5.

¹⁴³ De regel vinden we in art. 25 IV (Staats-)Nederlandse Notarisambtwet 1999. Vgl. ook art. 25 Wb.Venn, art. 8 III van de W. 22 juli 1991 Deposito- en thesauriebewijzen, art. 471 IV Wb.Venn en art. 10 IV KB giraal effectenverkeer.

De redenering vinden we meer algemeen in het *common law* terug wat gelden van een *trust* betreft. Daar wordt dergelijk vermoeden echter via de figuur van een *constructive trust* van rechtswege gemaakt en kan het aan derden worden tegengeworpen. Zie F.P. van KOPPEN, “Bestaan er echte trustverhoudingen in Nederland, Duitsland en Luxemburg”, *WPNR* nr. 5906-5907, p. 130; mijn bijdrage in *RW* 1996-97, randnr 21 = in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, randnr. 21.

Volgens sommigen zou er wel een “*tracing*” mogelijk zijn, op grond van zakelijke subrogatie. Dit veronderstelt dan wel dat het geld niet is afgehaald (geld kan niet worden gerevindiceerd), en dat de rekeninghouder zelf in de plaats van de schuldvordering op de kwaliteitsrekening een andere schuldvordering heeft verkregen. Hoewel het verdedigbaar is dat de rekeninghouder in dat geval die nieuwe rekening ook *qualitate qua* aanhoudt, zal dit toch niet aan derden tegenwerpelijk zijn indien dit niet openlijk gebeurt.

Een verdergaande *tracing* kent ons privaatrecht niet, tenzij dan in het geval van toewijzing aan de benadeelde van een strafrechtelijke verbeurdverklaring. Het betreft hier evenwel een zeer betwistbaar voorrangsmechanisme ten gunste van één bepaalde schuldenaar van de dader ten nadele van diens andere schuldenaars, en er is geen reden om dit ruimer toe te passen dan door de (straf)wet wordt vereist¹⁴⁴.

¹⁴⁴ E. DIRIX, *TPR* 1996, p. (71) 86 nr. 18 = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (175) 190 nr. 18, is wel voorstander van een ruimere toepassing.