

Het recht inzake meerpartijenverhoudingen in het Ontwerp-GRK vergeleken met het Belgische recht (vertegenwoordiging, derdenbeding, cessie, subrogatie, borgtocht, garantie, delegatie).

Matthias E. STORME¹

Deze bijdrage beoogt een inwendige vergelijking van de behandeling van meerpartijenverhoudingen in het ontwerp van Gemeenschappelijk Referentiekader Europees verbintenissenrecht (OGRK / DCFR) naast een uitwendige vergelijking met het Belgische recht. In een inleiding wordt ingegaan op de noodzakelijke onderscheiding van de overeenkomst als rechtshandeling en de eruit voortvloeiende contractuele rechtsverhouding. Deel 2 bespreekt de (onmiddellijke) vertegenwoordiging, in het bijzonder de techniek die het OGRK gebruikt van scheiding tussen de inwendige verhouding (lastgeving) en de uitwendige verhouding (vertegenwoordiging). In het derde deel worden rechtsfiguren besproken die gemeen hebben dat een persoon die geen partij was bij het sluiten van een overeenkomst, partij wordt bij de daaruit voortvloeiende contractuele rechtsverhouding en met name schuldeiser wordt, in het bijzonder het derdenbeding, de cessie en de subrogatie. Deel 4 tenslotte bespreekt de gevallen van meerpartijenverhoudingen die een bijkomende of nieuwe schuldenaar inhouden, zowel de afhankelijke als de onafhankelijke als diegene die vooral een zekerheidsfunctie dan wel een betalingsfunctie hebben: de borgtocht en de onvolmaakte schuldovername, de onafhankelijke garanties, de delegatie. Bij al deze rechtsfiguren wordt vooral ingegaan op de vraag hoe de verschillende tweepartijenverhoudingen zich tot elkaar verhouden en wat de regels zijn betreffende de tegenwerpelijkheid van excepties.

INHOUD

I. Inleiding.....	7
II. (Onmiddellijke) vertegenwoordiging.....	9
2.1. De scheiding tussen de vertegenwoordigingsmacht en de machtiging/lastgeving.....	9
2.2. Vorm en kenmerken van de genoemde scheiding.....	12
2.2.1. Ontstaan van de vertegenwoordigingsmacht.....	12
2.2.2. Tenietgaan van de vertegenwoordigingsmacht.....	13
2.3. Effect op de resulterende rechtsverhouding.....	14
III. Nieuwe schuldeisers.....	15
3.1. Beding ten gunste van derde.....	15
3.1.1. De regels inzake de bindende kracht en de (on)herroepelijkheid: gemeen of afwijkend recht?.....	15
3.1.2. Gevolgen in de resultante rechtsverhouding (belover - begunstigde) en verweermiddelen.....	18
3.2. Cessie.....	20
3.2.1. Structuur van de rechtsverhoudingen.....	21
3.2.2. Rechtsgevolgen in de resultante rechtsverhouding en verweermiddelen.....	28
3.3. Naasting van een schuldvordering door een principaal in geval van middellijke vertegenwoordiging.....	31

¹ Buitengewoon hoogleraar KU Leuven en UA, advocaat. De auteur was lid van het *Compilation and Redaction Team* van het "CoPECL network" dat belast was met het opstellen van het OGRK.

3.4. (Persoonlijke) subrogatie	35
3.5. Zakelijke subrogatie.....	37
3.5.1. Zakelijke subrogatie die leidt tot een eigendomsrecht in een schuldvordering	38
3.5.2. Zakelijke subrogatie die leidt tot een zekerheidsrecht in een schuldvordering	38
3.6. Vestiging van een zekerheidsrecht op een schuldvorderingen	38
IV. Nieuwe schuldenaars	40
4.1. Vormen van pluraliteit van schuldenaars in het algemeen	41
4.2. Zekerheidsfunctie en betalingsfunctie	44
4.3. Classificatie volgens de inwendige verhouding (dekkingsverhouding)	45
4.4. Nader over de behandeling van vier genoemde categorieën in het OGRK	46
4.4.1. “Afhankelijke” verbintenissen met zekerheidsfunctie.....	46
4.4.1.2. Onvolmaakte schuldovername: verbintenis van de oude schuldenaar	48
4.4.4. Onafhankelijke verbintenissen die ook een betalingsfunctie hebben	51
IV. Besluit.....	55

Summary

This paper seeks to draw an internal comparison between the rules governing multi-party relationships in the Draft Common Frame of Reference (DCFR), as well as an external comparison with the relevant Belgian law. More particularly the author discusses the issues arising from representation, third-party beneficiary clauses, assignment of debt, subrogation, bank guaranty and delegation. In the introduction, the paper explains that, for a proper analysis of such multi-party relations, it is not necessary to start from “the contract” and “the consequences of contracts for third parties”, or from a “contracts and third parties” perspective. Instead it is preferable to take each of the legal relations in question separately, and examine their relationship to the other legal relations from this vantage point. This in turn assumes a clear distinction between a contract as a legal transaction and the legal obligations which result from a contract. It is precisely this distinction that characterises the DCFR. This has led to a set of rules which are, in a number of respects, more consistent than the applicable Belgian law, even though there are few substantive differences with the Belgian rules in question. In this regard, the DCFR rules are, as is indeed the case with most national legal systems, the expression of a desire to achieve a balance between conflicting legal principles, more particularly the freedom to contract and the reliance principle.

Part II concerns itself with the notion of (direct) representation, where there is a clear difference between the traditional Belgian approach and that of the DCFR. The Belgian theory continues to approach representation as a special contract, based on the internal relationship between principal and agent. The DCFR approach, on the other hand, is based on the technique of separating the internal relationship (agency) from the external relationship (representation). The external representation turns on the notion of “powers of attorney” or “authority”, as distinct from the actual authorisation and the assignments or instructions involved, which are part of the internal legal relationship. The paper under review analyses the precise manner in which this separation is made, both when the authority is issued and when it is withdrawn. The author further examines the specific case of irrevocable authority, which in Belgium is misleadingly described as a common interest authorisation (“*mandaat van gemeenschappelijk belang*”), and indicates how the DCFR has also regulated this concept in a more clear-cut manner than is the case in the relevant Belgian law.

Part III discusses legal concepts, which have in common the circumstance that a person was not a party when the contract was concluded, but becomes a party because of the resulting contractual relations, and, more particularly, becomes a creditor.

The first legal concept dealt with is the third party beneficiary clause. Here, the author analyses in the first instance the rules governing the binding force and irrevocable nature of the promise made to a third party, as well as exposing an inconsistency on the part of the applicable Belgian law, which has been rectified in the DCFR. As regards the enforceability of defences, the DCFR and Belgian law are in perfect harmony with each other. However, the reliance doctrine is dealt with more prominently in the DCFR.

The paper then analyses the notion of assignment of claims. In the DCFR, this concept is presented more clearly than in Belgian law as a transfer of ownership, and becomes more expressly subject to the rules of property law. As is the case under Belgian law, the DCFR puts for a causal, rather than an abstract, transfer of ownership, and the transfer can be effected on a consensual basis, and even simply coincide with the underlying agreement between the assignor and the assignee. However, the DCFR makes a clearer distinction between both of these aspects, i.e. the relationship between assignor and assignee on the one hand, and property law on the other hand, than is the case under Belgian law. Subsequently, the author examines how the DCFR, as compared with Belgian law, implements the principle that the new legal relationship between assignor and the debtor in question constitutes the same legal

relationship – only one which involved a new creditor – and how this adds some qualifications to this entire issue. As regards the legal implications of the *pactum de non cedendo* clause, the DCFR opts for an original solution, based once more on a separation between property law and the law of obligations, under which the legal implications of the *pactum* do not extend beyond that which can serve to protect the debtor whose debt has been assigned. This separation can also serve to find a balanced way of regulating the rights of the parties involved. This would have been even clearer if, as is the case in the Netherlands Civil Code, the property law aspects of this issue had been dealt with in the chapter dealing with property law, leaving the law of obligations to deal exclusively with the effects of this principle on the internal relationship with the assignment debtor. The section dealing with assignment concludes with an analysis of the rules governing the enforceability of defences – a subject on which the DCFR and Belgian law are also in harmony.

The third legal notion which is dealt with briefly is indirect representation – more particularly the opportunities for, and implications of, appropriation by the principal of a claim held by an intermediary against a third party opponent. Here, the DCFR starts from a rule which is essentially the same as that which is contained in Article 103 of the Belgian Law on Bankruptcies – however, the position of the principal is weakened by the introduction of a “counter-option” on the part of the opponent.

The fourth legal concept discussed is that of personal subrogation, which has not been systematically dealt with in the DCFR. However, the general regulatory framework which can be derived from various provisions spread throughout the DCFR once again broadly coincides with that of the Belgian law. There is no general treatment of real subrogation either in the DCFR; however, there are some applications of this notion, such as an assignment which cannot be enforced against the assigned debtor (subrogation for the benefit of the assignee as to the monies received) as well as some other examples which can be found in the chapter dealing with security rights. Finally, there is a brief examination of the multi-party relationship which arises where security is vested on a claim.

Part IV of the paper discusses those cases of multi-party relations which involve an additional or new debtor. More particularly the author examines the manner in which four possible categories of such relations are regulated in the DCFR, depending on whether they are dependent on the underlying agreement or not, and, especially, depending on whether they serve the purpose of security or of payment. The author examines successively (1) sureties and imperfect transfer of debt, (2) independent bank guaranties, (3) dependent delegations and (4) independent delegations, including documentary credit and giro transfers. Here, he once again concentrates on the question of the mutual relationship between the two-party relations and the enforceability of incidental pleas. In each case, he draws a brief comparison with the applicable Belgian law.

Samenvatting

Deze bijdrage beoogt een inwendige vergelijking van de behandeling van meerpartijenverhoudingen in het ontwerp van Gemeenschappelijk Referentiekader Europees verbintenissenrecht (OGRK / DCFR) naast een uitwendige vergelijking met het Belgische recht. In het bijzonder worden besproken de vertegenwoordiging, het derdenbeding, de cessie, de subrogatie, de borgtocht, de garantie, en de delegatie. Inleidend wordt uiteengezet dat een goede analyse van dergelijke meerpartijensituaties niet dient uit te gaan van "het contract" en de "gevolgen van contracten tn aanzien van derden" of van een perspectief "contract en derden", maar van elk van de betrokken rechtsverhoudingen en vanuit elk daarvan de verhouding met de andere rechtsverhoudingen dient te bestuderen. Dit

veronderstelt op zijn beurt een goed onderscheiden van de overeenkomst als rechtshandeling en de obligatoire rechtsverhouding die al dan niet uit een contract voortvloeit. Het OGRK wordt precies door dat onderscheid gekenmerkt. Dit heeft geleid tot een regeling die op een aantal punten consistentier is dan het Belgische recht, ook al zijn er weinig substantiële verschillen met het Belgische recht. De regels van het OGRK zijn daarbij net zoals die van de meeste nationale rechtsstelsels de uitdrukking van een zoeken naar een evenwicht tussen conflicterende rechtsbeginselen, in het bijzonder het autonomiebeginsel en het vertrouwensbeginsel.

In het deel II wordt de (onmiddellijke) vertegenwoordiging besproken, waar er een duidelijk verschil is tussen de traditionele Belgische benadering en die van het OGRK. De Belgische doctrine benadert de vertegenwoordiging nog steeds vanuit de inwendige verhouding tussen de lastgever en de lasthebber als een type van bijzondere overeenkomst; het OGRK gaat uit van een techniek van scheiding tussen de inwendige verhouding (lastgeving) en de uitwendige verhouding (vertegenwoordiging). De uitwendige rechtsverhouding draait rond het begrip "vertegenwoordigingsmacht" of "volmacht" (in de Engelse tekst "authority") als onderscheiden van de (handeling van) volmachtverlening ("authorisation") en de opdracht(en) of instructies, die elementen zijn van de inwendige rechtsverhouding. De bijdrage analyseert hoe deze scheiding precies gemaakt wordt zowel bij het ontstaan als bij het tenietgaan van de vertegenwoordigingsmacht. Verder wordt ingegaan op het bijzondere geval van de onherroepelijke volmacht die in België wat misleidend "mandaat van gemeenschappelijk belang" wordt genoemd en getoond hoe het OGRK ook daar de rechtsfiguur scherper heeft gesteld dan in het Belgische recht.

In deel III worden rechtsfiguren besproken die gemeen hebben dat een persoon die geen partij was bij het sluiten van een overeenkomst, partij wordt bij de daaruit voortvloeiende contractuele rechtsverhouding en met name schuldeiser wordt.

Een eerste rechtsfiguur is het beding ten gunste van derden. Daarbij worden op de eerste plaats de regels geanalyseerd betreffende de bindende kracht en de onherroepelijkheid van de belofte jegens de derde en een inconsistentie van het Belgische recht blootgelegd die in het OGRK is rechtgezet. Wat anderzijds de tegenwerpgelijkheid van verweermiddelen betreft, sporen het OGRK en het Belgische recht volledig. De vertrouwensleer is wel explicieter aanwezig in het OGRK.

Vervolgens wordt de overdracht van schuldvordering (cessie) besproken. In het OGRK Wordt deze een stuk duidelijker dan in het Belgische recht gepresenteerd als een eigendomsoverdracht en worden de desbetreffende regels van het zakenrecht expliciet toegepast; zoals in het Belgische recht is gekozen voor een causale en geen abstracte eigendomsoverdracht en kan de eigendomsoverdracht consensueel gebeuren en zelfs gewoon in tijd samenvallen met de onderliggende overeenkomst tussen cedent en cessionaris; toch worden beide aspecten (verhouding cedent-cessionaris enerzijds en zakenrecht anderzijds) duidelijker onderscheiden dan in het Belgische recht. Vervolgens wordt geanalyseerd hoe in het OGRK vergeleken met het Belgische recht het beginsel wordt uitgewerkt dat de nieuwe rechtsverhouding tussen cessionaris en *debitor cessus* dezelfde rechtsverhouding is met enkel een nieuwe schuldeiser en welke nuances daarbij gelden. Wat betreft de rechtsgevolgen van

een *pactum de non cedendo* kiest het OGRK voor een originele oplossing, opnieuw uitgaande van de scheiding tussen zaken- en verbintenissenrecht, waarbij de rechtsgevolgen van het *pactum* niet verder reiken dan wat nuttig is voor de bescherming van de gecedeerde schuldenaar. De genoemde scheiding is ook nuttig om op enkele andere punten een evenwichtige regeling te bereiken van de rechten van de betrokken partijen; dit ware nog duidelijker geweest indien men zoals in het Nederlandse BW de zakenrechtelijke aspecten in het Boek over zakenrecht had behandeld en in het verbintenissenrecht enkel de effecten in de inwendige verhouding met de *debitor cessus*. De bespreking van de cessie wordt afgesloten met een analyse van de regels betreffende de tegenwerpelijke van de verweermiddelen, waar het OGRK opnieuw spoort met het Belgische recht.

Een derde rechtsfiguur die kort besproken wordt is de middellijke vertegenwoordiging, en met name de mogelijkheid tot en gevolgen van een naasting door de principaal van de door de tussenpersoon verworven schuldvordering op een derde-wederpartij. Het OGRK gaat uit van een regel die in wezen gelijk is aan die van art. 103 Faillissementwet, doch wordt de positie van de principaal wel afgezwakt door de invoering van een "tegenoptie" van de wederpartij.

Een vierde rechtsfiguur is de persoonlijke subrogatie, die in het OGRK niet systematisch is uitgewerkt. De contouren die uit de verspreide regels kunnen worden afgeleid sporen echter opnieuw met het Belgische recht. Ook van de zakelijke subrogatie vinden in het OGRK geen algemene bespreking, maar wel sommige toepassingen, zoals bij een cessie die de gecedeerde debiteur niet tegenwerpelijk is (subrogatie in het geïnde ten voordele van de cessionaris) en enkele andere gevallen in het boek over zekerheidsrechten. Tenslotte wordt nog heel kort ingegaan op de meerpartijenverhouding die ontstaat bij de vestiging van een zekerheidsrecht op een schuldvordering.

Deel IV van de bijdrage bespreekt de gevallen van meerpartijenverhoudingen die een bijkomende of nieuwe schuldenaar inhouden. Met name wordt nagegaan hoe vier mogelijke categorieën van dergelijke verhoudingen behandeld worden in het OGRK, naargelang ze afhankelijk zijn van de valutaverhouding of niet en naargelang ze vooral een zekerheidsfunctie dan wel een betalingsfunctie hebben. Achtereenvolgens komen aan bod 1° de borgtocht en de onvolmaakte schuldovername, 2° de onafhankelijke garanties, 3° de afhankelijke delegatie en 4° de onafhankelijke delegatie, waaronder het documentair krediet en de overschrijving (giro). Hierbij wordt opnieuw vooral ingegaan op de vraag van de onderlinge verhouding tussen de tweepartijenrelaties en de tegenwerpelijke van excepties. Telkens wordt een korte vergelijking met het Belgische recht gemaakt.

I. Inleiding

(1) Deze bijdrage beoogt een inwendige vergelijking van de behandeling van meerpartijenverhoudingen in het ontwerp van Gemeenschappelijk Referentiekader Europees verbintenissenrecht (hierna OGRK of DCFR)² naast een uitwendige vergelijking met het Belgische recht. Doordat meerpartijenverhoudingen complexere vragen opwerpen dan eenvoudige tweepartijenverhoudingen, zegt de studie ervan immers ook meer over de structuur en denkwijze van een rechtsstelsel.

(2) Een belangrijk kenmerk van het OGRK is het duidelijke onderscheid tussen de overeenkomst als rechtshandeling en de verbintenisrechtelijke verhouding tussen partijen die uit een (geldige) overeenkomst voortvloeit, dit is de contractuele rechtsverhouding. Dit onderscheid blijkt ook uit de indeling van het OGRK in boeken, met name het onderscheid tussen Boek II (overeenkomsten en andere rechtshandelingen) en Boek III (contractuele en niet-contractuele verbintenissen c.q. schuldvorderingen). In de Belgische doctrine worden beide zaken jammer genoeg veelvuldig door elkaar gehaald, met vaak onjuiste redeneringen tot gevolg (ik verwijs hiervoor naar een eerdere bijdrage van mijn hand³). Ook is dit onderscheid bij uitstek van belang om misvattingen te vermijden op het gebied van meerpartijensituaties. In meerpartijensituaties is er vaak een contractuele rechtsverhouding tussen partijen die niet de partijen zijn die de overeenkomst hebben gesloten. In zowat alle rechtsstelsels is het verbintenissenrecht evenwel eerst ontwikkeld geworden voor tweepartijenverhoudingen en pas later voor meer complexe situaties. Het recht inzake meerpartijenverhoudingen is in vele nationale rechtsstelsels dan ook nog overwoekerd door regels die nog uitgaan van de idee dat een "echte" contractuele verhouding slechts kan bestaan tussen de partijen die de overeenkomst gesloten hebben. Sommige daarvan zijn wellicht nuttig geweest in de loop van de genoemde rechtsontwikkeling maar hebben sindsdien wel hun nut verloren. Sommige waren oorspronkelijk in overeenstemming met de toen geldende opvattingen of regels inzake tweepartijenverhoudingen, maar zijn dit vandaag

² De opdracht tot het opstellen van een ontwerp voor een GRK werd in uitvoering van een resolutie van de Raad van de EU en de Mededeling van de Europese Commissie van 11 oktober 2004 ("Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen", http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_praect/cont_law/com2004_nl.pdf) door de Europese Commissie in 2005 gegeven aan het CoPECL-netwerk van navorsers (zie <http://www.copeccl.org>). De "interim outline edition" van het ontwerp (enkel een deel van de artikelen, zonder de commentaar) werd op 1 januari 2008 gepubliceerd als *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition* edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem†, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, ook op <http://www.storme.be/DCFRInterim.html>. De finale versie van het ontwerp werd in januari 2009 gepubliceerd als Christian von Bar, Eric Clive & Hans Schulte-Nölke & Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem†, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano & Fryderyk Zoll, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, Outline Edition* uitg. Sellier 2009, ook @ http://www.storme.be/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. Alle verwijzingen in deze bijdrage betreffen, tenzij anders vermeld, deze versie 2009.

³ M.E. STORME, "Het contractsbegrip op dieet" ?, *TPR* 2008, 305 v.

niet langer omdat ze achterhaald zijn door de ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht in het algemeen⁴.

Ook is er veel kwaad gesticht door de ongelukkige verwoording van art. 1165 Belgisch BW (“Overeenkomsten brengen alleen gevolgen mee tussen de contracterende partijen; zij brengen aan derden geen nadeel toe en strekken hun slechts tot voordeel in het geval voorzien bij art. 1121”). Ook hier wreekt zich het feit dat men onvoldoende onderscheidt tussen de relativiteit van verbintenissen en de zgn. relativiteit van overeenkomsten:

Verbintenissen betreffen een rechtsband tussen een of meer schuldeisers en een of meer schuldenaars. Deze rechtsband brengt voor alle andere personen een zekere gebondenheid mee (gebondenheid aan het feit dat die rechtsband er is tussen die partijen), maar dit impliceert tegelijk dat alle andere personen noch schuldenaar noch schuldeiser zijn van die verbintenis. Dit sluit echter niet uit dat in beginsel, en mits voldaan wordt aan bepaalde vereisten, die rechtsband zowel aan de actiefzijde als aan de passiefzijde kan overgaan op een derde, die daardoor partij wordt. Uitzonderingen op dat beginsel zijn enerzijds aan de actiefzijde schuldvorderingen die *intuitu personae* zijn en anderzijds aan de passiefzijde verbintenissen die hoogstpersoonlijk zijn.

Wat anderzijds overeenkomsten betreft, bestaat die zgn. relativiteit enkel aan de passiefzijde en niet aan de actiefzijde. Overeenkomsten scheppen in beginsel geen verbintenissen voor personen die daarin niet hebben toegestemd (en dus ofwel partij zijn bij de oorspronkelijke overeenkomst, ofwel achteraf als schuldenaar tot de rechtsverhouding toetreden). Dit is slechts anders wanneer een derde de bevoegdheid heeft in diens rechtssfeer in te grijpen. Maar derden kunnen op verschillende wijze partij worden aan de actiefzijde van een obligatoire rechtsverhouding, d.i. schuldeiser worden van een verbintenis die oorspronkelijk door een andere partij was bedongen. Dit kan niet enkel door een beding ten gunste van derden (art. 1121 BW), maar ook door cessie van, in pandgeving van, naasting van, natrekking van of subrogatie in een bestaande schuldvordering. In al deze gevallen wordt de derde, die geen partij was bij de oorspronkelijke overeenkomst, wel partij bij de rechtsverhouding. Deze gevallen zijn niet te beschouwen als een "uitzondering" op een zogezegd principe waarvan ze afwijken; een zo geïnterpreteerd principe bestaat immers niet in ons recht (m.a.w. de relativiteit van de overeenkomst verhindert helemaal niet dat een derde schuldeiser kan worden uit een overeenkomst waarbij hij geen partij was⁵).

(3) De genoemde benadering in het OGRK nu maakt een min of meer coherente behandeling van de uiteenlopende vormen van meerpartijensituaties in het verbintenissenrecht mogelijk.

⁴ Vgl. over een ten dele verschillend maar vanuit rechtstheoretisch perspectief vergelijkbaar onderwerp R. DEKKERS, “Les méfaits de la stipulatio”, in *Mélanges Fernand de Visscher* (1950) III, p. 361 ff., die uiteenzet dat de specifieke regels van de “*stipulatio*” als een welbepaalde contractsvorm het verbintenissenrecht zijn blijven bepalen ook nadat de *stipulatio* zelf een overbodige rechtsfiguur was geworden omwille van de aanvaarding van de vormloze overeenkomst in het algemeen.

⁵ In dezelfde zin X. DIEUX, *RCJB* 2004, (5) 25-26.

In deze bijdrage houd ik het meer bepaald bij situaties waarin drie partijen betrokken zijn, omdat dit voldoende is om de vragen en oplossingen te bespreken. De belangrijkste vragen hierbij betreffen dan met name de verhouding tussen de verschillende rechtsverhoudingen, d.w.z. in welke mate de afzonderlijke tweepartijenverhoudingen afhankelijk zijn van een of meer andere tweepartijenverhoudingen. De regels van het OGRK zijn daarbij net zoals die van de meeste nationale rechtsstelsels de uitdrukking van een zoeken naar een evenwicht tussen conflicterende rechtsbeginselen, in het bijzonder het autonomiebeginsel en het vertrouwensbeginsel⁶.

In deze bijdrage bespreek ik eerst de regels inzake (onmiddellijke) vertegenwoordiging, vervolgens de situaties die kunnen gezien worden als leidende tot een nieuwe schuldeiser en ten slotte deze die leiden tot een nieuwe schuldenaar.

II. (Onmiddellijke) vertegenwoordiging

(4) In het leerstuk van de vertegenwoordiging is de kloof tussen de traditionele Belgische benadering en de moderne benadering van het OGRK bijzonder duidelijk. De Belgische leer benadert de vertegenwoordiging nog steeds vanuit de inwendige verhouding tussen de lastgever en de lasthebber als een type van bijzondere overeenkomst en heeft daar wat herstelwerk tegenaan geplaatst in de vorm van bv. de leer van de schijnvertegenwoordiging. Het OGRK kiest er resoluut voor om met het oog op een goede afweging van de rechtsbeginselen uit te gaan van een techniek van scheiding (techniek die we verderop ook bij sommige andere rechtsfiguren zullen vinden) met name een duidelijke scheiding tussen de inwendige en de uitwendige verhouding.

2.1. De scheiding tussen de vertegenwoordigingsmacht en de machtiging/lastgeving

(5) De OGRK-regels inzake (onmiddellijke) vertegenwoordiging gaan inderdaad uit van die scheiding. De regels inzake vertegenwoordiging in Boek II hoofdstuk 6 betreffen uitsluitend de uitwendige verhouding(en), d.i. de verhouding tussen (a) de principaal (vertegenwoordigde) en de wederpartij en (b) tussen de vertegenwoordiger en de wederpartij (art. II.-6:101 (1)). De inwendige verhouding anderzijds wordt bepaald door de regels die daarvoor gelden naargelang de aard van de inwendige verhouding (art. II-6:101 (3) *a contrario*). Die inwendige rechtsverhouding zal vaak voortvloeien uit een overeenkomst van lastgeving; de regels voor een dergelijke contractuele verhouding vinden we dan niet meer in Boek II dat de rechtshandelingen in het algemeen regelt, maar in het Boek Bijzondere Overeenkomsten, deel

⁶ Mijn opvatting over de rol van dergelijke rechtsbeginselen sluit aan bij die van J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Kluwer, Deventer 1979 en in "Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel", *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 1976, p. (494) 505, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/3186/1/353_003.pdf.

De kritiek van sommige auteurs dat het OGRK te weinig in termen van rechtsbeginselen zou zijn verwoord, heb ik geprobeerd te beantwoorden in mijn bijdrage "Une question de principe(s)? Réponse à quelques critiques à l'égard du projet provisoire de Cadre commun de référence", *ERA Forum* 2008, extranr. 1, p. S 65 v. = <http://storme.be/ERA-ForumTrier2008.pdf>.

IV D. Het kan echter ook om een andere contractuele of niet-contractuele rechtsverhouding gaan.

(6) De uitwendige rechtsverhouding draait rond het begrip "vertegenwoordigingsmacht" of "volmacht" (in de Engelse tekst "*authority*") als onderscheiden van de (handeling van) volmachtverlening ("*authorisation*") en de opdracht(en) of instructies, die elementen zijn van de inwendige rechtsverhouding. Dit betreft het klassieke onderscheid tussen wat de vertegenwoordiger *kan* (*quod potest*) en wat hij *mag* (*quod licet*). Aldus:

- definieert art. II-6:102 (2) de "volmacht" van de vertegenwoordiger als de macht (*power*) om de rechtspositie van de principaal te wijzigen, in het bijzonder om de principaal te binden door middel van rechtshandelingen waardoor hij gebonden wordt net zoals wanneer hij ze zelf had gesteld.
- definieert art. II-6:102 (3) de "volmachtverlening" of "machtiging" ("*authorisation*") aan de vertegenwoordiger als het verlenen of instandhouden van een volmacht - doorgaans door de principaal zelf in een overeenkomst of andere rechtshandeling met de vertegenwoordigde. Zo ook bepaalt art. IVD-1:102 (a) *juncto* IVD-1:101 (1) (a), dat een contract van lastgeving tot inhoud kan hebben de machtiging van en opdracht aan een vertegenwoordiger om een overeenkomst te sluiten of op een andere wijze de rechtspositie van de principaal ten aanzien van een wederpartij rechtstreeks te bepalen.

(7) Dit onderscheid vinden we ook in het (onder meer Belgische) IPR⁷.

In het Belgische materiële recht is het onderscheid natuurlijk bekend in de doctrine⁸. Evenwel is de inwendige verhouding wel veel sterker het uitgangspunt voor de uitwendige verhouding: wij gaan uit van de regel dat de vertegenwoordiger de "macht" heeft om de vertegenwoordigde te verbinden wanneer hij daartoe ook krachtens de inwendige verhouding "bevoegd" is. Is de bevoegdheid voor de door hem gestelde handeling hem in de inwendige verhouding niet gegeven, of is ze hem gegeven maar blijkt die verlening nietig te zijn, of is de volmacht volgens de inwendige verhouding beëindigd, dan is er in beginsel ook geen "macht". De macht is in beginsel onderhevig aan alle factoren uit de inwendige verhouding.

Op die regel bestaan er twee uitzonderingen.

Op de eerste plaats is er de algemene uitzondering van de schijnvertegenwoordiging: het geval waarin de derde er rechtmatig op vertrouwd heeft dat er in de inwendige verhouding een

⁷ De conflictregel voor de inwendige verhouding is te vinden in Verordening 593/2008 betreffende het recht van toepassing op contractuele verbintenissen (voorheen het Verdrag van Rome), dat in art. 1, 2 g uitdrukkelijk niet van toepassing is op de vraag of een vertegenwoordiger zijn principaal (...) kan binden jegens een derde. De conflictregel voor die vraag, de uitwendige verhouding dus, is te vinden in de Haagse Conventie betreffende het recht toepasselijk inzake vertegenwoordiging, art. 11 tot 15. In die Conventie wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen twee verwijzingscategorieën, met name enerzijds de inwendige verhouding tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde en de bevoegdheid zoals die in die verhouding geldt (art. 5 tot 10) - waarvoor de *lex contractus* van die inwendige verhouding geldt - en anderzijds de uitwendige verhouding tussen de derde-wederpartij en de vertegenwoordigde en/of vertegenwoordiger (artikel 11-15), waarvoor een afzonderlijke verwijzingsregel geldt, die in grote mate spoort met het recht dat toepasselijk is op de met de derde gesloten overeenkomst.

⁸ Voor het onderscheid tussen bevoegdheid en macht, zie W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 32 en 146.

bevoegdheid is gegeven⁹. De derde heeft daarbij naargelang de omstandigheden een zekere onderzoekslast¹⁰.

De tweede uitzondering betreft een reeks bijzondere gevallen waarin de derde mag voortgaan op de volmacht in de zin van de verklaring van de volmachtgever, zonder enige onderzoeksplicht over de vraag of die volmachtverlening niet door nietigheid is aangetast noch over de vraag of er inwendig tussen partijen beperkingen t.a.v. de bewoordingen van de volmacht zijn overeengekomen. We vinden dit bv. in de regels betreffende de vertegenwoordigingsmacht in de NV en BV (artikel 522 en 526 en 257-258 Wb. Venn.), het mandaat *ad litem* van de advocaat (artikel 440 lid 2 BW) en het mandaat voor tenuitvoerlegging van de gerechtsdeurwaarder (artikel 1393 Ger.W.). Er is dus een verschil tussen "mogen" (bevoegdheid) en "kunnen" (macht) van de vertegenwoordiger. In de tweede uitzondering wordt de vertegenwoordigingsmacht losgekoppeld van de inwendige bevoegdheid, maar het blijft wel vereist dat er een volmachtverlening gebeurd is, dat er een verklaring in die zin is afgelegd. In die zin gaat het nog altijd om een "inwendige" rechtshandeling, die echter geabstraheerd is van de rest van de inwendige verhouding.

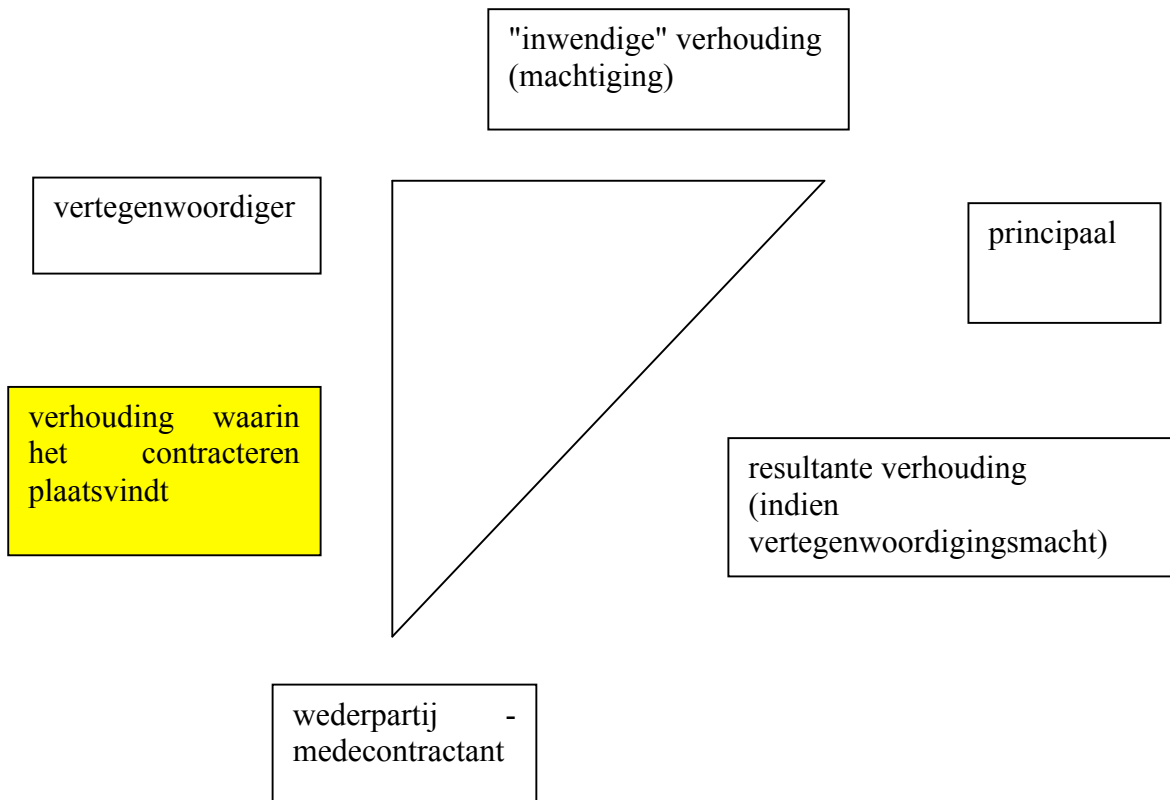
Deze tweede uitzondering komt dicht bij de heersende opvatting in het Duitse recht: de volmachtverlening wordt daar gezien als een abstracte rechtshandeling (losgekoppeld van de overige rechtsverhouding tussen partijen). Nietigheidsgronden of verplichtingen die uit de inwendige verhouding voortvloeien kunnen die volmacht niet aantasten, zij is ervan losgekoppeld. Maar ondanks deze abstractie wordt de volmacht nog altijd gezien als de inhoud van een volmachtverlening, van een rechtshandeling tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde. Daaruit volgt bv. dat wanneer de volmacht intern beëindigd wordt, de vertegenwoordigingsmacht in beginsel ook wegvalt, ook al is er in zo'n geval nog een schijn van volmacht¹¹. Ook het Duitse recht heeft dus naast de abstracte volmacht nog de schijnvolmacht of schijnvertegenwoordiging. Daarbij is vereist dat de derde er rechtmatig op vertrouwd heeft dat er in de inwendige verhouding een volmacht is gegeven (maar anders dan in het Belgische recht, hoeft hij zich, an de eventuele inwendige nietigheidsgronden niets aan te trekken).

(8) In navolging van de Beginselen van Europees contractenrecht (PECL) heeft het OGRK de scheiding enigszins anders gemaakt. Er wordt niet zozeer een onderscheid gemaakt tussen twee aspecten van de inwendige verhouding, nl. de verbintenisrechtelijke verhouding (de rechten en plichten uit de overeenkomst van lastgeving) en de volmachtverlening, maar wel tussen de inwendige en de uitwendige verhouding.

⁹ Voor de aanvaarding van deze leer in het Belgische recht, zie Cass. 20 juni 1988, *Cuivre-et-Zinc*, *R.W.* 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN; en vooral Cass. 20 januari 2000, *Argenta*, *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.

¹⁰ Zie over dit alles mijn bijdrage "Het vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintennisrecht", preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 21 november 1997, *TPR* 1997, 1861 v.

¹¹ Zie bv. BGB § 173.



2.2. Vorm en kenmerken van de genoemde scheiding

(9) De precieze vorm van deze scheiding in het OGRK kan verduidelijkt worden door een ontleding van de regels inzake het ontstaan en het tenietgaan van de vertegenwoordigingsmacht.

2.2.1. Ontstaan van de vertegenwoordigingsmacht

(10) De macht van de vertegenwoordiger kan:

- (a) verleend worden door de principaal (art. II-6:103 (1)), of
- (b) verleend worden door de wet (art. II-6:103 (1)) – ook hier wordt gesproken van een machtiging (*authorisation*) – of
- (c) gegrond worden op de schijn van volmachtverlening: wanneer een persoon een derde redelijkerwijze en te goeder trouw doet geloven dat hij een vertegenwoordiger gemachtigd heeft om bepaalde rechtshandelingen te stellen, wordt die persoon ook effectief behandeld als een principaal die de schijnvertegenwoordiger dusdanig heeft gemachtigd (II-6:103 (3)). In dat geval is enkel de machtiging "schijnbaar", de macht daarentegen is "reëel": de vertegenwoordiger heeft vertegenwoordigingsmacht en geen louter schijn van macht¹². De

¹² Dit is in wezen een zaak van behoorlijke formulering; een schijn kan een rechtsfeit zijn dat rechtens relevant is, maar het heeft geen zin om rechtsregels te verwoorden die het hebben over schijnbare rechtsgevolgen.

regel is een uitdrukking van het vertrouwensbeginsel, dat in de genoemde omstandigheden voorrang krijgt boven het zuivere autonomiebeginsel.

Hetzelfde geldt voor de omvang van de macht. De regels van art. II-6:103 en IVD-1:102 (a) houden ook in dat instructies gegeven door de principaal aan de vertegenwoordiger maar niet gekend door de wederpartij, de macht van de vertegenwoordiger niet beperken.

In veruit de meeste gevallen leidt deze regel tot hetzelfde resultaat als de Belgische opvatting, maar de benadering is dus wel verschillend. In de benadering van het OGRK wordt immers rechtstreeks de vraag gesteld onder welke voorwaarden de macht ontstaat.

2.2.2. Tenietgaan van de vertegenwoordigingsmacht

(11) Dezelfde scheiding tussen de machtiging in de inwendige verhouding en de macht in de uitwendige verhouding vinden we ook bij de regels inzake het tenietgaan van de bevoegdheid c.q. macht tot vertegenwoordiging.

2.2.2.1. Algemene regel

(12) De regels inzake de beëindiging van de machtiging, of misschien duidelijker de inwendige bevoegdheid, vinden we in het algemeen verbintenissenrecht (Boek III), aangevuld met het recht inzake bijzondere overeenkomsten, in het bijzonder inzake lastgeving in Boek IVD. In Boek III vinden we bv. de regels inzake ontbinding van contractuele verhoudingen en andere wijzen van tenietgaan van contractuele rechten en verplichtingen in het algemeen. In Boek IVD vinden we de meer specifieke regel voor lastgeving volgens dewelke deze in beginsel op elk ogenblik kan worden opgezegd door de principaal (art. IVD-1:104), behalve bij de gevallen van onherroepelijke volmacht, waar de beëindiging beperkt is tot de beëindigingsgronden van het algemeen verbintenissenrecht en sommige andere specifieke gronden (zie art. IVD-1:105).

(13) De regels inzake het tenietgaan van de vertegenwoordigingsmacht daarentegen vinden we in Boek II, i.h.b. art. II-6:112. In de hoofdregel (lid 1) wordt er opnieuw uitgegaan van de schijn van bevoegdheid als criterium voor het verder gelden dan wel tenietgaan van de macht: “De (vertegenwoordigings)macht van een vertegenwoordiger geldt in verhouding tot een wederpartij die kennis had van die macht ondanks de beëindiging of inperking van de machtiging / bevoegdheid van de vertegenwoordiger tot wanneer de wederpartij de beëindiging of inperking kende of redelijkerwijze verwacht kan worden te kennen”¹³. Dit houdt ook in dat de macht niet retroactief tenietgaat. In het Belgische recht vinden we deze regel in een meer beperkte vorm (nl. enkel wat de herroeping betreft) terug in art. 2005 BW. Maar de regel is in het OGRK algemeen verwoord.

¹³ In art. 3:209 PECL waren de gronden voor beëindiging uit de inwendige verhouding nog onrechtstreeks vermeld; vermits het OGRK een hoofdstuk bevat over de lastgevingsovereenkomst, worden deze nu daar opgesomd.

Zolang de derde niet weet of behoort te weten van de beëindiging is er dus wel degelijk nog vertegenwoordigingsmacht en niet alleen een schijn van vertegenwoordigingsmacht. Daarmee gaat men een stap verder dan het Duitse of Nederlandse recht, waar nog steeds gezegd wordt dat de volmacht eindigt door bv. de handelingsonbekwaamheid - en men zich zoals bij ons op schijnvertegenwoordiging moet beroepen wanneer na dat tijdstip nog gehandeld is.

2.2.2.2. Bijzondere regel ingeval van verbintenis tot onherroepelijkheid

(14) De meer specifieke regel van lid (2) geldt wanneer de wederpartij geen echte derde is: "Heeft de principaal een verbintenis jegens de wederpartij (de derde) om de machtiging (bevoegdheid) van de vertegenwoordiger niet te beëindigen of in te perken, dan blijft de macht van de vertegenwoordiger gelden ondanks de beëindiging of inperking van machtiging, zelfs indien de wederpartij wist van deze beëindiging of inperking". Dit betekent ook, *a contrario*, dat waar er geen dergelijke verbintenis is jegens de wederpartij, de vertegenwoordigingsmacht van de vertegenwoordiger in de uitwendige verhouding tenietgaat wanneer de derde kennis krijgt van de beëindiging van de machtiging, ook wanneer deze in strijd is met de verplichtingen tussen principaal en vertegenwoordiger. Of de beëindiging tussen die partijen geldig is geschied of niet, is voor de wederpartij dan immers een *res inter alios acta*.

(15) Deze regels komen m.i. overeen met deze van het Belgische recht; in onze doctrine wordt daarbij meestal nogal onnauwkeurig gesproken van het "mandaat van gemeenschappelijk belang"; bij nader toezien is deze uitdrukking evenwel onnauwkeurig. Het gaat niet zozeer over de vraag of het mandaat door de lasthebber moet worden uitgeoefend in het gemeenschappelijk belang (en ook waar dat het geval is gaat het niet om een unitaire categorie) maar of er jegens de lastgever een contractueel recht op onherroepelijkheid geldt - in sommige gevallen een recht van de lasthebber, in andere een recht van een medelastgever, in nog andere dat van een derde¹⁴. Ook naar Belgisch recht zal de herroeping van een onherroepelijk bedongen volmacht uitwerking hebben tegenover derden¹⁵, behalve tegenover een derde jegens wie de verbintenis van onherroepelijkheid geldt (die een subjectief recht heeft op de niet-herroeping en dus partij is bij die verbintenis).

2.3. Effect op de resulterende rechtsverhouding

(16) De rechtsfiguur van de vertegenwoordiging houdt zowel in het OGRK als in het Belgische recht in dat de rechtsverhouding tussen de principaal en de wederpartij, die uit de

¹⁴ Zie de ontleding in mijn bijdrage "Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk?", *T. Not.* 1996, 7; een aangevulde versie van deze bijdrage is opgenomen in mijn syllabus *Vertegenwoordiging, lastgeving, ...*, te vinden op <http://storme.be/ZCR-lastgeving.pdf>.

De onherroepelijkheid moet ook onderscheiden worden van de vraag of de lastgever die herroept eventueel schadeplichtig is jegens de lasthebber; dat kan immers ook voorkomen bij herroepelijke mandaten.

¹⁵ W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 143 p. 463.

door de vertegenwoordiger in naam en voor rekening van de principaal gestelde rechtshandeling voortvloeit, de rechtsverhouding is *zoals* zij tot stand gebracht is tussen de vertegenwoordiger en de wederpartij. Beide partijen (principaal en wederpartij) zijn jegens elkaar zowel gebonden door die rechtsverhouding als ertoe gerechtigd.

Aldus zullen de relevante elementen voor de uitlegging van de gesloten overeenkomst moeten worden gezocht in de handelingen en geest van de vertegenwoordiger en de wederpartij (veeleer dan van de vertegenwoordigde). Aangezien de vertegenwoordigde geacht wordt partij te zijn van bij het stellen van de handeling (en niet slechts op een later tijdstip, zoals bv. het geval is voor een cessionaris), kan de geest en gedraging van de vertegenwoordigde echter wel relevant zijn voor de toepassing van sommige regels inzake de totstandkoming en geldigheid van de overeenkomst (bv. de precontractuele goede trouw van de principaal). Daarop gaan we hier niet nader in.

III. Nieuwe schuldeisers

(17) Er zijn een hele reeks situaties waarin een persoon die geen partij was bij het sluiten van een overeenkomst, achteraf partij wordt bij de daaruit voortvloeiende contractuele rechtsverhouding. In deze bijdrage bespreken we eerst de belangrijkste situaties die kunnen worden beschouwd als gevallen van het intreden van een nieuwe schuldeiser.

3.1. Beding ten gunste van derde

(18) Een eerste te bespreken rechtsfiguur is het beding ten gunste van een derde. Er is inderdaad een zekere verwantschap met de vertegenwoordiging, doordat de handeling er van bij het begin toe strekt dat een andere persoon dan de partijen die het contract sluiten schuldeiser zal worden in de contractuele rechtsverhouding. Bij het beding ten gunste van een derde heeft de bedinger geen vertegenwoordigingsmacht om de derde-begunstigde te verbinden en wordt het beding ook niet bedongen in naam van de derde-begunstigde. Maar er zijn wel enkele andere gelijkenissen - zij het vooral tussen derdenbeding en middellijke vertegenwoordiging (waarover verder meer): de derde-begunstigde verkrijgt een recht jegens de belover krachtens een overeenkomst tussen de bedinger en de belover. De gelijkenis wordt bemoeilijkt doordat zowel de term "derde" als de term "inwendige verhouding" bij het derdenbeding gebruikt worden voor andere posities dan bij vertegenwoordiging.

3.1.1. De regels inzake de bindende kracht en de (on)herroepelijkheid: gemeen of afwijkend recht ?

(19) In meerdere nationale rechtsstelsels bestaat er nog steeds een tendens om bij het derdenbeding een aantal regels te hanteren die afwijken van het gemeen contractenrecht, hoewel daar geen enkele reden meer toe is; die afwijkingen stammen uit een tijd waarin het geenszins vanzelfsprekend was dat men een recht kon overeenkomen ten gunste van een derde.

(20) Ook naar Belgisch recht wordt traditioneel geleerd - op grond van een weinig creatieve uitleg van art. 1121 II BW - dat de derde-begunstigde een subjectief recht verkrijgt wanneer

de partijen de intentie hadden de derde te begunstigen, doch dat dit recht maar onherroepelijk wordt wanneer de derde-begunstigde het heeft aanvaard¹⁶.

Nu het recht van de derde-begunstigde, zoals algemeen wordt aanvaard, rechtstreeks aan de derde-begunstigde toekomt en niet eerst passeert via het vermogen van de bedinger¹⁷, is deze opvatting m.i. strijdig met de algemene regels van ons verbintenissenrecht, zeker omdat in het Belgische recht ook de verbindende kracht van een eenzijdige belofte in het algemeen is aanvaard. Indien een éézijdige belofte jegens een promissaris in beginsel onherroepelijk is, ook voor het tijdstip van aanvaarding door die promissaris, dan is het onlogisch dat dit niet zou gelden voor een begunstiging van een derde die door de belover met een bedinger werd overeengekomen.

Wel is het zowel in de traditionele Belgische als in de meer coherente opvatting zo dat de inhoud en modaliteiten van die verbintenis (waaronder ook de herroepingsmogelijkheden) in beginsel bepaald worden door de uitleg van de overeenkomst tussen bedinger en belover. Zo moet worden nagegaan of de overeenkomst tussen bedinger en belover al dan niet inhield dat aan de derde een subjectief recht zou worden verschaft, en of dat recht volgens de overeenkomst onmiddellijk ontstond dan wel op een later tijdstip (bv. bij kennisgeving aan de derde). Zolang de overeenkomst niet inhoudt dat aan de derde een subjectief recht wordt verschaft, heeft de derde niet zo'n recht en blijft de belofte ten aanzien van de derde herroepbaar (ook al zou ze tussen partijen niet eenzijdig herroepbaar zijn); of die herroeping dan door één partij alleen kan gebeuren, dan wel enkel door beiden, hangt af van hun onderlinge overeenkomst. Er wordt verder vermoed dat, wanneer een herroepbaar recht wordt bedongen, de herroeping een eenzijdig recht is van de bedinger, tenzij anders overeengekomen (bv. in de levensverzekering bepaalt de wet dat de wijziging van begunstigde eenzijdig kan gebeuren door de verzekeringnemer - Art. 112 Landverzekeringsovereenkomstenwet 1992) zodat de kennisgeving – wanneer zij vereist is – van de bedinger moet uitgaan.

De rechtsgevolgen jegens de derde-begunstigde, zoals bepaald op basis van de uitleg van de overeenkomst tussen bedinger en belover, moeten desgevallend wel gecorrigeerd worden op grond van de vertrouwensleer, namelijk wanneer de partijen jegens de derde-begunstigde de schijn hebben gewekt van een sterker recht (bv. onherroepelijk) dan in werkelijkheid tussen hen overeengekomen (zie de nadere bespreking verder onder in nr. 24).

Ik zie dus niet in wat er aan de aanvaarding door de derde-begunstigde relevant kan zijn: ofwel was de begunstiging reeds zonder de aanvaarding onherroepelijk, en voegt deze daar niets aan toe; ofwel was ze niet onherroepelijk omdat ze dit volgens de overeenkomst tussen

¹⁶ I.a. DEKKERS-VERBEKE, p. 83; met dan nog die nuance dat enkel de bedinger zelf de begunstiging kan herroepen, en niet zijn erfgenamen (o.m. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* (2006) p. 235. Deze opvatting wordt verworpen door CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 355, die evenwel het recht maar doet ontstaan door de aanvaarding, omdat hij de verbintenis uit eenzijdige wilsuiting in het algemeen niet erkent zonder aanvaarding.

¹⁷ Zie o.m. Cass. 16 januari 2006, nr. C.04.0302.F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060116-8.

bedinger en belover niet was of eerst na kennisgeving aan de begunstigde, en dan kan ook de aanvaarding door de derde-begunstigde ze niet onherroepelijk maken. Het is slechts anders wanneer de partijen specifiek overeengekomen zouden zijn dat de derde-begunstigde maar een recht verkrijgt door zijn aanvaarding.

Ook kan de wet bepalen dat de begunstiging, hoewel herroepelijk gedaan, op een bepaald ogenblik onherroepelijk wordt (bv. bij de levensverzekering bij het opeisbaar worden van de prestaties; de erfgenamen kunnen de begunstiging niet meer wijzigen). Daarbuiten is dat enkel het geval wanneer zulks de bedoeling is van partijen (bedinger en belover). Vandaar dat sommige rechtsstelsels de regel formuleren dat de begunstiging onherroepelijk is indien partijen dat zijn overeengekomen, terwijl andere (bv. het Duitse recht) juist stellen dat debegunstiging in beginsel onherroepelijk is tenzij anders bedongen. Zolang de begunstiging herroepbaar blijft (zij het door bedinger en belover, zij het door één van beiden), zijn er wel rechten en plichten tussen bedinger en belover, maar heeft de derde-begunstigde slechts een gebeurlijk recht.

(21) Wanneer we nu de regeling van het OGRK bekijken, dan kunnen we vaststellen dat het in deze materie kiest voor een regeling die coherent is met het algemeen contractenrecht.

Op de eerste plaats hangt het ontstaan van een recht van de derde-begunstigde in beginsel niet af van een aanvaarding door deze derde. Volgens art. II-9:302 (a), “(...) behoudens andersluidend beding in de overeenkomst, heeft de derde-begunstigde dezelfde rechten (...) als in het geval waarin de belover verbonden was tot nakoming van de prestatie krachtens een bindende eenzijdige belofte ten gunste van de derde”. Aangezien ook in het OGRK de bindende kracht van de eenzijdige belofte is aanvaard (art. II-1:103 (2) OGRK), zou het incoherent geweest zijn om bijkomende eisen te stellen voor de bindende kracht van een belofte jegens een derde-begunstigde die deze nog niet heeft aanvaard.

De derde-begunstigde verkrijgt in het OGRK dus het subjectief recht of ander voordeel zodra de kennisgeving daarvan de derde-begunstigde heeft bereikt (zie de algemene regel inzake kennisgeving in art. II-1:106 ‘Notice’, met daarin ook de ontvangstleer zoals we die kennen in het Belgische recht¹⁸). Wel kunnen de partijen de aanvaarding tot een voorwaarde maken voor het recht van de derde-begunstigde. Ook kan de derde-begunstigde, ook wanneer een aanvaarding geen voorwaarde is, overeenkomstig de algemene regels van verbintenissenrecht, afstand doen van zijn recht (zie art. II-9:303 (1), dat bepaalt dat "De derde mag het recht of voordeel verwerpen door kennisgeving aan een van de contractspartijen"), met als enige bijzondere regel dat in geval van verwerping zonder onnodig uitstel, het recht of voordeel geacht wordt nooit te zijn ontstaan.

¹⁸ Zie m.b.t. de ontvangstleer, in casu bij derdenbeslag, Cass. 14 mei 1999, *Kreis-Klassert*, *RW* 1999-2000, 1338 noot M.E. STORME, "De ontvangstleer bij derdenbeslag en andere kennisgevingen die de betalingsverplichting van een schuldenaar wijzigen, en de verzendingsleer bij rechtshandelingen die een termijn doen ingaan" = *P&B* 2000, 128 noot P. VANLERSBERGHE "De kennis van het beslagexploot als toelaatbaarheidsvereiste voor de sanctie van art. 1451 GerW".

Natuurlijk is een aanvaarding door de derde-begunstigde (dan wel een macht van de bedinger om de begunstigde te verbinden) vereist opdat de begunstigde zelf tot een verbintenis zou gehouden zijn. Maar in dergelijk geval is er gewoon sprake van een overeenkomst met de derde-begunstigde, al kan het dan nog zijn dat de rechten en plichten uit die overeenkomst volgens die overeenkomst afhankelijk worden gesteld van het lot van een andere overeenkomst (bv. een "onderliggende" overeenkomst tussen de bedinger en de belover).

Het OGRK is ook volkomen coherent waar het bepaalt dat de herroepelijkheid of onherroepelijkheid van het recht of voordeel van de derde-begunstigde afhangt van de inhoud van de overeenkomst tussen bedinger en belover (zie art. II-9:301 (2): "De aard van het recht of voordeel van de derde wordt bepaald door de overeenkomst ...", en meer expliciet art. II-9:303 (2): "De overeenkomst bepaalt of en door wie en in welke omstandigheden het recht of voordeel na dat tijdstip kan worden herroepen of gewijzigd"), zij het met de correctie van de vertrouwensleer in art. II-9:303 (3). Dit wil dus zeggen dat elke herroepingsmogelijkheid die partijen zouden wensen te hebben na de kennisgeving aan de derde-begunstigde, moet worden bedongen.

3.1.2. Gevolgen in de resultante rechtsverhouding (belover - begunstigde) en verweermiddelen

(22) Zoals uitdrukkelijk wordt bepaald in art. II-9:301 (2) OGRK, zijn de modaliteiten van de resulterende rechtsverhouding - d.i. van de verbintenis van de belover jegens de derde-begunstigde - volledig afhankelijk van de overeenkomst en rechtsverhouding tussen de bedinger en de belover, anders gezegd niet daarvan geabstraheerd: "De aard en inhoud van het recht of voordeel van de derde wordt bepaald door de overeenkomst en is onderworpen aan alle voorwaarden of beperkingen van die overeenkomst". Die onderliggende verhouding noemen we de dekkingsverhouding (de dekkingsverhouding is de rechtsverhouding waarin zich de reden bevindt waarom de schuldenaar zich verbonden heeft¹⁹).

Art. II-9:302 OGRK herhaalt en specificceert deze gedachte door verder te bepalen dat:

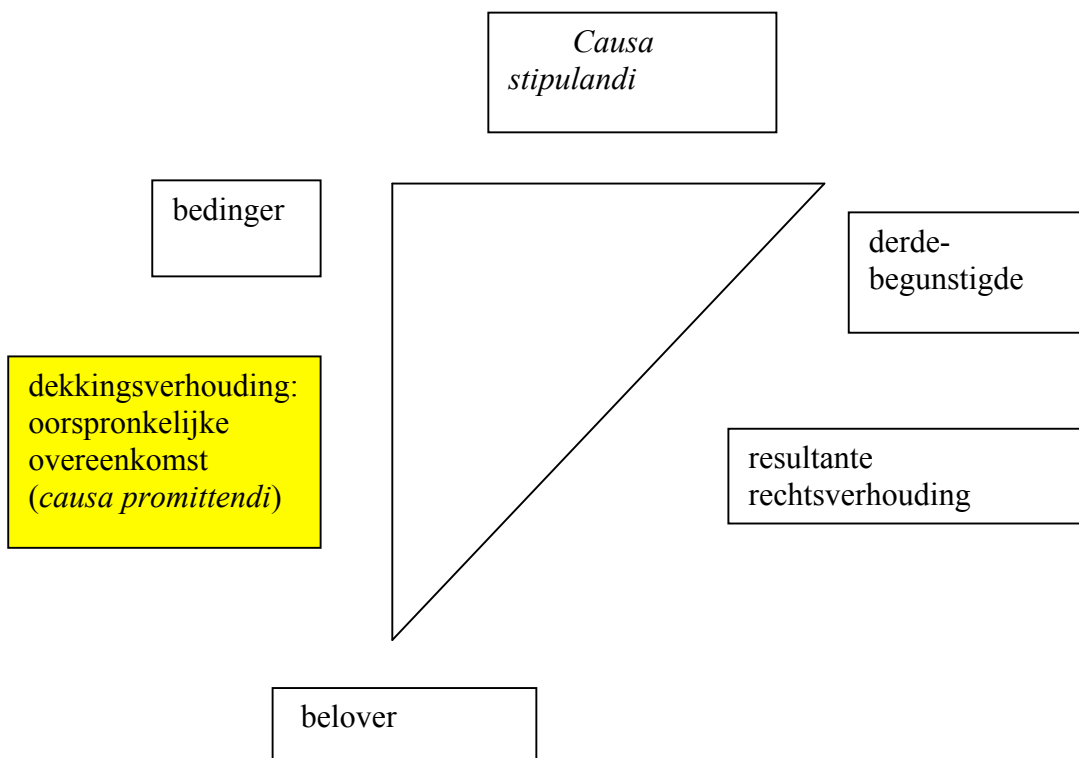
"(Wanneer een van de contractspartijen krachtens de overeenkomst gehouden is een prestatie na te komen jegens de derde, dan geldt bij gebreke van andersluidende bepaling in de overeenkomst):

(a) dat de derde-begunstigde dezelfde rechten op nakoming en remedies wegens niet-nakoming heeft als wanneer de contractspartij gebonden was de prestatie te leveren krachtens een bindende eenzijdige belofte jegens de derde; en

(b) dat de contractspartij jegens de derde-begunstigde alle verweermiddelen kan invoeren die hij jegens de andere contractspartij zou kunnen invoeren".

¹⁹ Vgl. de definitie van dekkingsverhouding bij CORNELIS p. 407. Bij het intreden van een bijkomende schuldeiser gaat het om de rechtsverhouding waarbij die schuldeiser aansluit, bij het intreden van een nieuwe schuldenaar is het precies niet de rechtsverhouding waartoe die schuldenaar toetreedt. Om mij onduidelijke redenen wisselt CORNELIS deze begrippen wel om bij cessie en subrogatie.

(23) Anderzijds is de rechtsverhouding tussen de bedinger en de derde-begunstigde als schuldeiser - die we de valutaverhouding noemen²⁰ - in beginsel niet relevant voor de rechtsverhouding tussen belover en derde-begunstigde. De reden waarom de bedinger deze begunstiging bedingt (en er doorgaans ook een tegenprestatie voor belooft of nakomt) is in beginsel niet relevant; dat kan bv. zijn om de derde te begiftigen (*donandi causa*), een schuld jegens de derde te betalen (*solvendi causa*) of de voorwaarde te vervullen om een recht jegens een derde te verkrijgen (*credendi causa*).



(24) Deze regels sporen volledig met het geldende Belgische recht, waarin men er eveneens van uitgaat dat de onderliggende overeenkomst tussen bedinger en belover de "maat" is van het recht van de derde-begunstigde, en dat de belover-schuldenaar in beginsel alle verweermiddelen kan inroepen uit de dekkingsverhouding en geen verweermiddelen uit de valutaverhouding²¹.

(25) De genoemde regels liggen ook volledig in lijn met de gedachte dat de rechtsfiguur van het derdenbeding zekere gelijkenissen vertoont met de cessie van een recht door de bedinger aan de

²⁰ Overeenkomstig de terminologie uit het wisselrecht die al langer in de doctrine gebruikt wordt voor allerlei vormen van meerpartijenverhouding. Zie i.a. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maarten Kluwer 1984, nr. 107 en passim. Ook CORNELIS gebruikt beide begrippen systematisch voor meerpartijenverhoudingen.

²¹ Zie o.m. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* (2006) p. 235-236; CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, nr. 287.

belover (waarbij de positie van de derde gelijk is op die van een cessionaris), en omgekeerd niet kan gezien worden als een toetreden van de belover tot een (gebeurlijk bestaande) verbintenis van de bedinger jegens de derde. Hierdoor de *stipulatio alteri* duidelijk van een *delegatio (solvendi)*²².

Anderzijds zijn er ook verschillen met de cessie; deze zijn hoofdzakelijk daarop terug te voeren, dat het recht van de derde-begunstigde zoals reeds gezegd niet, zoals bij cessie, een eerder bestaand recht is (van de bedinger) dat vervolgens aan een derde wordt overgedragen, maar een recht is dat *ab initio* ontstaat als een recht van de derde-begunstigde. Er vindt dus geen overgang plaats van een (eigendoms)recht in een bestaand (onlichamelijk) goed. Dat sluit niet uit dat, zowel in het Belgische recht als in het OGRK, het om een onrechtstreekse schenking kan gaan, waarop dan bepaalde regels van de schenking van toepassing zijn.

Gezien het recht niet uit het vermogen van de bedinger stamt, maar rechtstreeks ontstaat in hoofde van de derde-begunstigde, rijzen er geen bijzondere zakenrechtelijke vragen. Dus speelt ook de *nemo-plus*-regel in de eigenlijke betekenis van het woord geen rol. Wel kan hier net zoals bij de cessie de vraag rijzen of de derde-begunstigde in sommige omstandigheden uit de overeenkomst een beter recht kan verwerven dan de bedinger zou hebben (wat de cessie betreft, komt die vraag verder ter sprake). Dit is geen vraag van (zakenrechtelijke) derdenbescherming, maar van verbintenisrechtelijke vertrouwensbescherming. Het OGRK bespreekt in dit verband enkel het geval waar overeengekomen was dat een recht herroepbaar is, terwijl de derde-begunstigde geloofde dat het onherroepelijk was. Waar partijen bij de derde het vertrouwen hebben gewekt dat de begunstiging niet herroepelijk is en de derde in vertrouwen daarop heeft gehandeld, wordt zijn vertrouwen beschermd (art. II-9:303 lid 3 OGRK). Hetzelfde beginsel dient normaal ook te gelden voor andere elementen van het recht dan de herroepelijkheid of onherroepelijkheid ervan. Ook dit spoort met de hedendaagse opvattingen over de vertrouwensleer in het Belgische recht.

3.2. Cessie

(26) In het OGRK wordt de cessie op de allereerste plaats gezien als een overdracht van eigendom van een onlichamelijk goed, nl. de schuldvordering (het OGRK behandelt enkel de cessie van schuldvorderingen op naam²³ en niet die van waardepapieren aan toonder, order of gedematerialiseerd, zodat deze bijdrage daar evenmin over handelt). Het gaat om een "overdracht" in de technische zakenrechtelijke betekenis van het woord: een eigendomsovergang of verkrijging die gebaseerd is op een titel in de rechtsverhouding tussen de vervreemder en de verkrijger. De "cessie" (En. *assignment*) is dus de zakenrechtelijke overdracht van een persoon - de cedent (*assignor*) - naar een andere persoon - de cessionaris (*assignee*) - (art. III-5:102 (1) OGRK). Daardoor verschilt de cessie duidelijk van de vertegenwoordiging zowel als de derde-begunstiging, waarin er geen overdracht van een bestaand goed plaatsvindt.

²² In dezelfde zin R. JANSEN, "Delegatie", in *Commentaar Bijzondere overeenkomsten*, Kluwer 2009, nr. 17

²³ Art. III-5:101 (2) OGRK.

Als een species van de eigendomsoverdracht, ware de regeling van de cessie beter op haar plaats geweest in Boek VIII OGRK, het boek dat handelt over de verkrijging van goederen. In Boek III had men beter enkel de regels opgenomen over de rechtsgevolgen (of afwezigheid van rechtsgevolgen) van die overdracht op de verbintenisrechtelijke verhouding met de *debitor cessus* (de "inwendige verhouding"). Dat is de benadering waarvoor gekozen werd in de meest moderne wetboeken, zoals bv. het Nederlands BW van 1992²⁴.

Ik had liever die Nederlandse benadering gezien, die coherenter is met de inhoud van de regels en die ook duidelijker een denkpatroon aan het licht zou hebben gebracht dat nu wat verborgen zit in de regels, en dat op nuttige wijze kan worden vergeleken met het patroon dat we gevonden hebben in de behandeling van de vertegenwoordiging. Anderzijds is de behandeling in het OGRK al een flinke stap vooruit vergeleken met die van onze Code Civil, waar de cessie verstopt zit in het hoofdstuk over de koop-verkoop, symptoom van het feit dat de auteurs van de Code civil er niet in geslaagd zijn om de overdracht van schuldvordering zelf en de onderliggende titel ervoor uit elkaar te houden.

3.2.1. Structuur van de rechtsverhoudingen

(27) Net zoals het Belgische recht, heeft het OGRK gekozen voor een causaal en geen abstract stelsel van eigendomsoverdracht, en dit ook voor de overdracht van schuldvordering. Een geldige overdracht vereist dus onder meer een geldige onderliggende verbintenis of titel. Art. III-5:103 (1) OGRK somt de vereisten voor een geslaagde overdracht van schuldvordering op in termen die bijna identiek zijn aan die van de bepaling in Boek VIII met de vereisten voor de overdracht van een (lichamelijke) roerende zaak (art. VIII-2:101 OGRK):

- de schuldvordering moet bestaan;
- de schuldvordering moet overdraagbaar zijn;
- de persoon die de schuldvordering wil cederen moet beschikkingsbevoegd zijn over dat goed;
- er moet een geldige titel zijn, krachtens dewelke de cessionaris jegens de cedent gerechtigd is op de overdracht (meer bepaald uit een rechtshandeling, een rechterlijke beslissing of een rechtsregel); en
- er moet een geldige overdrachtshandeling zijn (een levering in de juridische zin van dat woord) ("*act of assignment*").

Lid 2 en 3 van die bepaling verduidelijken dat de titel niet noodzakelijk moet voorafgaan aan de leveringshandeling en dat beiden kunnen samenvallen in één enkele overeenkomst.

De titelvereiste betekent dat de overdracht niet geabstraheerd wordt van de onderliggende titel of rechtsverhouding tussen cedent en cessionaris. Desondanks onderscheidt het OGRK toch wel vrij duidelijk het zakenrechtelijk aspect (de overdracht tussen cedent en cessionaris als rechtsgevolg) en de onderliggende verbintenisrechtelijke verhouding.

²⁴ De cessie als eigendomsoverdracht wordt behandeld in Boek III NBW (i.h.b. art. 3:94), de inwendige verhouding met de *debitor cessus* in Boek VI Titel 2, art. 6:142 v.

De vereisten zelf, zoals hierboven weergegeven, corresponderen volledig aan het Belgische recht. Ook naar Belgisch recht:

- kan men wel de - verbintenis tot - cessie van een toekomstige vordering overeenkomen²⁵, maar kan de cessie zelf (de eigendomsoverdracht) maar plaatsvinden wanneer de schuldvordering al is ontstaan;
- moet de schuldvordering overdraagbaar zijn (voor de vraag of de overdraagbaarheid ook conventioneel kan worden beperkt, zie onder nr. 29);
- moet er een geldige titel zijn, waarvoor echter in beginsel geen vormvereisten gelden (de loutere overeenkomst volstaat om de verbintenis tot cessie te doen ontstaan, behalve in een aantal bijzondere gevallen - zoals bv. voor loonvorderingen)
- moet er een leveringshandeling in juridische zin zijn; die leveringshandeling kan echter behalve in enkele uitzonderingsgevallen *solo consensu* plaatsvinden (ex art. 1690 lid 1 BW, een kennisgeving is daartoe niet vereist - men kan spreken van een *constitutum possessorium*); krachtens art. 1138 B.W. wordt een dergelijk akkoord vermoed reeds besloten te liggen in de wilsovereenstemming van de cedent en cessionaris bij het sluiten van de overeenkomst tot cessie (samenvatting van de rechtsmomenten titel en levering), maar die regel is niet dwingend.
- moet de cedent beschikkingsbevoegd zijn (behoudens bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw, gebrekkig geregeld in art. 1690 lid 3 BW - een gelijkaardige regeling vinden we in art. III-5:121 OGRK).

(28) Natuurlijk is er in het OGRK een zekere scheiding tussen enerzijds de rechtsverhouding tussen cedent en cessionaris (met zijn zakenrechtelijk en verbintenisrechtelijk aspect) en anderzijds de "inwendige" verbintenisrechtelijke rechtsverhouding met de *debitor cessus*. Wel is ook hier de resulterende rechtsverhouding tussen de cessionaris en de *debitor cessus* in beginsel geen andere dan de oorspronkelijke rechtsverhouding tussen de cedent en de schuldenaar; het gaat om dezelfde rechtsverhouding waarin de oude schuldeiser vervangen wordt door een nieuwe.

Ik bespreek de belangrijkste aspecten van deze scheiding en afhankelijkheid in twee luiken.

3.2.1.1. Overdracht vergt geen toestemming van de schuldenaar; gevolgen van een cessieverbod

(29) De overdracht kan aan de cessionaris in beginsel geen recht verschaffen met een andere inhoud²⁶ dan het recht dat de cedent had jegens de *debitor cessus*. De overdracht kan wel

²⁵ Voor zover de schuldvordering bepaalbaar is, Cass. 9 april 1959, *Pas* I 732 = *RCJB* 1961, 32 noot J. HEENEN, "La cession des créances futures". Zie voor nadere uitwerking van de bepaalbaarheid D. VAN GERVEN, *RW* 2004-2005, (521) 525. Het Belgische recht heeft wel een ruimere opvatting van "bestaande" (tegenover toekomstige) schuldvordering dan sommige andere rechtsstelsels: schuldvorderingen die nog zullen ontstaan uit bestaande overeenkomsten gelden als bestaande schuldvorderingen en geen toekomstige, zij het dat er wel een bijzonder regime geldt voor onroerende huurprijsvorderingen (art. 1576 GerW).

²⁶ Dit verhindert niet dat een recht gebeurlijk ook gedeeltelijk kan worden gecedeerd, zie daarvoor art. III-5:107 OGRK.

leiden tot een vervanging van de schuldeiser zonder het akkoord van de schuldenaar²⁷. Er is noch enige noodzaak voor een voorafgaande wijziging van de inwendige verhouding (toestemming van de schuldenaar) noch het rechtsgevolg van wijziging van de inwendige verhouding in enig ander aspect dan de (vervanging van de) persoon van de schuldeiser. De schuldeisersvervanging is daarbij veeleer het rechtsgevolg van de overdracht dan een voorwaarde daartoe. In dit opzicht verschilt het OGRK in werkelijkheid niet van het Belgische recht.

(30) Een bijkomend element van scheiding vinden we in de regel van art. III-5:108 OGRK. Dat artikel bepaalt dat een contractueel verbod of contractuele beperking van de cessie van een schuldvordering:

- de overdraagbaarheid van de schuldvordering niet aantast" (d.w.z. verhindert de overdracht niet) (art. III-5:108 (1)),
- maar anderzijds de schuldenaar niet berooft van:
 - (a) zijn recht om na te komen jegens de cedent en door nakoming aan de cedent bevrijd te zijn, en
 - (b) zijn schuld in schuldvergelijking te brengen met schuldvorderingen op de cedent als had er geen cessie plaatsgevonden (art. III-5:108 (2)),
- tenzij de schuldenaar heeft toegestemd in de cessie of daartoe het vertrouwen heeft gewekt (art. III-5:108 (3) (a en b))²⁸.

Anders gezegd:

- de *eigendom* van de schuldvordering gaat over ondanks een *pactum de non cedendo*, maar
- in *verhouding tot de schuldenaar* wordt de schuldeiser slechts voluit vervangen voor zover de schuldenaar ermee instemt of daartoe het vertrouwen heeft gewekt.

Dat de eigendom desondanks overgaat, houdt onder meer in dat de cessionaris - als eigenaar in verhouding tot derden - op die schuldvordering voorrang heeft op de (andere) schuldeisers van de cedent. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in art. III-5:122, dat bijkomend bepaalt dat wanneer de schuldenaar bevrijdend betaalt aan de cedent, het recht van de cessionaris jegens de cedent op de opbrengst van die schuldvordering (het geïnde) voorrang heeft op andere schuldeisers zolang die opbrengst in handen is van de cedent en redelijkerwijze is afgescheiden van diens andere activa (bv. doordat de som wordt aangehouden op een bijzondere rekening).

(31) Het OGRK heeft hiermee een originele oplossing bedacht die een goed evenwicht handhaaft tussen de belangen van de diverse betrokken partijen. In plaats van een stelsel waarbij in geval van *pactum de non cedendo* de overdracht ofwel voluit plaatsvindt ofwel helemaal niet (waarbij de rechtsregels kunnen bepalen dat in bepaalde gevallen het ene geschiedt en in andere het andere) worden, behalve wanneer de vertrouwensleer wordt

²⁷ Art. III-5:104 (4).

²⁸ Een bijkomende uitzondering vinden we in art. III-5:108 (3) (c) voor "schuldvorderingen tot betaling van de prijs van goederen of diensten". Deze regel is gegrond op overwegingen van economisch beleid, met name de leveranciers van goederen en diensten in de mogelijkheid stellen om hun factuurvorderingen over te dragen aan factoringmaatschappijen om aldus krediet te verkrijgen.

toegepast ten gunste van de cessionaris, bij een cessie in strijd met een cessieverbod de belangen van de partijen afgewogen en bepaalde gevolgen van een cessie toegekend (onder meer de zakenrechtelijke bescherming van de cessionaris) en andere niet (doordat de *cessus* het recht behoudt bevrijdend te betalen aan de cedent en zijn rechten op schuldvergelijking behoudt).

In omzeggens alle rechtsstelsels van de Europese lidstaten is het uitgangspunt in deze materie dat een tussen de schuldeiser en de schuldenaar overeengekomen²⁹ cessieverbod, voor zover het verbintenisrechtelijk geldig is (wat meestal vereist dat de bedinger-schuldenaar daar een rechtmatig belang bij heeft), net zoals alle andere tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen modaliteiten van een schuldvordering op naam³⁰, de inhoud van die schuldvordering bepaalt en dus per definitie *erga omnes* werkt, of toch minstens werkt jegens elke cessionaris (die immers geen beter recht kan hebben dan de cedent). Wel zijn bepaalde rechtsstelsels een stuk strenger dan andere inzake de geldigheid van dergelijk beding (bv. traditioneel het Franse handelsrecht³¹), en moet bij ongeldigheid ervan natuurlijk ook niet meer nagegaan worden wat het effect van zo'n beding zou zijn. Maar wanneer het beding tussen partijen verbintenisrechtelijk geldig is, dan wordt vrij algemeen aanvaard dat de schuldenaar het ook tegen de cessionaris kan inroepen (zo onder meer in het Franse³², Engelse³³, Nederlandse³⁴ en Duitse³⁵ recht). In sommige landen is er een tendens om zoals in het OGRK de cessionaris die in strijd met het verbod heeft verkregen wel te beschermen tegen andere personen dan de gecedeerde schuldenaar³⁶.

²⁹ Een vervreemdingsbeperking die de cedent zou zijn overeengekomen met een andere persoon dan de schuldenaar zelf (of diens vertegenwoordiger) werkt uitsluitend tussen die partijen en kan niet worden tegengeworpen aan een cessionaris (onder voorbehoud van een mogelijk onrechtmatige daad van die cessionaris bij derde-medeplichtigheid aan die wanprestatie van de cedent).

³⁰ Bij schuldvorderingen die aan toonder zijn gesteld vindt er immers een zekere mate van abstractie plaats. Verweermiddelen die niet uit het papier volgen, kunnen door de schuldenaar dus in beginsel niet worden ingeroepen tegen de (nieuwe) schuldeiser, tenzij ze uit de wet zelf voortvloeien. Vgl. P. van OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, Bruylant Brussel 1980, p. (81) 113-114 nr. 32 en 39): "*toute la densité en negotium dépend de la présentation de l'instrumentum* (JULLIOT de la MORANDIERE, *Droit commercial*, Dalloz Paris, II, nr. 13)".

³¹ Nu i.h.b. in art. L-442-6, III c Code de commerce.

³² Cass.fr. 22 oktober 2002, *RTDCiv.* 2003, 129 ann. P. CROCQ.

³³ House of Lords 1993 in *Linden gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposal Ltd*, (1994) 1 A.C. 85 = (1993) 3 All E.R. 417.

³⁴ In Nederland heeft het verbod werking *erga omnes*, dus ook zakenrechtelijk; zie art. 3:83 II NBW.

³⁵ In Duitsland heeft het verbod traditioneel eveneens werking *erga omnes*, ook zakenrechtelijk (zie § 399 BGB), maar werd in 1994 in bepaalde rechtsverhoudingen de werking ervan ingeperkt; ook in die gevallen echter blijft het zo dat zoals in het OGRK, de schuldenaar bevrijdend kan betalen aan de cedent en schuldvergelijking met de cedent kan blijven uitvoeren (zie § v354a HGB).

³⁶ Zie de ontleding bij R. JANSEN, *Beschikkings(on)bevoegdheid*, Intersentia 2009, nr. 714-719, die deze opvatting ook voor het Belgische recht verdedigt.

Ook in het Belgische recht is het duidelijk de heersende opvatting dat een geldig cessieverbod kan worden opgeworpen tegen de cessionaris die het verbod kende of behoorde te kennen³⁷ - ondanks een recente bekering van E. Dirix tot de opvatting dat het verbod zelfs aan de cessionaris te kwader trouw niet tegenwerpelijk zou zijn³⁸.

(32) Persoonlijk betreur ik wel dat het OGRK in art. III-5:108 (3) (c)) een nogal incoherente uitzondering heeft gemaakt voor factuurvorderingen. De regel komt weliswaar uit de Unidroit Conventie inzake international factoring (art. 6), maar is nauwelijks in enig intern recht van een Europees land te vinden; die Conventie is tot op heden overigens niet bepaald een succes (slechts door 7 landen geratificeerd, waarvan er dan nog 2 precies tegen deze regel een voorbehoud hebben aangenomen³⁹). De incoherentie schuilt met name daarin dat men aan een contractueel beding (het *pactum de non cedendo*) dat per hypothese perfect geldig is (anders rijst de vraag niet) geen enkel rechtsgevolg geeft in verhouding met de cessionaris, hoewel het beding wel effect behoudt in de verhouding met de cedent (die het cessieverbod heeft overtreden). De schuldenaar kan dus niet bevrijdend betalen aan de cedent en verliest ook de mogelijkheid op toekomstige schuldvergelijking. Het ware veel coherenter geweest om te bepalen dat het cessieverbod in bepaalde gevallen omwille van overwegingen van economische openbare orde nietig is. Bovendien is de ineffectiviteit van het contractueel

³⁷ Ongeacht of men daarbij ook zakenrechtelijke werking toekent aan het verbod of niet, wordt minstens deze tegenwerpelijkheid, behalve in eerdere bijdragen van mijn hand, aanvaard door o.m. DE PAGE V 907-908; F. TOP, "Eigendomsovergang bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht", *TPR* 1966, p. (25) 26 (niet tegenwerpbaar aan de cessionaris die het beding niet kende of behoefde te kennen); P. VAN OMMESLAGHE, in *La transmission des obligations*, nr. 129; wellicht, zij het niet duidelijk, L. SIMONT, "De overdracht van schuldvordering tot zekerheid"; in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, p. (259) 277 nr. 12; A. VERBEKE, "De in pandgeving van schuldvorderingen op naam", in E. DIRIX e.a., *Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen*, Kluwer Antwerpen 1995, (39) 95; I. PEETERS, "Derden en contracten met zakenrechtelijke gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen", in *Het contract en de derden - de externe gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, BVBJ - VPG - CJB Brussel 1995 p. (55) 69 en 111 (*de lege lata*); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 413-414; V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek", in *Zakenrecht/Droit des biens*, Die Keure Brugge 2005, p. (43) nr. 12; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* (2006), p. 566 *a contrario* (niet tegenwerpelijk aan de cessionaris te goeder trouw); C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, passim; R. JANSEN, *Beschikkings(on)bevoegdheid*, nr. 714-719.

³⁸ In "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 13 en in zijn recensie van Beekhoven van den Boezem, *RW* 2004-2005, 640, naar eigen zeggen onder invloed van Amerikaans recht (zie DIRIX & SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of receivables in International Trade", *Bank & Fin.R.* 2002, (204) 208-209). Maar de klassieke opvatting vinden we bij DIRIX o.m. in E. DIRIX, "Verhaalsrechten op schuldvorderingen", in *Zekerheden- en executierecht. Actuele problemen*, Studienamiddag KU Leuven 19-11-1993, nr. 3 v.; E. DIRIX & K. BROECKX, *Beslag*, nr. 645; E. DIRIX, "Overdracht van schuldvorderingen", in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, p. 30 nr. 42.

³⁹ België heeft het Verdrag in 1990 ondertekend en een wetsontwerp van ratificatiewet is op 29 april 2009 ingediend in de Senaat, *Stukken Senaat* 4-1158/1 en na goedkeuring aldaar aanhangig bij de Kamer.

De regel vinden we ook in de *UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* uit 2001, maar die is enkel door Liberia geratificeerd en niet in werking (zie http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables.html).

cessieverbod voor factuurvorderingen ook in het OGRK te omzeilen; met name het wegvallen van de mogelijkheid op toekomstige schuldvergelijking (de hoofdreden waarom afnemers van goederen of diensten een cessieverbod bedingen) kan worden omzeild door een nettingovereenkomst of rekening-courantverhouding te bedingen; ook zal de schuldenaar (afnemer) in vele gevallen nog de *exceptio non adimpleti contractus* kunnen inroepen wanneer bij het opeisbaar worden van de factuurschuld de cedent (leverancier) jegens hem andere verbintenissen heeft die niet worden nagekomen. Ten slotte gaat het meestal om een cessionaris die het verbod kende en desondanks bewust overtrad, wat betekent dat deze volgens het recht van de meeste Europese landen aansprakelijk kan zijn jegens de schuldenaar wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk.

3.2.1.2. Bescherming van de *debitor cessus*

(33) Anderzijds valt de schuldeisersvervanging in de inwendige verhouding niet volledig samen met de overdracht van eigendom. Met schuldeisersvervanging bedoel ik het rechtsgevolg dat de schuldenaar bevrijdend kan betalen aan een persoon die in de plaats is gekomen van de oorspronkelijke schuldeiser en omgekeerd niet langer bevrijdend kan betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser, met als keerzijde daarvan dat een andere persoon dan de oorspronkelijke schuldeiser gerechtigd is voor eigen rekening de schuldvordering te innen en dat de oorspronkelijke schuldeiser dat niet meer is.

Behalve het reeds vermelde geval van een cessie in strijd met een contractueel cessieverbod, zijn er nog situaties waar de eigendomsoverdracht en de schuldeisersvervanging divergeren. Het betreft enerzijds gevallen waar dit volgt uit het goederenrecht zelf (buiten de regels inzake de cessie zelf) en anderzijds gevallen waar dit volgt uit regels van verbintenissenrecht die verband houden met het vertrouwensbeginsel dat een meer specifieke vorm krijgt in enkele regels betreffende de cessie.

(34) De eerste categorie betreft de gevallen waarin de eigendom van de schuldvordering niet samenvalt met de beschikkingsbevoegdheid erover. In het OGRK wordt er ook gesproken van inningsbevoegdheid (*entitlement to receive performance*, zie art. III-5:119), wat verwijst naar de bevoegdheid krachtens de inwendige verhouding tussen cedent en cessionaris. Een dergelijke inningsbevoegdheid (of het gebrek eraan in hoofde van de eigenaar van de schuldvordering) kan voortvloeien uit regels van goederenrecht, maar ook een machtiging tot middellijke vertegenwoordiging. Dat geldt eveneens naar Belgisch recht⁴⁰. Op deze goederenrechtelijke vragen gaan we hier evenwel niet nader in.

Daarnaast zijn er nog goederenrechtelijke regels inzake de bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw van schuldvorderingen (de cessionaris te goeder trouw), waarop we in deze bijdrage echter evenmin nader ingaan.

(35) De tweede categorie betreft in het OGRK hoofdzakelijk de gevallen van art. III-5:119:

⁴⁰ Vgl. R. JANSEN, *Beschikkings(on)bevoegdheid*, nr. 39 en v.

- enerzijds is volgens lid 1 van die bepaling "de schuldenaar bevrijd door na te komen jegens de cedent zolang de schuldenaar geen kennisgeving van de cessie heeft ontvangen van de cedent of de cessionaris en evenmin weet dat de cedent niet meer gerechtigd is de schuldvordering te innen"; de kennisgeving is vormvrij en voor het tijdstip van uitwerking van de kennisgeving geldt de ontvangstleer (art. II-1:106 OGRK, vgl. hoger);

- anderzijds is volgens lid 2 en 3 de schuldenaar bevrijd door te goeder trouw te betalen aan (a) een persoon die aangewezen wordt als cessionaris in een kennisgeving die uitgaat van de cedent of (b) aan een persoon die in een kennisgeving van cessie beweert de cessionaris te zijn, mits aan de schuldeiser is toe te rekenen dat de schuldenaar redelijkerwijze en te goeder trouw gelooft dat de schuldvordering gecedeerd werd aan die persoon.

De schuldenaar wordt ook beschermd wanneer hij jegens de cessionaris nakomt hoewel de cessie nietig was of retroactief vernietigd werd, maar dit ten tijde van de nakoming nog niet ter kennis was gebracht was aan de schuldenaar.

In al deze gevallen zien we hetzelfde beginsel aan het werk als bij de zgn. schijnvertegenwoordiging: de betaling aan de schijnschuldeiser bevrijdt de schuldenaar, en de schijnschuldeiser heeft de macht om de betaling te ontvangen, hoewel hij daartoe niet gemachtigd / bevoegd is (krachtens zijn verhouding met de eigenaar van de schuldvordering). Het belangrijkste criterium voor deze schijn van bevoegdheid is datgene wat al dan niet ter kennis is gebracht van de *debitor cessus*.

Deze regeling stemt in grote lijnen overeen met het Belgische recht, zoals dit meer bepaald voortvloeit uit art. 1690 (i.h.b. lid 2) en 1240 BW, maar er zijn wel enkele nuances te maken. Een klein verschil is wel dat de *debitor cessus* die nog geen kennisgeving heeft ontvangen maar wel weet heeft van de cessie in het Belgisch recht, niet de vraag moet stellen of de cedent nog gerechtigd is de prestatie te ontvangen (zie art. 1691 I BW - behoudens bedrieglijk opzet); de *cessus* heeft in zo'n geval de keuze om te betalen aan de cedent dan wel de cessie te erkennen en te betalen aan de cessionaris. De kennisgeving zelf is ook naar Belgisch recht vormvrij (opnieuw behoudens enkele bijzondere gevallen, zoals onder meer loonoverdracht); de kennisgeving kan ook van de cessionaris uitgaan⁴¹, maar art. 1690 BW verduidelijkt wel niet of de *cessus* bevrijdend kan betalen aan iemand die zichzelf als cessionaris voorstelt zonder dat hij daarvan bewijs levert of aangewezen wordt door de cedent; men kan best dezelfde regel toepassen als in art. III-5:119 (3) OGRK (en art. III-5:120 dat aangeeft welk bewijs de schuldenaar mag verlangen vooraleer te betalen).

(36) Persoonlijk zou ik de voorkeur gegeven hebben aan een nog duidelijker onderscheid tussen enerzijds de zakenrechtelijke aspecten (eigendomsoverdracht) en anderzijds de effecten in de inwendige verhouding met de *debitor cessus* - met name door de eerste te behandelen in het Boek over goederenrecht (Boek VIII) en enkel het tweede in het verbintenissenrecht (Boek III); dat is de wetgevingstechniek die immers gebruikt werd inzake vertegenwoordiging⁴². Dat dit niet gebeurd is, is mede het gevolg van het taalgebruik: met name wordt in het Engels het woord *assignment* gebruikt voor beide aspecten (wat ook van het Nederlandse woord *cessie* kan gezegd worden), wat een belangrijke hindernis vormde voor een overschakeling naar twee

⁴¹ Hof Antwerpen 5 juni 2000, *RW* 2001-2002, 245.

⁴² Het hoger besproken onderscheid tussen de *authority* in de uitwendige verhouding en de *authorisation* in de inwendige verhouding lastgever-lasthebber.

verschillende termen, zoals enerzijds “*transfer of property in the right*” (“eigendomsoverdracht van de schuldvordering”) en anderzijds “*substitution of creditor*” (“schuldeisersvervanging”).

3.2.2. Rechtsgevolgen in de resultante rechtsverhouding en verweermiddelen

3.2.2.1. Verweermiddelen uit de dekkingsverhouding

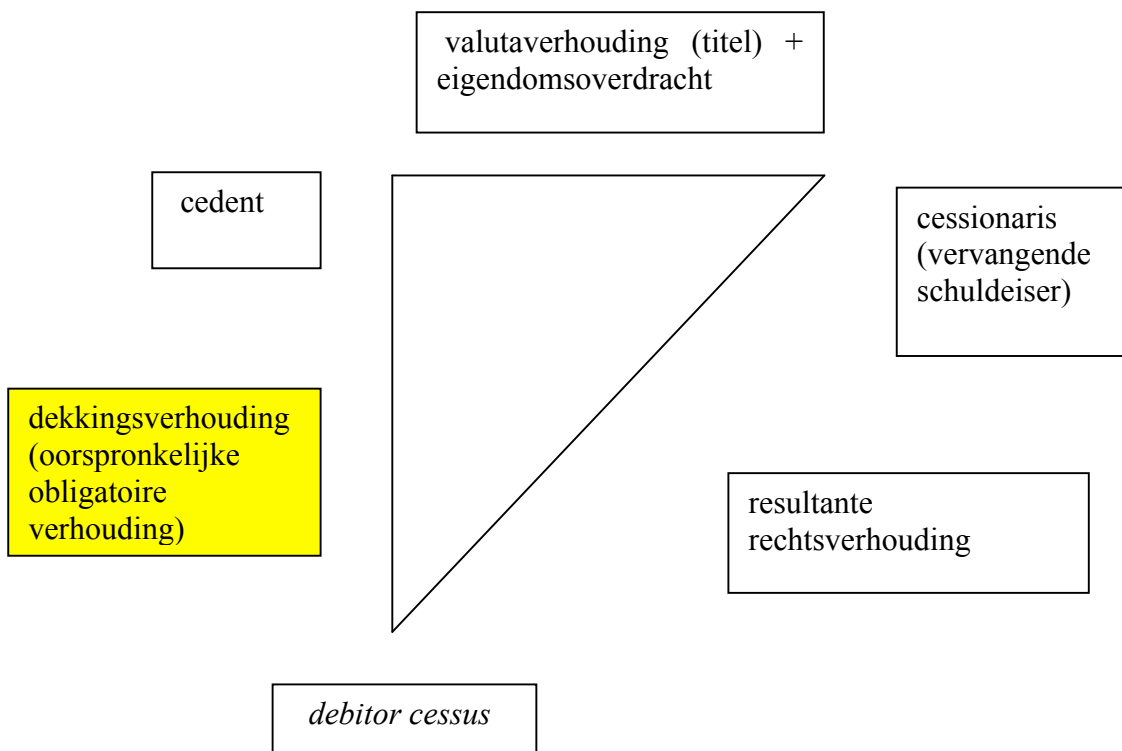
(37) De schuldenaar van een gecedeerde schuldvordering heeft niets beloofd aan de cessionaris. Niettemin ontstaat er door de cessie een rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de cessionaris die van dezelfde aard is als de rechtsverhouding die voor de cessie bestond tussen de schuldenaar en de cedent. Indien de gecedeerde schuldvordering een contractuele schuldvordering is, dan blijft de rechtsverhouding ook na de cessie contractueel van aard in de verhouding tussen de schuldenaar en de cessionaris. Die rechtsverhouding wordt geheel bepaald door de oorspronkelijke rechtsverhouding (de dekkingsverhouding⁴³); meer nog, het is eigenlijk dezelfde rechtsverhouding waarin enkel de persoon van de schuldeiser is vervangen.

Tenzij er een geldig cessieverbod is - en ook ondanks zo'n verbod bij schuldvorderingen voor de prijs van goederen of diensten - kan de schuldenaar wel verplicht worden - door hem op regelmatig wijze in kennis te stellen van de cessie⁴⁴ - na te komen jegens een andere persoon dan de oorspronkelijke schuldeiser (dit volgt uit art. III-5:113). Maar voor het overige kunnen de verweermiddelen waarover de schuldenaar beschikt in beginsel niet verminderd worden zonder zijn toestemming.

De basisregel kan dan ook enkel luiden dat "de schuldenaar jegens de cessionaris die zich beroept op de gecedeerde schuldvordering alle (materieelrechtelijke en processuele) verweermiddelen kan inroepen die hij had kunnen inroepen tegen de cedent" (art. III-5:116 lid I).

⁴³ Om mij onduidelijke redenen noemt CORNELIS, p. 412, die verhouding de valutaverhouding; nochtans definieert ook hij de dekkingsverhouding als diegene waarin zich de reden bevindt waarom de schuldenaar zich verbindt. DIRIX gebruikt de termen zoals wij (zie *Obligatoire verhoudingen*, p. 148).

⁴⁴ Zie art. III-5:120 OGRK.



Deze basisregel spoort volledig met het Belgische recht. In de Belgische rechtspraak is daarbij onder meer gepreciseerd dat de *exceptio non adimpleti contractus* en de ontbinding excepties zijn die geacht worden te zijn ontstaan tezamen met de verbintenis zelf (en dus noodzakelijkerwijze voor de cessie) of, anders gezegd, inherent te zijn aan de gecedeerde schuldvordering⁴⁵.

(38) De grondregel moet men in die zin preciseren, dat de *cessus* zich kan beroepen op:

- alle verweermiddelen die hij heeft jegens de cedent indien ze zijn ontstaan voor de kennisgeving, en
- de verweermiddelen die hij heeft jegens de cessionaris die zijn ontstaan na de kennisgeving of erkenning.

Immers, na de cessie en de kennisgeving daarvan, loopt de rechtsverhouding enkel door tussen schuldenaar en cessionaris, zodat alle wijzen van tenietgaan (niet enkel nakoming) nu in die verhouding moeten bezien worden en niet meer in de verhouding met de cedent.

Daarbij zijn er in het OGRK nog twee punten specifiek uitgewerkt, met name:

- *de plaats van betaling*:

bij verbintenissen tot betaling van een geldsom, kan de schuldenaar ook verplicht worden te betalen op een andere plaats binnen de EU, onder aftrek van de meerkost veroorzaakt door

⁴⁵ Cass. 13 september 1973, *RCJB* 1974, 352 noot M.L. STENGERS; Cass. 27 september 1984, *RW* 1984-85, 2699; Cass. 28 januari 2005, nr. C.04.0035N, *VTB-VAB t. ABB*, *RW* 2006-2007, 476.

die wijziging van de plaats van betaling (art. III-5:117 (1)); deze regel spoort met het Belgische recht, ook al vinden we die daar niet uitdrukkelijk terug;

- *de regeling inzake schuldvergelijking:*

in het OGRK verliest de schuldenaar de mogelijkheid om jegens de cessionaris een schuldvergelijking in te roepen met een eigen schuldvordering tegen de cedent die nog niet bestond ten tijde van de kennisgeving van de cessie en evenmin nauw verbonden is met de gecedeerde schuldvordering (art. III-5:116 (3)). Hier is er wel een verschil met het Belgische recht ingevolge de afwijkende benadering van de schuldvergelijking. Naar Belgisch recht kan de *cessus* zich na de kennisgeving van de cessie maar door schuldvergelijking met een niet-connexe eigen schuldvordering op de cedent bevrijden indien aan alle vereisten voor die schuldvergelijking was voldaan op het tijdstip van de kennisgeving. Dat houdt in hoofdzaak in dat de eigen schuldvordering op dat ogenblik reeds vaststaand en opeisbaar moest zijn en de eigen schuld reeds vaststaand en betaalbaar⁴⁶, dan wel er op dat ogenblik reeds een overeenkomst tot schuldvergelijking gesloten was met de cedent ("nettingovereenkomst", art. 15 Wet Financiële Zekerheden). Na de kennisgeving of erkenning kan de *cessus* zich natuurlijk wel door schuldvergelijking met een eigen schuldvordering op de cessionaris bevrijden.

(39) Behalve deze beperkte nuances, behoudt de schuldenaar alle verweermiddelen, behalve diegene waarvan hij afstand heeft gedaan of waarvan hij bij de cessionaris het vertrouwen heeft gewekt dat het niet gold (art. III-5:116 (2)(a)). Dit laatste betreft een correctie van het autonomiebeginsel door het vertrouwensbeginsel, ditmaal ten gunste van de cessionaris, correctie die we ook in het Belgische recht kennen. Wel houdt de aanvaarding van de cessie zelf door de schuldenaar geen afstand in van het recht om bij latere wanprestatie van de cedent een opschortingsrecht of ontbindingsrecht in te roepen⁴⁷. Maar de *cessus* kan er naar goede trouw wel toe gehouden zijn om, minstens wanneer daarnaar gevraagd wordt, de hem reeds bekende verweermiddelen mee te delen aan de cessionaris op straffe van verlies ervan⁴⁸.

(40) De inwendige verhouding tussen de cedent en de cessionaris (valutaverhouding) vormt weliswaar de titel voor de overdracht van schuldvordering, maar is verbintenisrechtelijk voor de *debitor cessus* een *res inter alios acta*. Aldus kan de schuldenaar zich niet bij wijze van verweermiddel beroepen op aanspraken die de cedent zou hebben jegens de cessionaris (bv. dat deze de prijs voor de cessie niet heeft betaald), tenzij deze tot gevolg hebben dat er

⁴⁶ Ik weet dat traditioneel wordt geleerd dat beide schulden opeisbaar moeten zijn; ik heb elders proberen aan te tonen dat dit onjuist is en een schuldvergelijking door een eenzijdige verklaring kan intreden mits de eigen schuld betaalbaar is (ook indien nog niet opeisbaar) en de eigen vordering opeisbaar (zie mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1038 v. nr. 176 v.).

⁴⁷ Cass. 28 januari 2005, nr. C.04.0035N, VTB-VAB t. ABB, *RW* 2006-2007, 476.

⁴⁸ Een dergelijke informatieplicht wordt minstens aanvaard in hoofde van handelaars, andere professionelen, en overheidsdiensten. Zie bv. Hof Brussel 17 maart 1988, *Pas* II, 153; kh. Brussel 28 november 1991, *TBH* 1992, 998; Hof Brussel 2 maart 1993, *RW* 1993-94, 52; Hof Brussel 18 september 1991, *RW* 1991-92, 677; Hof Antwerpen 5 februari 1992, *Turnhouts rechtsleven* 1992/174; Hof Brussel 4 maart 1997, *RW* 2997-1998, 367.

goederenrechtelijk nooit een geldige overdracht heeft plaatsgevonden (waaronder ook begrepen het geval dat een van de vereisten achteraf met terugwerkende kracht is weggevallen, bv. bij nietigverklaring van de titel voor cessie).

In het OGRK is deze regel niet uitdrukkelijk bepaald, maar volgt deze duidelijk uit de gehele regeling van de cessie. Hetzelfde geldt naar Belgisch recht⁴⁹, dat ook nog de uitzondering kent van het beroep door de schuldenaar op het bedrieglijk karakter van de cessie, met name wanneer partijen beogen de schuldeisers van de cedent te bedriegen. De *cessus* kan dan weigeren rekening te houden met de cessie, ook indien er geen *actio pauliana* is ingesteld⁵⁰. Ook wanneer de cessie bedrieglijk beoogt een schuldvergelijking door de *cessus* onmogelijk te maken kan deze betaling aan de cessionaris weigeren⁵¹.

Bij een inpandgeving van een schuldvordering ligt dit alles enigszins anders, omdat het pandrecht een accessoir recht is en de pandhouder dus krachtens zijn pandrecht slechts rechten kan uitoefenen op de in pand gegeven schuldvordering binnen de perken van de door het pandrecht verzekerde schuldvordering; vgl. onder 2.6.

3.3. Naasting van een schuldvordering door een principaal in geval van middellijke vertegenwoordiging

(41) Bij middellijke vertegenwoordiging 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 rekening, bv. bij de stille maatschap). Ten aanzien van de middellijke vertegenwoordiging hanteert het OGRK dezelfde twee uitgangspunten als het Belgische recht:

- enerzijds ontstaat er door het optreden van de tussenpersoon in eigen naam voor rekening van een opdrachtgever in beginsel geen obligatoire rechtsverhouding tussen zijn opdrachtgever en de wederpartij, noch in de ene richting (geen rechtstreekse vordering van de principaal op de wederpartij), noch in de andere (geen rechtstreekse vordering van de wederpartij op de principaal). Verbintenisrechtelijk ontstaat er enkel een rechtsverhouding tussen de middellijke vertegenwoordiger en de wederpartij enerzijds en tussen de middellijke vertegenwoordiger en de opdrachtgever anderzijds⁵².

⁴⁹ Bv. Cass. 27 april 2006, *Fortis Commercial Finance t. paris Express Service*, rolnr. C 04.0093N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060427-6 = *Jaarverslag cassatie* 2006, 50.

⁵⁰ Vgl. Cass. 19 maart 2004, C.03.0114F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20040319-5, *Torexmed t. vzw Association de medecins L'Ardenne en B. Staat* (Financiën), waarbij een arts na derdenbeslag op zijn erelonen door de fiscus zijn activiteit ging uitoefenen in een eenpersoonsvennootschap en dit aan de artsenvereniging die zijn erelonen uitbetaalde ter kennis bracht.

⁵¹ Vgl. in het Europees gemeenschapsrecht het arrest-*Deka / EEG*, HJEG 1 maart 1983, C-250/78.

⁵² Zie voor het Belgische recht o.m. Cass. 25 oktober 1963, *RW* 1963-64, 1216 = *Pas.* I, 20; Cass. 22 oktober 1976, *RW* 1976-77, 1273 = *Pas.* I, 229; P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prêter-nom et la théorie des extensions de faillite", *JT* 1980, 417 v., meer bepaald 419-420.

- anderzijds aanvaarden zowel het OGRK (zie art. VIII-2:302) als het Belgische recht dat er zakenrechtelijk wel een rechtstreekse overgang van eigendom kan plaatsvinden tussen de opdrachtgever (vertegenwoordigde) en de derde-wederpartij of omgekeerd⁵³, ook al is er in beginsel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Wanneer de middellijke vertegenwoordiger goederen levert of ontvangt, gaat de eigendom naar Belgisch recht rechtstreeks over tussen wederpartij en opdrachtgever, althans voor zover aan de overige vereisten voor eigendomsoverdracht is voldaan.

(42) Zowel in het Belgische recht als in het OGRK kan er in bepaalde gevallen toch een rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding ontstaan tussen de opdrachtgever en de derde-wederpartij.

Op de eerste plaats kan de tussenpersoon zijn aanspraken bij overeenkomst cederen - al zal dat in de praktijk niet vaak gebeuren.

Daarnaast zijn er bepaalde gevallen waarin er een rechtstreekse aanspraak ontstaat krachtens een eenzijdige toe-eigening.

De Beginselen van Europees contractenrecht (PECL) kenden vrij ruime mogelijkheden om tot zo'n toe-eigening en derhalve rechtstreekse vordering over te gaan, door te bepalen dat zowel bij insolventie van de tussenpersoon als bij fundamentele niet-nakoming de principaal de aanspraak van de tussenpersoon op de wederpartij kon naasten (*actio directa*) c.q. de wederpartij de aanspraak van de tussenpersoon op de principaal (*actio contraria*) (art. 3:301 en v. PECL).

De tweede rechtsfiguur (*actio contraria*) is van een verschillende aard en wordt daarom verder besproken. Wat de eerste betreft, de naasting door de principaal (art. 3:302 PECL), deze werd in het OGRK behouden, doch beperkt tot de gevallen van insolventie van de tussenpersoon (zie art. III-5:401) en gekoppeld aan een tegenoptie van de wederpartij (art. III-5:402).

In geval van insolventie van de tussenpersoon heeft de principaal aldus de macht om door middel van een kennisgeving aan de derde-wederpartij de aanspraken van de tussenpersoon op die derde over te nemen (art. III-5:401 (2)). Ingevolge die naasting kan hij zelf de schuldvorderingen uitoefenen die de tussenpersoon in eigen naam maar voor rekening van die principaal verkregen heeft, onder voorbehoud van alle verweermiddelen die de derde-wederpartij tegen de tussenpersoon had kunnen inroepen. Er vindt dus een overgang van een schuldvordering plaats zoals bij de cessie, zij het door een eenzijdige rechtshandeling van een daartoe in dat geval bevoegde principaal (en niet door een tweezijdige cessie-handeling zoals bij cessie). De rechtsgevolgen zijn evenwel in beginsel gelijk aan die van de cessie, en in het

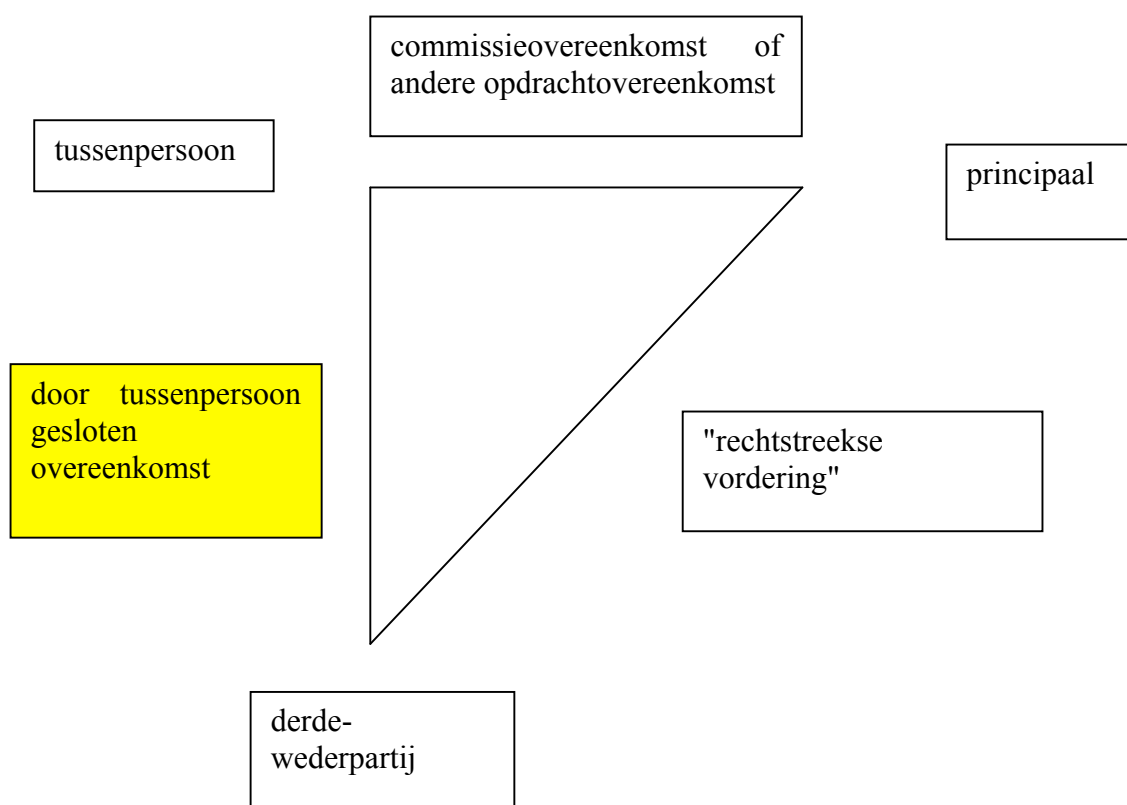
⁵³ Zie onder meer W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 150, p. 489-490; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, I, nr. 177; VAN RYN-HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 62; VAN GERVEN-STUYCK, *Ondernemingsrecht B*, nr. 518; R. JANSEN, *Beschikkings(on)bevoegdheid*, nr. 910 v. en 951 v. Vgl. reeds F. LAURENT, *Principes*, XXIV, nr. 210. Dit volgt impliciet ook uit art. 103 Faillw.

OGRK wordt dat verduidelijkt door te bepalen in art. III-5:401 lid (3) dat de wederpartij op dezelfde wijze wordt beschermd jegens de principaal als een *debitor cessus* jegens een cessionaris.

Behalve wat betreft de tegenoptie van de wederpartij (art. III-5:402) (zie hieronder) is de regeling van het OGRK daardoor gelijkaardig aan die van het Belgische recht. Art. 103 Faill.W. bevat immers een gelijkaardige regel bij faillissement van de tussenpersoon aan wie de principaal koopwaren heeft gegeven om voor rekening van die principaal te worden verkocht: bij faillissement kan de principaal dan de "prijs" (d.i. de schuldvordering op de prijs) "revindiceren" uit de boedel en zelf uitoefenen jegens de derde-koper. De rechtsleer beschouwt deze bepaling als uitdrukking van een meer algemene regel en als teken dat de door de tussenpersoon in eigen naam verkregen schuldvordering niet tot zijn vermogen behoort. Door minstens een belangrijk deel van de doctrine wordt op dezelfde grondslag ook aanvaard dat rekeningtegoeden die op een kwaliteitsrekening worden aangehouden niet in de boedel van de rekeninghouder vallen maar bij faillissement van de rekeninghouder kunnen worden gerevindiceerd door de personen voor wiens rekening deze het rekeningtegoed aanhield⁵⁴. Deze "revindicatie" van de schuldvordering komt neer op de "take-over" van de schuldvordering in art. III-5:401 OGRK.

(43) Ook de rechtspositie van de principaal als "nieuwe schuldeiser" ingevolge de kennisgeving is dezelfde als die van een cessionaris na kennisgeving van de cessie. De wederpartij kan de verweermiddelen inroepen die hij had jegens de tussenpersoon (dekkingsverhouding), maar niet de verweermiddelen uit de verhouding tussen principaal en tussenpersoon (valutaverhouding). Dit geldt zowel in het OGRK als naar Belgisch recht.

⁵⁴ Zie onder meer mijn bijdrage "De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken" en de andere bijdragen in E. DIRIX e.a., *Kwaliteitsrekeningen*, Kluwer Antwerpen, 1999, p. 37 v. ; E. DIRIX & V. SAGAERT, "De kwaliteitsrekening herbezocht", *TPR* 2004, 263 v.



(44) In het OGRK werd de positie van de principaal evenwel nog iets verder afgezwakt, door namelijk aan de wederpartij die door de principaal rechtstreeks wordt aangesproken het recht te geven om van die principaal omgekeerd ook de nakoming te vorderen van de corresponderende verbintenis van de tussenpersoon jegens de derde (in de veronderstelling dat die nog niet is nagekomen noch anderszins uitgedoofd). Blijkbaar ging men ervan uit dat waar het niet om een cessie bij onderling akkoord tussen principaal en tussenpersoon gaat, maar om een eenzijdige toe-eigening, de principaal verplicht kan worden om niet louter de schuldvordering over te nemen, maar wel de hele overeenkomst tussen de tussenpersoon en de derde. Het resultaat komt in de buurt van de contractovername van art. III-5:302.

Dit vormt een breuk met de rechtsfiguur van de *actio contraria* in de PECL, waar art. 3:303 bepaalde dat de wederpartij bij insolventie van de tussenpersoon een rechtstreekse aanspraak heeft jegens de principaal binnen de perken van zowel zijn aanspraak jegens de tussenpersoon als de aanspraak van de tussenpersoon jegens de principaal. Die zgn. rechtstreekse vordering vormde veeleer een zekerheidsrecht van de derde op een vermogensbestanddeel van de tussenpersoon (vergelijkbaar met een pand op schuldvordering)⁵⁵ en wordt daarom verder onder 3.6. besproken. In art. III-5:402 daarentegen gaat het om de aanspraak van de derde jegens de tussenpersoon die als dusdanig ook tegen de principaal kan worden uitgeoefend (nadat deze de rechten van de tussenpersoon heeft overgenomen).

⁵⁵ Zie de uitleg in mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1033 nr. 164.

In de praktijk is die breuk wellicht niet zo groot: ook onder art. 3:303 PECL en art. 103 Belgische FaillW. is het zo dat de wederpartij die aangesproken wordt d.m.v. een zgn. rechtstreekse vordering over een *exceptio non adimpleti contractus* beschikt jegens de principaal zolang de met haar verbintenis in verband staande tegenverbintenis van de tussenpersoon niet is nagekomen. Maar een verplichting deze te betalen heeft de principaal wel niet, behalve dan binnen de perken van wat hij zelf nog verschuldigd is aan de tussenpersoon. In het systeem van het OGRK moet de principaal dus, vooraleer tot naasting over te gaan, opletten tot welke verbintenis van de tussenpersoon jegens de derde hij daardoor impliciet toetreedt. In het systeem van de PECL of het Belgische recht moet hij zich daar geen zorgen over moeten maken.

3.4. (Persoonlijke) subrogatie

(45) In het OGRK is de regeling van de persoonlijke subrogatie (ook *cessio legis*, in het Engels assignment *ex lege* genoemd) nog niet ten volle ontwikkeld. Weliswaar worden een aantal gevallen van persoonlijke subrogatie uitdrukkelijk vermeld. De rechtsgevolgen ervan zijn echter niet volledig uitgewerkt. Toch is het mogelijk om de belangrijkste elementen van de persoonlijke subrogatie in het systeem van het OGRK tot uitdrukking te brengen.

(46) Het OGRK vermeldt alleszins de belangrijkste gevallen van persoonlijke subrogatie.

(a) Volgens art. III-4:107 (2), in het hoofdstuk over pluraliteit van schuldenaars, treedt een hoofdelijke schuldenaar die meer dan zijn bijdrage⁵⁶ is nagekomen, tot beloop van het meerdere in de rechten van de schuldeiser, met inbegrip van ondersteunende zekerheden, om dit meerdere terug te vorderen van elk van de andere hoofdelijke schuldenaren tot beloop van diens niet-nagekomen bijdrage. Naast deze subrogatoire vordering heeft de schuldenaar die meer dan zijn bijdrage is nagekomen ook een regresvordering (art. III-4:107 (1)). In het Belgische recht vinden we eveneens een wettelijke subrogatie in die gevallen (art. 1251, 3^o BW).

(b) Volgens art. IVG-2:113, 2e zin (in het Boek IVG, d.i. Persoonlijke zekerheden), is de steller van een persoonlijke zekerheid, voor zover hij de uit de zekerheidsstelling voortspuitende verbintenis is nagekomen, gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser jegens de schuldenaar. Deze bepaling geldt rechtstreeks voor de borgtocht (Art. IVG-2:113) en naar analogie voor de onafhankelijke persoonlijke zekerheden (Art. IVG-3:109). Ook hier is de subrogatoire vordering concurrent met een regresvordering. De bepaling geldt ook naar analogie in het geval waar er een onvolmaakte schuldovername heeft plaatsgevonden (d.i. een schuldovername waarbij de oude schuldenaar subsidiair verbonden blijft) en de oude schuldenaar is nagekomen in plaats van de nieuwe schuldenaar (zie art. III-5:206 v.). Daardoor is de oude schuldenaar die betaald heeft, gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser jegens de nieuwe schuldenaar. In het Belgische recht vindt er eveneens een wettelijke subrogatie plaats bij borgtocht en onvolmaakte schuldovername (naast het ontstaan van een regresrecht). Bij onafhankelijke garanties daarentegen is er geen wettelijke

⁵⁶ De bijdrage is het aandeel in de onderlinge verhouding, de "*contributio*".

subrogatie, omdat volgens de Belgische leer de garant of gedelegeerde een "eigen schuld" nakomt (hij beschikt wel over een regresrecht dat gegrond is op de inwendige verhouding tussen de zekerheidssteller en de hoofdschuldenaar).

(c) Art. IVG.-1:108 en IVG-1:109 bevatten verder regels inzake de persoonlijke subrogatie jegens andere zekerheidsstellers in een geval van pluraliteit van zekerheidsstellers. Deze zijn nauwkeurig uitgewerkt en kunnen alvast dienen als inspiratie voor het Belgische recht dat een stuk minder precies is.

(d) Wat het geval betreft van een nakoming door een derde die geen medeschuldenaar is, vermeldt art. III-2:107 (2) de mogelijkheid van subrogatie, zonder evenwel de nadere vereisten te bepalen. Naar Belgisch recht treedt de subrogatie in enkele gevallen krachtens deze wet in (zie art. 1251, 1^o, 2^o en 4^o) en moet ze daarbuiten conventioneel worden bedongen (op de wijze bepaald in art. 1250).

(47) Zoals bij cessie houdt persoonlijke subrogatie zowel een eigendomsovergang van een schuldvordering in als een vervanging van de persoon van de schuldeiser in de inwendige verhouding met de (resterende) schuldenaar. De regels van het OGRK gaan niet in op het onderscheid tussen deze beide aspecten en ook niet op de meer specifieke regels inzake de zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke gevolgen (hetzelfde kan gezegd worden van het Belgische BW).

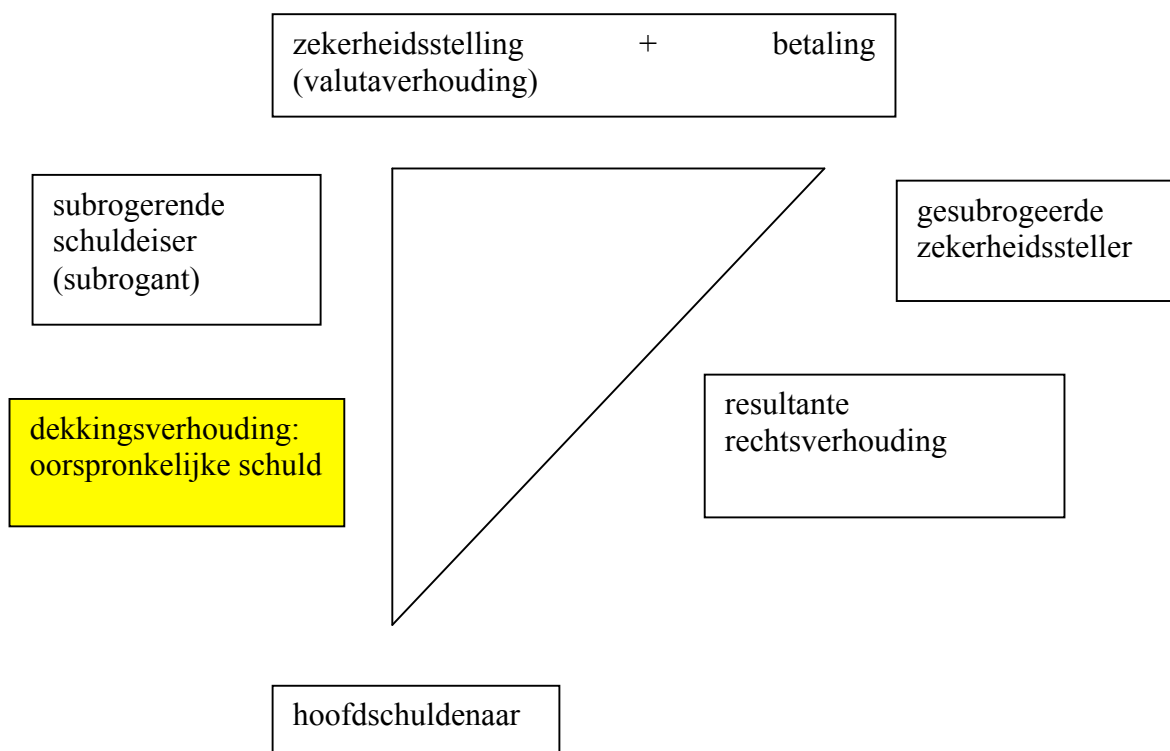
Wel bepalen zowel art. III.-4:107 lid als art. IVG-2:113 (2) dat in geval van gedeeltelijke betaling de resterende rechten van de schuldeiser voorrang hebben op de rechten waarin de zekerheidssteller is gesubrogeerd. Deze regel correspondeert met art. 1252 Belgisch BW (*Nemo contra se subrogare censetur*).

Men mag ervan uitgaan dat voor het overige de regels inzake cessie *mutatis mutandis* gelden⁵⁷.

(48) Aldus kan de schuldenaar jegens wie de gesubrogeerde de aanspraak uitoefent waarin hij gesubrogeerd is, tegen die gesubrogeerde alle verweermiddelen invoeren die hij had kunnen invoeren jegens de subrogant (de excepties uit de dekkingsverhouding⁵⁸), behoudens dezelfde uitzonderingen als bij cessie.

⁵⁷ Wat de inwendige verhouding betreft zijn er grotere verschillen. Zie over beide aspecten bv. VAN GERVEN, *Verbintissenrecht*, p. 624-625 en 626.

⁵⁸ Vgl. CORNELIS, p. 439, zij het dat hij ook hier de termen dekkings- en valutaverhouding omwisselt. In onze zin gebruikt door o.m. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, p. 148 en 239.



(49) Omgekeerd kan de schuldenaar jegens de gesubrogeerde geen verweermiddelen opwerpen uit de valutaverhouding - de verhouding tussen de subrogant en de gesubrogeerde -⁵⁹. Wel kan hij aan de hand van die verhouding opwerpen dat de subrogatoire vordering beperkt is tot de omvang van de betaling door de gesubrogeerde aan de subrogant.

(50) Ook is de schuldenaar bevrijd door na te komen jegens de subrogant terwijl hij niet wist noch diende te weten dat de subrogant niet meer gerechtigd was om de schuldvordering te innen (analogie met art. III-5:119 (1) OGRK bij cessie; in het Belgische recht een toepassing van art. 1240 BW (betaling aan de schijnschuldeiser)).

3.5. Zakelijke subrogatie

(51) Zakelijke subrogatie is een materie die in het algemeen niet geregeld is in het OGRK. Zakelijke subrogatie is op de eerste plaats een figuur uit het goederenrecht, en art. VIII-1:101 stelt uitdrukkelijk dat Boek VIII (zakenrecht van roerende zaken) onder meer de zakelijke subrogatie niet behandelt. Enerzijds was het onmogelijk om binnen de gegeven tijdsspanne alle figuren uit het zakenrecht te behandelen, anderzijds is het recht van de Europese lidstaten inzake zakelijke subrogatie wellicht minder "gemeen" dan bij vele andere, wel behandelde, rechtsfiguren. Wel bevat het OGRK enkele specifieke toepassingen van deze meer algemene

⁵⁹ DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, nr. 321.

rechtsfiguur. Ik vermeld ze hier voor zover ze betrekking hebben op schuldvorderingen - d.w.z. voor zover de zakelijk gesubrogeerde gesubrogeerd is in een schuldvordering en dus door die subrogatie in plaats van de subrogant de schuldeiser wordt in verhouding tot de schuldenaar van die schuldvordering. Andere toepassingen vermeld ik niet, en ook op de regels van Boek X inzake trusts ga ik niet in.

3.5.1. Zakelijke subrogatie die leidt tot een eigendomsrecht in een schuldvordering

(52) Deze vorm van subrogatie vinden we met name in art. III-5:122 OGRK, dat bepaalt dat bij cessie in strijd met een contractueel verbod of contractuele beperking waarbij de schuldenaar gerechtigd blijft na te komen jegens de cedent en dit ook doet, de aanspraak van de cessionaris op het geïnde voorrang heeft op de aanspraken van andere schuldeisers voor zover het geïnde in handen is van de cedent en redelijkerwijze afgezonderd is van de andere activa van de cedent. Hoewel de term zakelijke subrogatie hier niet wordt gebruikt, is dat wel waar het om gaat. De traditionele vereisten voor zakelijke subrogatie, zoals die ook gelden naar Belgisch recht⁶⁰, worden aangegeven: het eigendomsrecht van de cessionaris in de schuldvordering is tenietgegaan (door de bevrijdende betaling aan de cedent) maar wordt tegelijk gehandhaafd omdat er een identificeerbaar *Ersatz*-goed is en een causaal verband tussen het verlies van het oorspronkelijk voorwerp van het recht en de aanwezigheid van de *Ersatz*.

In het OGRK-artikel betreffende de hoofdelijke medeschuldeiser die meer heeft geïnd dan zijn aandeel in de schuldvordering (art. III-4:206 in het hoofdstuk over pluraliteit van schuldeisers), vinden we deze regel niet uitgedrukt, maar het zou coherent zijn om die regel ook daar toe te passen.

3.5.2. Zakelijke subrogatie die leidt tot een zekerheidsrecht in een schuldvordering

(53) In het Belgische recht speelt de zakelijke subrogatie op de eerste plaats een belangrijke rol bij zakelijke zekerheidsrechten. Hoewel het OGRK de zakelijke subrogatie niet als dusdanig regelt, zien we deze wel aan het werk in een aantal bepalingen in het Boek over roerende zekerheden. Aangezien deze bijdrage uitsluitend handelt over meerpartijenverhoudingen van obligatoire aard, wijs ik hier enkel op een aantal bepalingen waarin een schuldvordering in de plaats komt van een met een zekerheidsrecht bezwaard goed en krachtens een rechtsregel op analoge wijze bezwaard wordt als het vervangen goed: zie met name de artikelen IX-2:306, IX-2:308 (2) (b), IX-4:104 (1) (b) en IX-4:105.

3.6. Vestiging van een zekerheidsrecht op een schuldvorderingen

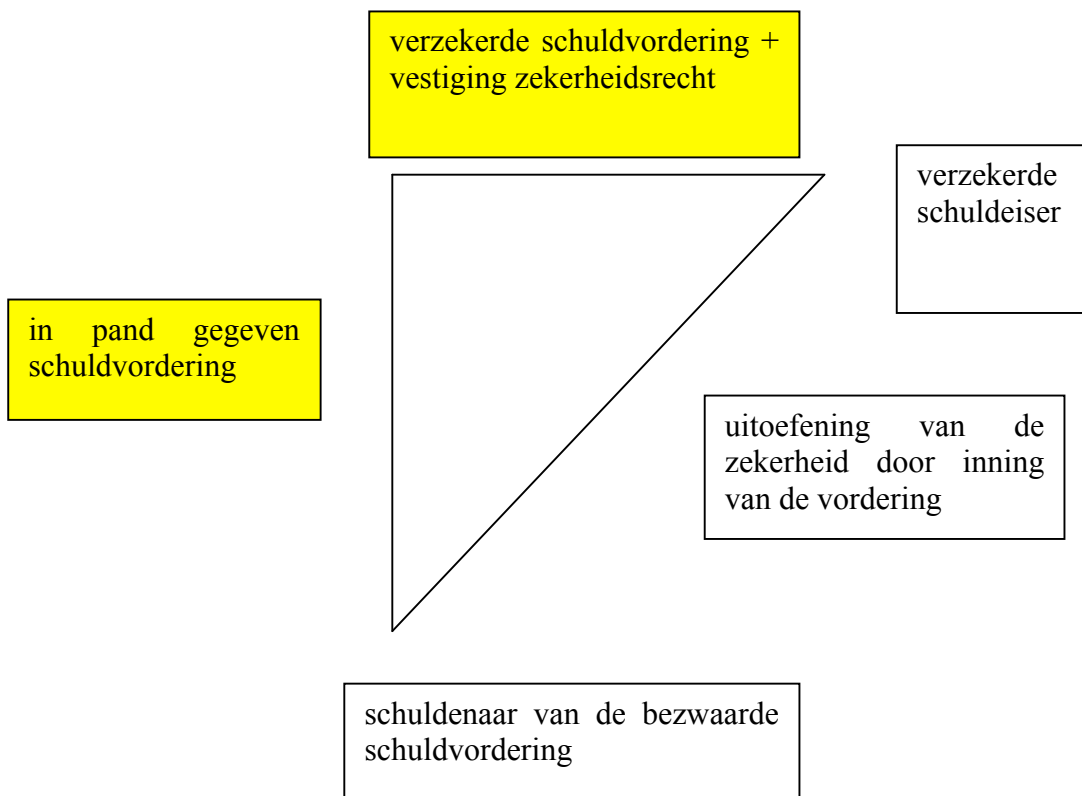
(54) Het bezwaren van een schuldvordering met een zakelijk zekerheidsrecht (met name een pandrecht of variante daarop), d.i. de *vestiging* van een zakelijk zekerheidsrecht op een schuldvordering, kan beschouwd worden als een *minus* van de *overdracht* van een

⁶⁰ Zie daarvoor overtuigend V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Intersentia Antwerpen 2003. Zie ook mijn mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1064 v. nr. 220 v.

schuldvordering (cessie) veeleer dan als een figuur van een heel andere aard. De pandhouder verkrijgt door de vestiging van een pandrecht weliswaar geen eigendomsrecht van de vordering, maar wel een beperkter zakelijk recht, het pandrecht als zekerheidsrecht.

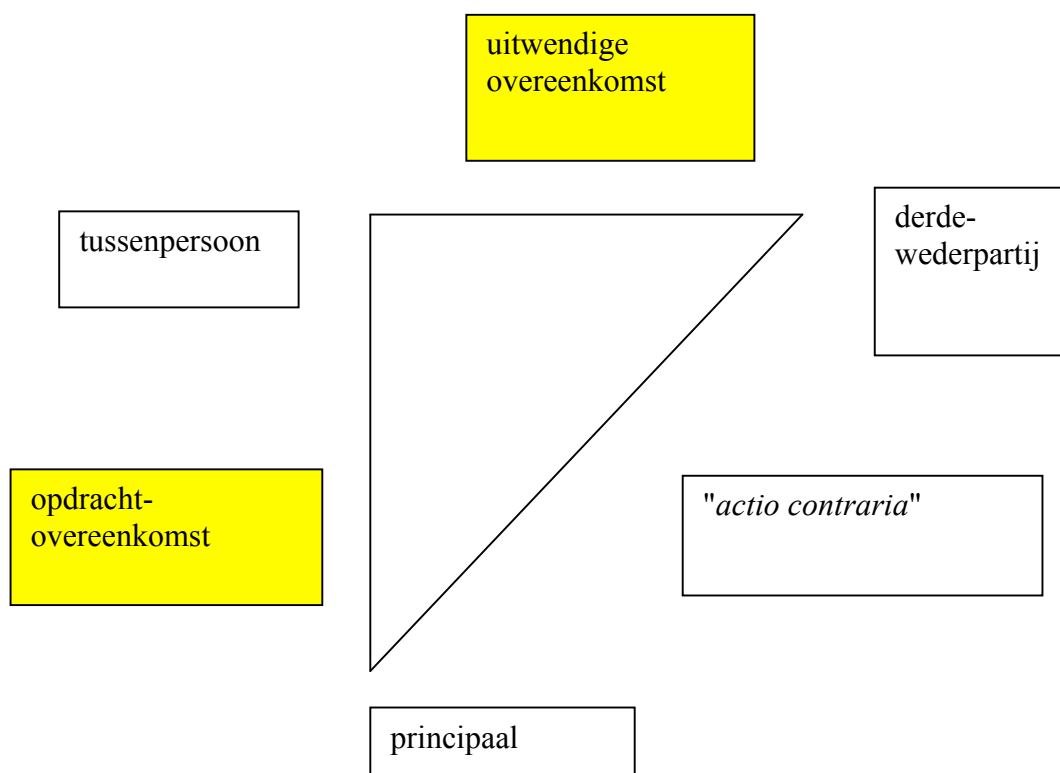
Bij de inpandgeving van, *c.q.* het pandrecht op, schuldvorderingen rijzen dan ook grotendeels dezelfde vragen als bij de overdracht van een schuldvordering (cessie). De regels zijn met name gelijkaardig wat betreft de vereisten voor de vestiging van het zakelijk recht en de verhouding tussen de vestiging van het zakelijk recht en de inwendige verhouding met de schuldenaar van de bezwaarde schuldvordering.

(55) Het belangrijkste verschil bestaat daarin, dat het zekerheidsrecht zowel in het OGRK als in het Belgische recht een recht is dat accessoir of afhankelijk is van de verzekerde schuldvordering van de schuldeiser (zie art. IX-5:301 OGRK). Voor de tegenwerpelijkheid van de verweermiddelen door de schuldenaar van de bezwaarde schuldvordering heeft dit als gevolg dat die schuldenaar in beginsel niet enkel alle verweermiddelen kan inroepen uit de rechtsverhouding met zijn schuldeiser (de zekerheidsgever) maar ook de verweermiddelen die die schuldeiser - tevens hoofdschuldenaar-zekerheidsgever - kan inroepen tegen de verzekerde schuldeiser.



Met andere woorden, het zekerheidsrecht is zowel beperkt door de de verweermiddelen die de tussenpersoon kan tegenwerpen aan de derde als door de verweermiddelen die de opdrachtgever kan tegenwerpen aan de tussenpersoon, om te citeren uit art 3:303 PECL.

Die bepaling is de PECL-bepaling over de reeds genoemde *actio contraria* van de derde-wederpartij jegens de opdrachtgever van zijn contractspartij bij middellijke vertegenwoordiging. Die regel is niet meer opgenomen in Boek III van het OGRK (dat aan die wederpartij wel in een beperkter aantal omstandigheden een sterker recht verleent dan de *actio contraria*, nl. de hoger besproken optie van art. III-5:402), omdat het hier eigenlijk om een vraag van zekerheidsrechten op een schuldvordering gaat, die in Boek III niet wordt behandeld.



Het OGRK kent daarentegen wel zoals het Belgische recht de inpandgeving van schuldvorderingen, waarbij de obligatoire rechtsgevolgen (in het bijzonder de structuur van de verweermiddelen) dezelfde is. Het Belgische recht kent daarnaast nog een reeks zekerheidsrechten op schuldvorderingen die geen pandrechten genoemd worden maar er in wezen varianten op zijn, zoals bepaalde vormen van onvolmaakte rechtstreekse vordering, voorrechten op schuldvorderingen e.d.m. De meeste daarvan heb ik al besproken in een eerdere bijdrage waarnaar ik korthedshalve verwijs⁶¹.

IV. Nieuwe schuldenaars

(56) Naast de structuur van meerpartijensituaties waarin een nieuwe schuldeiser intreedt in een (bestaande) rechtsverhouding kan men ook de structuur ontleden van meerpartijensituaties waarin een bijkomende of nieuwe schuldenaar toetreedt tot de rechtsverhouding. Het kan daarbij om een toevoeging van een schuldenaar gaan of om een

⁶¹ "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1026-1064.

vervanging. In het OGRK vinden we meer bepaald een behandeling van de volmaakte vervanging van een schuldenaar (*complete substitution of debtor*, art. III-5:204), de overname van een contractuele positie (contractsovername, art. III-5:301), de onvolmaakte schuldenaarsvervanging (*incomplete substitution of debtor*, art. III-5:206), de toetreding van een bijkomende schuldenaar (art. III-5:208), de borgtocht of afhankelijke persoonlijke zekerheid (Boek IVG sectie 2), verschillende vormen van *delegatio solvendi* (niet systematisch geregeld in het OGRK) zoals de onafhankelijke persoonlijke zekerheid (Boek IVG sectie 3), en een vermelding van de overschrijving van geld (ook een *delegatio solvendi*) en andere betalingsinstrumenten, e.d.m.

Ook in al deze gevallen is het nuttig om de situatie te ontleden aan de hand van de vraag hoe elk van de tweepartijenverhoudingen zich verhoudt tot de andere en in welke mate een tweepartijenverhouding daarbij afhankelijk is van een of meer andere. Voor dit laatste luik van deze bijdrage kies ik daarbij wel voor een meer algemene benadering, waarin de veelheid aan rechtsfiguren geclassificeerd wordt. Dit stemt ook overeen met de methode van het OGRK, nl. een functionele benadering waarin niet zozeer de specifieke in de contractspraktijk gegroeide mechanismen worden behandeld maar wel algemene categorieën in een zo mogelijk neutrale terminologie. Wat bv. de persoonlijke zekerheden betreft, regelt het OGRK niet alle mogelijke varianten als aparte rechtsfiguren, maar gaat het uit van twee categorieën, de "afhankelijke persoonlijke zekerheid" (borgtocht) en de "onafhankelijke persoonlijke zekerheid" (garantie).

4.1. Vormen van pluraliteit van schuldenaars in het algemeen

(57) In het OGRK kan men zoals in de meeste Europese rechtsstelsels de verschillende vormen van pluraliteit van schuldenaars vooreerst classificeren in de volgende drie algemene categorieën:

- schuldenaars die met elkaar gehouden zijn tot dezelfde schuld (of een deel van dezelfde schuld) (1°);
- schuldenaars die voor een andere schuldenaar gehouden zijn, d.i. tot andermans schuld (2°);
- schuldenaars die elk een eigen schuld hebben aangegaan, maar waarbij de voldoening van de ene schuld ook de andere beëindigt (3°).

(58) 1° Op de eerste plaats kunnen meerdere schuldenaars gehouden zijn voor dezelfde schuld. Het OGRK onderscheidt daarbij in Boek III hoofdstuk 4 in overeenstemming met een reeks Europese rechtsstelsels de hoofdelijke schuld (*solidary*) en de gezamenlijke schuld (*joint*)⁶². Bij de hoofdelijkheid wordt anders dan naar Belgisch recht geen nader onderscheid gemaakt tussen de volmaakte hoofdelijkheid (bij ons hoofdelijkheid) en de onvolmaakte hoofdelijkheid (bij ons aansprakelijkheid *in solidum* genoemd). Bij een hoofdelijke verbintenis komt de schuldenaar zijn "eigen" schuld na, maar een schuld die niet énkél zijn eigen schuld is maar ook die van iemand anders, waarbij in de onderlinge verhouding elk van hen een aandeel heeft te dragen (draagplicht voor zijn bijdrage, *contributio*). De gezamenlijke schuld (*joint obligation*) kan men ook onsplitsbare schuld noemen; in het Belgisch recht

⁶² Enigszin verwarrend gebruikt CORNELIS, p. 162 deze benaming wanneer het juist om deelschulden gaat.

spreekt men van ondeelbare verbintenissen, maar die categorie is nogal warrig en omvat ook gevallen die eigenlijk vormen van hoofdelijkheid zijn; het begrip onsplitsbaarheid in het procesrecht correspondeert daarentegen veelmeer met de *joint obligation*: een verbintenis waarbij de schuldenaars enkel gezamenlijk kunnen worden aangesproken (en niet elk apart voor het geheel of een deel).

(59) 2° Wanneer een schuldenaar voor een ander gehouden is, dan heeft die schuldenaar in de onderlinge verhouding geen aandeel te dragen en is de schuld inwendig uitsluitend door de hoofdschuldenaar te dragen. Het belangrijkste voorbeeld hiervan is de borgtocht (zowel de subsidiaire als de hoofdelijke borgtocht). Onder borgtocht moet men m.i. ook de zakelijke borgtocht begrijpen, waar een derde zich niet verbonden heeft tot de schuld met heel zijn vermogen, maar wel verbonden heeft om een zakelijke zekerheid te verschaffen aan de hoofdschuldenaar⁶³. De reden waarom de zakelijke borgtocht ook een persoonlijke zekerheid is (waarop de algemene regels van persoonlijke zekerheid van toepassing zijn alsmede ten dele die van de gewone borgtocht), is dat de vestiging van een zakelijke zekerheid in ons recht zowel als in het OGRK causaal en niet abstract is, d.w.z. een onderliggende verbintenis of titel vereist⁶⁴. Die verbintenis is een verbintenis van een derde die ertoe strekt om de betaling van andermans schuld te verzekeren. M.i. gelden de precontractuele informatieplichten van de schuldeiser jegens de borg dus in beginsel ook jegens de zakelijke borg.

In het OGRK wordt ook de mede-aansprakelijkheid van de oorspronkelijke schuldenaar bij een onvolkomen schuldovername (of onvolkomen contractsovername) in beginsel behandeld als een borgtocht (zie verder). De oude schuldenaar heeft in die gevallen immers geen draagplicht. Deze classificatie is m.i. ook correct naar Belgisch recht.

Daarnaast kent zowel het OGRK als het Belgische recht het buitenbeentje van de "solidariteit tot zekerheid", waar de schuldeiser bedingt dat de persoonlijke zekerheid zich verbindt als hoofdelijke medeschuldenaar, ook al gaat de zaak hem niet persoonlijk aan en heeft hij geen draagplicht in de onderlinge verhouding. In het OGRK kan een consument zich niet jegens een professioneel op deze wijze verbinden en wordt zijn verbintenis niettegenstaande elk andersluidend beding geherkwalificeerd als borgtocht. Daarbuiten blijft deze mogelijkheid wel bestaan. Een toepassing hiervan vinden we ook wanneer er geen (volmaakte of onvolmaakte) schuldovername of contractsovername plaatsvindt maar een toetreding tot een bestaande (meestal contractuele) verhouding van een nieuwe schuldenaar als hoofdelijke medeschuldenaar.

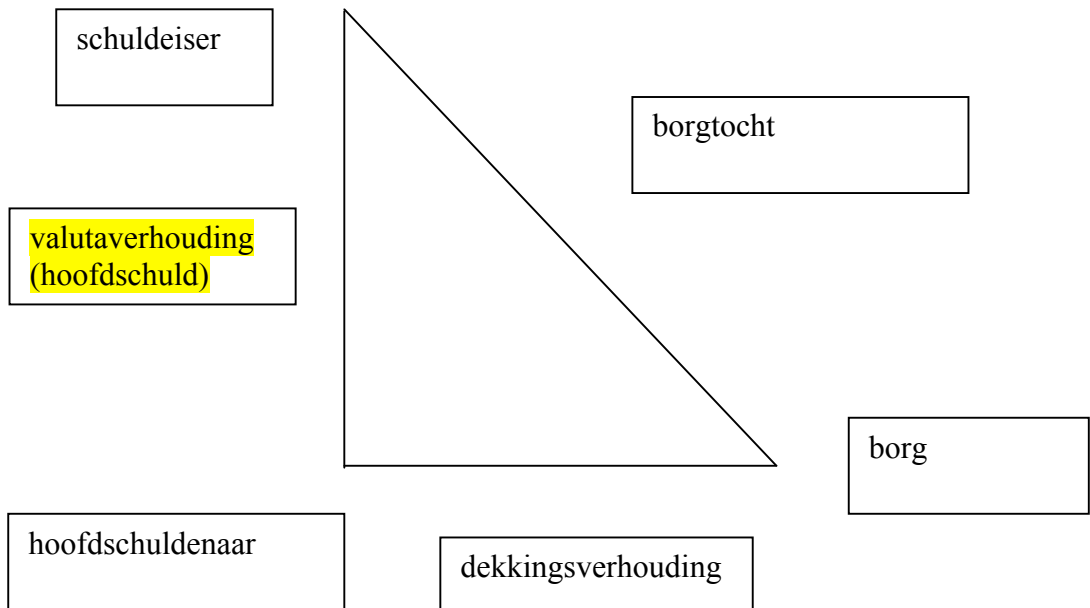
⁶³ Volgens de rechtspraak van het Hof van cassatie dient in dat geval voor de regels inzake borgtocht regel per regel te worden nagegaan of deze verenigbaar of onverenigbaar is met de aard van de zakelijke zekerheid, zie Cass. 22 december 2006, nr. C06.0089N. Zie ook Cass. 6 maart 2009 nr. C.08.0138.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090306-4.

⁶⁴ Zie in dit verband Hof Antwerpen 20 februari 1995, *AJT* 1995, 606 met noot M.E. STORME, "Het causale karakter van de hypotheekvestiging, namelijk als uitvoering van een verbintenis tot hypotheekvestiging", ook op <http://www.storme.be/causalehypotheek.pdf>

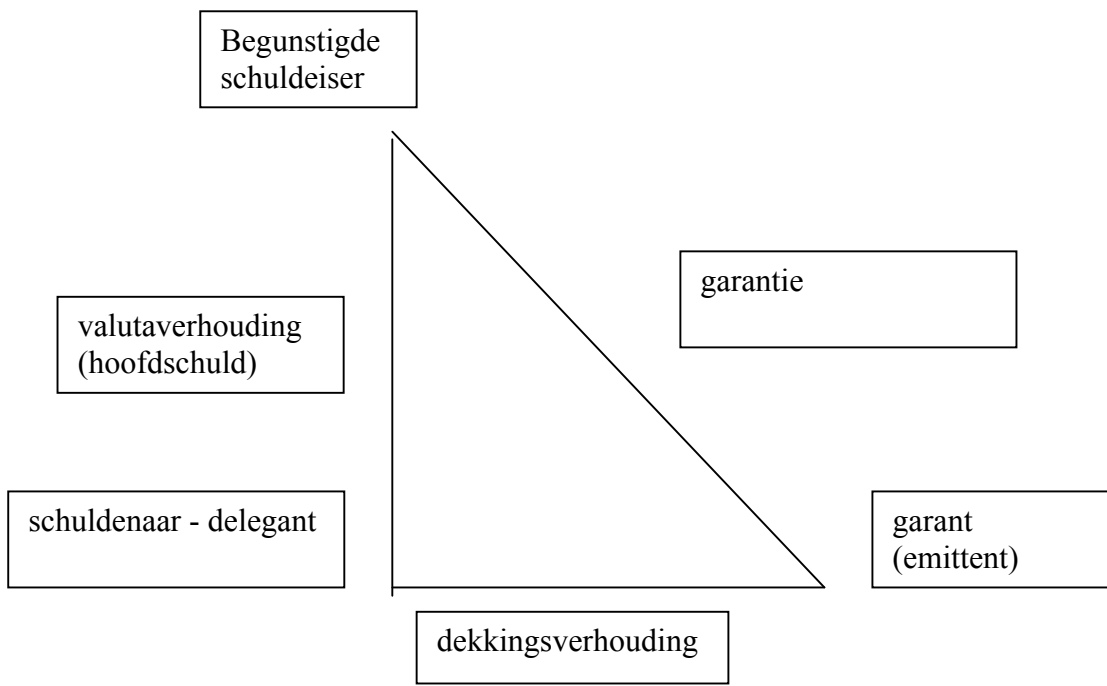
(60) 3° Ten slotte zijn er situaties waarin twee schuldenaars elk tot een verschillende eigen schuld gehouden zijn, waarbij die schulden concurrent en niet cumulatief zijn (d.w.z. de schuldeiser heeft geen recht op betaling van beide). Ook hier draagt in de inwendige verhouding tussen de schuldenaars een van de schuldenaars de schuld en heeft de andere geen draagplicht. Een van de belangrijkste gevallen hiervan is de onafhankelijke garantie, die in het OGRK behandeld wordt in Boek IVG hoofdstuk 3. Er zijn minstens in het Belgisch recht nog een reeks andere gevallen van dergelijke concurrente aanspraken, die hier niet verder behandeld worden (bv. de volmaakte rechtstreekse vordering jegens de verzekeraar in een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, die niet onafhankelijk is van de valutaverhouding; de verzekering door de schuldenaar aangegaan ten gunste van de schuldeiser, die niet abstract is van de dekkingsverhouding; de pluraliteit die volgt uit een pandrecht of ander zekerheidsrecht of beslag op een schuldvordering, en waar er noch onafhankelijkheid is van de valutaverhouding noch abstractie van de dekkingsverhouding; als bijzondere vorm van de laatstgenoemde soort ook de onvolmaakte rechtstreekse vorderingen zoals bv. die van de onderaannemer).

(61) In het OGRK zijn persoonlijke zekerheden dus ofwel "afhankelijk" ofwel geheel of gedeeltelijk "onafhankelijk" ten aanzien van de valutaverhouding, d.i. de verhouding tussen de schuldeiser en de "hoofdschuldenaar" (wiens schuld het primair is). Het woord "onafhankelijk" is inderdaad te verkiezen boven de uitdrukking "abstract", omdat het woord "abstractie" bij verbintenissen in beginsel slaat op de onafhankelijkheid van een verbintenis ten aanzien van de "oorzaak", d.i. de dekkingsverhouding (de inwendige verhouding tussen de verschillende schuldenaars)⁶⁵. Die abstractie vinden we niet alleen bij de onafhankelijke garantie, maar ook bij de afhankelijke zekerheid en met name de borgtocht: ook de borg kan zich jegens de hoofdschuldenaar niet beroepen op verweermiddelen uit de dekkingsverhouding tussen borg en hoofdschuldenaar.

⁶⁵ Zoals gezegd de rechtsverhouding waarin de oorzaak te vinden is in de zin van de reden waarom de partij zich verbindt. Naar Belgisch recht is er in tweepartijenverhoudingen geen abstracte verbintenis mogelijk, althans geen "materiële abstractie" (zie bv. Cass. 6 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 323). Wat wel mogelijk is, is een louter "formele abstractie", dit wil zeggen een omkering van de bewijslast. Het is aan de schuldenaar om aan te tonen wat de – niet uitgedrukte – reden voor zijn verbintenis is geweest en dat hij daaruit een verweermiddel kan putten (o.a. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen*, nr. 199).



Bij de onafhankelijke garantie komt daar bovenop dat de garant zich evenmin kan beroepen op verweermiddelen uit de valutaverhouding (behalve in zoverre de garantiebepalingen daarnaar verwijzen).



4.2. Zekerheidsfunctie en betalingsfunctie

(62) De vormen van pluraliteit van schuldenaars uit de tweede en derde categorie kunnen daarnaast volgens een ander criterium geclassificeerd worden, namelijk naargelang de toevoeging van een schuldenaar in hoofdzaak enkel een zekerheidsfunctie heeft (garantie) dan wel ook een betalingsfunctie (*delegatio solvendi*). Daarnaast is er nog de mogelijkheid van een volmaakte schuldovername door een nieuwe schuldenaar, waarbij de oude bevrijd wordt (in het OGRK behandeld in art. III-5:203 en 204⁶⁶), zodat er geen pluraliteit van schuldenaars meer is. Ik geef enkele voorbeelden van de twee categorieën met pluraliteit.

	Afhankelijk van de valutaverhouding	Onafhankelijk van de valutaverhouding
Garantiefunctie (zij het subsidiair of hoofdelijk)	Borgtocht Contract bonds Subsidiaire gehoudenheid oude schuldenaar	Onafhankelijke garantie Afroepgarantie Standby letter of credit
Betalingsfunctie	Afhankelijke delegatie Vgl. nieuwe schuldenaar bij onvolmaakte schuldovername	Onafhankelijke delegatie, bv. - kredietkaart - documentair krediet - overschrijving - wisselbrief

Het onderscheid tussen zekerheids- en betalingsinstrumenten is niet absoluut en tussenfiguren zijn mogelijk. Uiteindelijk gaat het erom om op basis van de regels van gemeen verbintenissenrecht de rechten en plichten van de partijen te bepalen en daarbij ook te bepalen in welke mate de ene partijverhouding mede afhankelijk is van een andere partijverhouding. Wel kan het zijn dat de wetgever om reden van consumentenbescherming of meer algemeen transparantie voor marktdeelnemers een zekere “Typenzwang” invoert dan wel afwijkende overeenkomsten herkwalificeert tot een van de benoemde gevallen. In het OGRK is er meer bepaald voor gekozen om dit te doen voor persoonlijke zekerheden verschaft door consumenten aan professionelen.

4.3. Classificatie volgens de inwendige verhouding (dekkingsverhouding)

(63) De genoemde situaties kunnen ook geklasseerd worden naargelang de strekking ervan in de dekkingsverhouding tussen de schuldenaars onderling. De schuld kan door de borg, gedelegeerde, schuldovernemer enz. immers om verschillende redenen aangegaan worden, hoofdzakelijk de volgende:

- *solvendi causa*: om een bestaande schuld van de zich verbindende partij jegens de hoofdschuldenaar te voldoen; ofwel
- *credendi causa*: om terugbetaling en/of een vergoeding te bekomen van de hoofdschuldenaar (in de inwendige verhouding is het een overeenkomst onder bezwarende titel); ofwel
- *donandi causa*: uit vrijgevigheid (in de inwendige verhouding is het een gift).

⁶⁶ In het Belgisch BW niet geregeld, maar de mogelijkheid van volmaakte schuldovername met het akkoord van de drie partijen wordt algemeen aanvaard op grond van de contractsvrijheid (bv. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, p. 582).

Bij de verbintenissen die geabstraheerd zijn van de dekkingsverhouding (zoals bij de borgtocht zowel als de verschillende vormen van delegatie-overeenkomst) heeft dit onderscheid evenwel slechts een onrechtstreeks effect op de verbintenissen van de schuldenaars jegens de schuldeiser. Een nadere uitwerking gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

(64) Daarnaast kan uit de aard van de inwendige of dekkingsverhouding ook nog een zakelijke zekerheid voortvloeien voor de schuldeiser, met name een zekerheidsrecht op de schuldvordering tussen die partijen. Met name wanneer de oorspronkelijke schuldenaar van de schuldeiser als delegant opdracht geeft aan zijn eigen schuldenaar om zich als gedelegeerde te verbinden jegens de eerste schuldeiser (delegataris) - opdracht die bv. de vorm kan aannemen van het trekken van een wisselbrief of cheque - dan vormt die opdracht in een aantal gevallen een beschikking door de delegant over zijn schuldvordering op de gedelegeerde (de dekking of fonds). Meer bepaald wordt die schuldvordering daardoor bezwaard te gunste van de delegataris. Zo heeft de houder van een wisselbrief of cheque een voorrecht op het fonds (soms versterkt met een onvolmaakte rechtstreekse vordering)⁶⁷. Wanneer de gedelegeerde zich effectief persoonlijk verbindt, is dit van weinig belang. Maar waar dat niet het geval is, beschikt de schuldeiser aldus over een zekerheidsrecht op het fonds, d.i. op de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde.

4.4. Nader over de behandeling van vier genoemde categorieën in het OGRK

4.4.1. "Afhankelijke" verbintenissen met zekerheidsfunctie

(65) Hiervan behandelt het OGRK twee rechtsfiguren: de accessoire persoonlijke zekerheid (borgtocht) en de onvolmaakte schuldovername.

4.4.1.1. Accessoire persoonlijke zekerheid (Borgtocht)

(66) De borgtocht wordt uitvoerig geregeld in Boek IVG, m.b. hoofdstuk 2 (borgtocht algemeen) en 4 (consumentenborgtocht). De regeling is m.i. zeer overtuigend en zou echt een model kunnen zijn voor een nieuwe Belgische regeling inzake borgtocht (zeker vergeleken met de schabouwelijke herziening ervan in 2007 met de wet op de kosteloze borgtocht, een van de slechtst geschreven wetten ooit).

Strikt genomen spreekt het OGRK niet van borgtocht maar van "afhankelijke persoonlijke zekerheid" (*dependent personal security*), dit om duidelijk te maken dat de regels niet beperkt blijven tot overeenkomsten die borgtocht worden genoemd. Aldus gelden deze regels bv. ook voor zgn. "contract bonds" (waarvoor er door de IKK modelregels zijn opgemaakt, de "Uniform Rules for Contract Bonds" of URCB 1993).

(67) Het OGRK gaat er daarbij van uit dat elke persoonlijke zekerheid vermoed wordt een afhankelijke zekerheid (meer bepaald een borgtocht) te zijn, waarbij de schuldenaar dus alle

⁶⁷ Zie art. 81 en 83 Wisselbriefwet en art. 39bis Chequewet. Zie ook mijn mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1034 v. nr. 167 v. en p. 1076 v. nr. 252-254.

verweermiddelen van de hoofdschuldenaar uit de valutaverhouding kan invoeren (art. IVG-2:103), met uitzondering van de excepties die persoonlijke zijn t.a.v. de hoofdschuldenaar (art. IVG-2:102 (2) (a) to (c)). Dit laatste stemt overeen met de regels van art. 2036 BW.

(68) Het concept van borgtocht in het OGRK houdt verder in dat de inhoud van de verbintenis van de borg cumulatief bepaald en beperkt wordt:

- door de beperkingen aan de verzekerde schuld(en) zelf, d.i. in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar; en

- aangezien de borg niet noodzakelijk voor alle schulden van de hoofdschuldenaar borg staat, door de bepaling en beperking van de mate waarin men borg staat voor die schuld van een ander, dus in welke mate de hoofdschuld gewaarborgd / verzekerd wordt (“dekking”).

Deze benadering is m.i. veel nuttiger en correcter dan de zienswijze die in de Franse en Belgische doctrine wel is opgedoken dat de borg eigenlijk twee verbintenissen zou aangaan, een “*obligation de garantie*” die onmiddellijk zou ingaan en een “*obligation de payement*”, die voorwaardelijk zou zijn⁶⁸. Er is immers maar één verbintenis van de borg, waarvan de inhoud bepaald wordt door twee cumulatieve bepalingen zoals daarnet aangegeven: de borg is gehouden tot betaling tot elke gedekte schuld, ofwel zodra deze opeisbaar is jegens de hoofdschuldenaar (hoofdelijke borgtocht), ofwel na vervulling van andere voorwaarden zoals bv. het voorrecht van uitwinning.

Net zoals geldt in het Belgische recht, kan ook hier de dekking niet geheel onbeperkt zijn. Men kan zich wel borg stellen voor toekomstige schulden en in beginsel zelfs voor alle bestaande en toekomstige schulden van de hoofdschuldenaar (*omnibus*-borgtocht). Maar wanneer een dergelijke borgtocht niet beperkt wordt tot een (dekking van) bepaalde duur, kan de borg op elk ogenblik door middel van een opzegging het voorwerp van de borgtocht beperken tot de verbintenissen die ontstaan voor het einde van de opzeggingstermijn. Dit is een regel van openbare orde die we ook in het Belgische recht vinden (nl. de algemene regel van de opzegbaarheid van overeenkomsten voor een onbepaalde duur). Bij de kosteloze borgtocht en die voor een consumentenkrediet is er naar Belgisch recht bovendien een maximumduur van vijf jaar (art. 34 III WCK en art. 2043*quinquies* § 2 BW), behoudens bij borgtocht voor schulden van een hoofdovereenkomst met een langere looptijd. In het OGRK vinden we voor de consumentenborgtocht een zeer gelijkaardige regeling, maar met een maximum van 3 jaar, eveneens behoudens bij borgtocht voor schulden van een hoofdovereenkomst met een langere looptijd (art. IVG-4:107).

(69) Daarnaast kan de verbintenis van de borg ook op zelfstandige wijze beperkt worden door andere bepalingen van de overeenkomst (nadere modaliteiten van de borgtocht) of

⁶⁸ Bv. M. CABRILLAC & C. MOULY, *Droit des sûretés*, LITEC Paris (6) 2004, p. 96 nr. 94; SIMLER & DELEBECQUE, *Droit civil. les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz (4) 2004, nr. 110 p. 94; A. LIMPENS, “Le cautionnement de dettes futures”, *RCJB* 2001, p. (145) 147 v.; E. DIRIX, in *Overeenkomstenrecht 2000*, nr. 611-612; E. DIRIX, “Overzicht”, *TPR* 2004, nr. 201; F.’t KINT, *Sûretés* (2004) nr. 746.

Terecht stelt M. VAN QUICKENBORNE, *APR* Borgtocht, nr. 199 daartegenover: “op de borg rust enkel een regelingsplicht; de waarborgplicht geeft enkel de omvang, het voorwerp van deze regelingsplicht aan”.

gemeenrechtelijke modaliteiten of wijzen van tenietgaan van een verbintenis. In het OGRK vinden we met name nadere regels over de volgende mogelijke modaliteiten:

- het subsidiair karakter van de borgtocht, dat overeenstemt met het voorrecht van uitwinning in het BW (art. 2021), maar in het OGRK buiten de consumentenborgtocht niet suppletief geldt, maar moet worden bedongen (zie art. IVG-2:105 en 106);
- de mogelijkheid van een termijn voor het beroep van de borgtocht (art. IVG-2:108) - niet te verwarren met termijnen die de duur van de dekking (dit is de periode waarbinnen de gedekte verbintenissen moeten ontstaan om gedekt te zijn) betreffen. Dit is in het Belgisch recht niet wettelijk geregeld, maar kan natuurlijk wel bedongen worden. Een dergelijke afroeptermijn vinden we bv. wel in de genoemde URCB, art. 4.

De accessoriteit van de borgtocht belet ook niet dat de verbintenis van de borg ook op zichzelf voorwerp is van nakoming en niet-nakoming (zo bv. moet men de door de borgtocht verzekerde accessoire schulden van de hoofdschuldenaar niet verwarren met de accessoire schulden van de borg zelf, bv. de verwijlinterest of gerechtskosten die de borg wegens zijn verzuim verschuldigd kan zijn).

(70) Net zoals in het Belgische recht kan de borg jegens de schuldeiser geen verweermiddelen inroepen uit de dekkingsverhouding (de inwendige verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar), vgl. hoger.

(71) Gezien het opzet van deze bijdrage om een vergelijkende ontleding te maken van de structuur van meerpartijenverhoudingen en geen uitputtende bespreking van elk van die rechtsfiguren, ga ik hier niet nader in op de overige regels inzake borgtocht in het OGRK en het Belgische recht (bijzondere regels voor borgtocht naast de regels van het algemeen verbintenissenrecht vinden we meer bepaald m.b.t. precontractuele informatieplichten, vormvereisten voor de toestemming, zorg- en informatieplichten bij de uitvoering van de overeenkomst). De situatie na betaling door de borg, en met name diens subrogatoire vordering en regresrecht, kwam hoger reeds kort ter sprake.

4.4.1.2. Onvolmaakte schuldovername: verbintenis van de oude schuldenaar

(72) Een subsidiaire verbintenis met zekerheidsfunctie vinden we ook bij de onvolmaakte schuldovername. De oude schuldenaar bevindt zich daar in de positie van een borg, behoudens enkele bijzondere regels. In het OGRK is deze regel te vinden in art. III-5:207 (3). Natuurlijk is het op de eerste plaats een zaak van uitleg van de overeenkomst of het om een onvolmaakte schuldovername gaat, waarbij de oude schuldenaar enkel nog subsidiair handelt, dan wel over een toetreding van een nieuwe schuldenaar, waarbij beiden hoofdelijk gehouden zijn jegens de schuldeiser (in het OGRK behandeld in Art. III-5:208), dan wel over een onvolmaakte schuldovername waarbij de oude schuldenaar bevrijd is (in het OGRK behandeld in art. III-5:204). Dat is in het Belgische recht niet anders.

Strikt genomen kan men bij de verbintenis van de oude schuldenaar bij onvolmaakte schuldovername niet van een accessoire verbintenis spreken. De schuldenaar is immers gehouden tot een schuld die oorspronkelijk zijn eigen schuld was, en het is nog steeds diezelfde schuld waartoe hij na de overname subsidiair gehouden is.

De verbintenis van de nieuwe schuldenaar bij onvolmaakte schuldovername komt anderzijds verderop ter sprake.

4.4.2. Onafhankelijke verbintenissen met zekerheidsfunctie

(73) De onafhankelijke persoonlijke zekerheden worden in het OGRK algemeen geregeld in hoofdstuk 3 van Boek IVG. Zoals gezegd wordt elke persoonlijke zekerheid vermoed een borgtocht te zijn. Wanneer de overeenkomst daarvan afwijkt en een onafhankelijke zekerheid wordt overeengekomen, wordt de inhoud daarvan op zichzelf bepaald en niet door verwijzing naar een andere, verzekerde schuld. Het zal de garantie-overeenkomst zelf zijn die bepaalt onder welke voorwaarden de garant precies moet nakomen c.q. de garantie kan worden afgeroepen (zie art. IVG-3:103 en 104). De garant kan niet alleen geen verweermiddelen inroepen uit de dekkingsverhouding (de verhouding tussen de opdrachtgever en de garant) maar evenmin uit de valutaverhouding (de verhouding tussen de opdrachtgever en de schuldeiser) - met uitzondering van het geval waarin de afroep van de garantie kennelijk abusief of bedrieglijk is (art. IVG-3:105). Dit is niet anders in het Belgische recht.

(74) Het OGRK geeft enkel een regeling voor onafhankelijke persoonlijke zekerheden in het algemeen en laat de bijzondere vormen over aan de contractsvrijheid. Daarbij heeft men er natuurlijk ook rekening mee gehouden dat voor een reeks meer bijzondere rechtsfiguren er rees internationale modelregels bestaan, zoals de *Uniform Rules for Demand Guarantees* van de IKK, de *International Standby Practices 1998* (ISP98, voor standby letters of credit) alsmede de (tot nog toe weinig succesrijke) *UNCITRAL Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit* uit 1995⁶⁹.

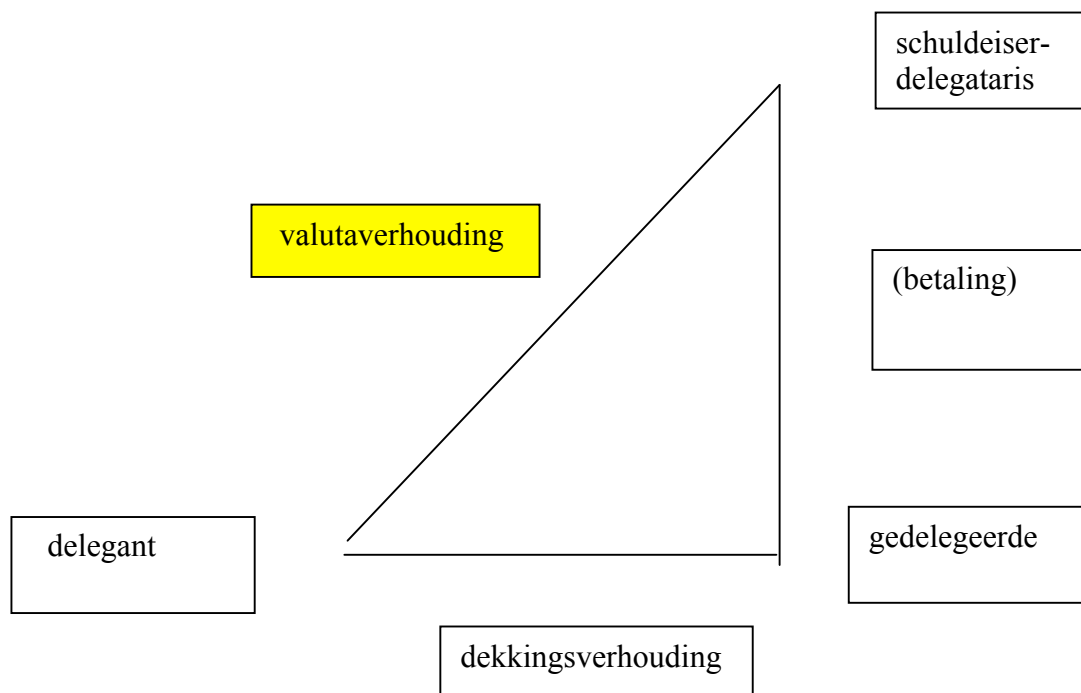
4.4.3. Afhankelijke verbintenissen die ook een betalingsfunctie hebben

(75) Bij een onvolmaakte schuldovername is de oude schuldenaar nog slechts subsidiair gehouden en dient de schuldeiser (die daarin moet hebben toegestemd) zich voor betaling eerst tot de nieuwe schuldenaar te wenden. De belangrijkste toepassingsgevallen hiervan zijn vormen van delegatie-overeenkomst (*delegatio solvendi*) waarin de gedelegeerde geen onafhankelijke verbintenis aangaat. Weliswaar zijn de meeste toepassingen van de delegatie-overeenkomst in de praktijk onafhankelijke delegaties, maar net zoals bij persoonlijke zekerheden gaat het recht uit van het vermoeden dat de gedelegeerde zich accessoir verbindt, tot nakoming van de schuld die de delegant heeft, en niet onafhankelijk⁷⁰. De delegatie is in alle gevallen ook geabstraheerd van de dekkingsverhouding⁷¹.

⁶⁹ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf>

⁷⁰ Zie F. GLANSDORFF, "Le degré d'abstraction de la délégation imparfaite", *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruylant Brussel 1989, p. 119 v.; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 407-408. Anders, in de zin dat onafhankelijkheid wordt vermoed, DEKKERS-VERBEKE nr. 543; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, p. 584.

⁷¹ Bv. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 583; CORNELIS, p. 407-408.



De *delegatio solvendi* wordt niet als dusdanig geregeld in het OGRK, dat zoals gezegd met algemene functionele categorieën werkt. Maar alvast de accessoire variëte van de delegatie is beknopt te vinden in de figuur van de onvolmaakte schuldovername van art. III-5:206 OGRK.

(76) Overeenkomstig de leer die ook in België geldt, is hierbij de toestemming van de drie partijen nodig (zie art. III-5:206). Daarbij wens ik wel op te merken dat de toestemming van elk van die partijen wel een andere functie heeft⁷²:

- de gedelegeerde wordt maar schuldenaar van de delegataris doordat hij de delegatie aanvaardt. Dat wil niet zeggen dat bij gebreke aan aanvaarding er helemaal geen rechten zijn van de delegataris jegens de gedelegeerde (zie met name de hoger vermelde regels inzake voorrecht op het fonds bij een niet-geaccepteerde wisselbrief of cheque); ook kan het zijn dat de gedelegeerde krachtens een eerdere rechtsverhouding verplicht is de delegatie te aanvaarden, maar dat volgt nog niet uit het loutere feit dat hij schuldenaar is van de delegant.

- de delegataris is maar verplicht zich eerst te wenden tot de gedelegeerde in plaats van tot de delegant mits hij met de delegatie ingestemd heeft. Dat de schuldeiser die de delegatie heeft aanvaard, zich eerst tot de gedelegeerde moet wenden⁷³, drukt men ook soms uit door te

⁷² Vgl. ook R. JANSEN, "Delegatie", in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, nr. 9-21.

⁷³ In die zin is de traditionele Belgische stelling dat delegant en gedelegeerde *in solidum* aansprakelijk zijn (i.a. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* p. 583; CORNELIS, p. 406; DEKKERS-VERBEKE nr. 543), minder nauwkeurig dan de opvatting van het OGRK dat de delegant subsidiair aansprakelijk is.

zeggen dat de schuldvordering van de delegataris op de delegant onbeschikbaar is geworden; daarmee wil men zeggen dat ook de schuldeisers van de delegataris daaraan gebonden zijn (bv. wanneer ze derdenbeslag zouden leggen onder de delegant). Heeft de schuldeiser niet ingestemd met de delegatie, dan blijft de oorspronkelijke schuldenaar hoofdelijk en niet slechts subsidiair gebonden.

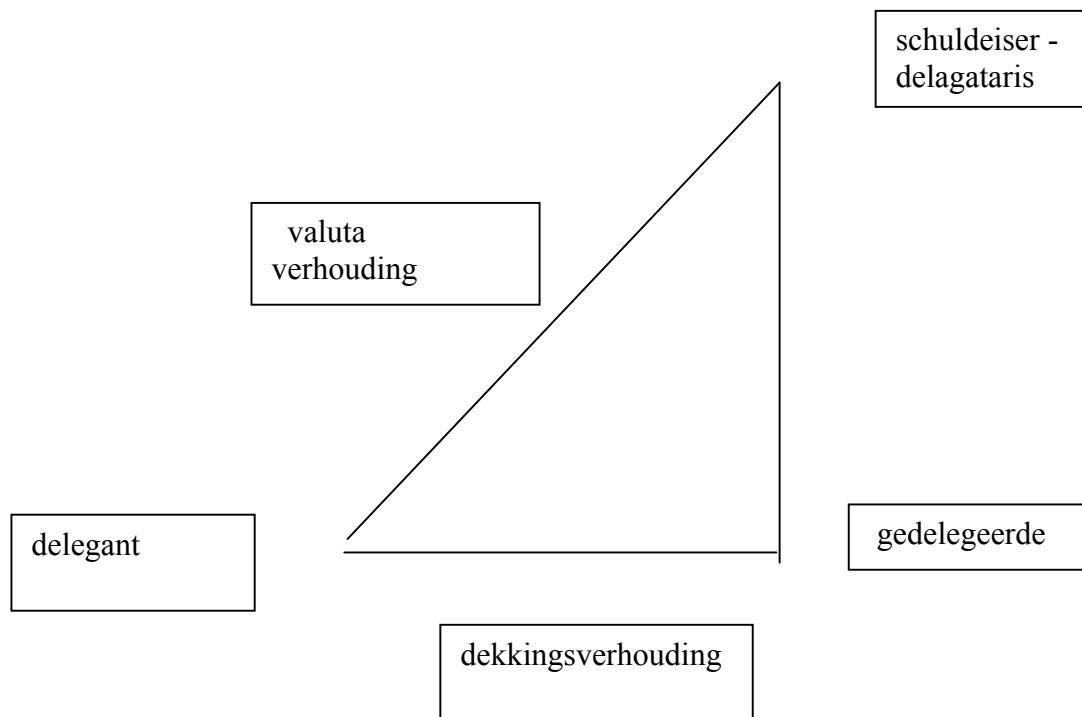
- de delegant is maar schuldenaar van een regresvordering van de gedelegeerde *c.q.* verliest zijn schuldvordering op de gedelegeerde maar door diens uitvoering van de gedelegeerde verbintenis, indien hij aan de gedelegeerde ook opdracht heeft gegeven (om zich te verbinden) (een ander gevolg van die opdracht is ook dat de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde onbeschikbaar wordt, ook voor andere schuldeisers dan de delegataris⁷⁴). Of een subrogatie door de betaler ook mogelijk is zonder opdracht vanwege een delegant wordt bepaald door de regels inzake wettelijke subrogatie.

De instemming kan dus gegeven worden in een driepartijenovereenkomst, maar is vaak verspreid over meerdere handelingen. Zo kan er bv. 1° een overeenkomst delegant-gedelegeerde zijn waaruit de delegant het recht haalt een opdracht te geven aan de gedelegeerde, vervolgens 2° een overeenkomst tussen delegant en delegataris over de wijze van betaling en vervolgens 3° de eigenlijke delegatie (opdracht), die 4° aanvaard wordt door de gedelegeerde.

4.4.4. Onafhankelijke verbintenissen die ook een betalingsfunctie hebben

(77) Ten slotte kan een gedelegeerde ook een onafhankelijke verbintenis aangaan, in de zin van een verbintenis die niet accessoir is aan de valutaverhouding tussen de delegant en de delegataris. De voorwaarden waaronder de gedelegeerde tot betaling verplicht is, zijn dan opnieuw een vraag van uitleg van de rechtshandeling van de gedelegeerde.

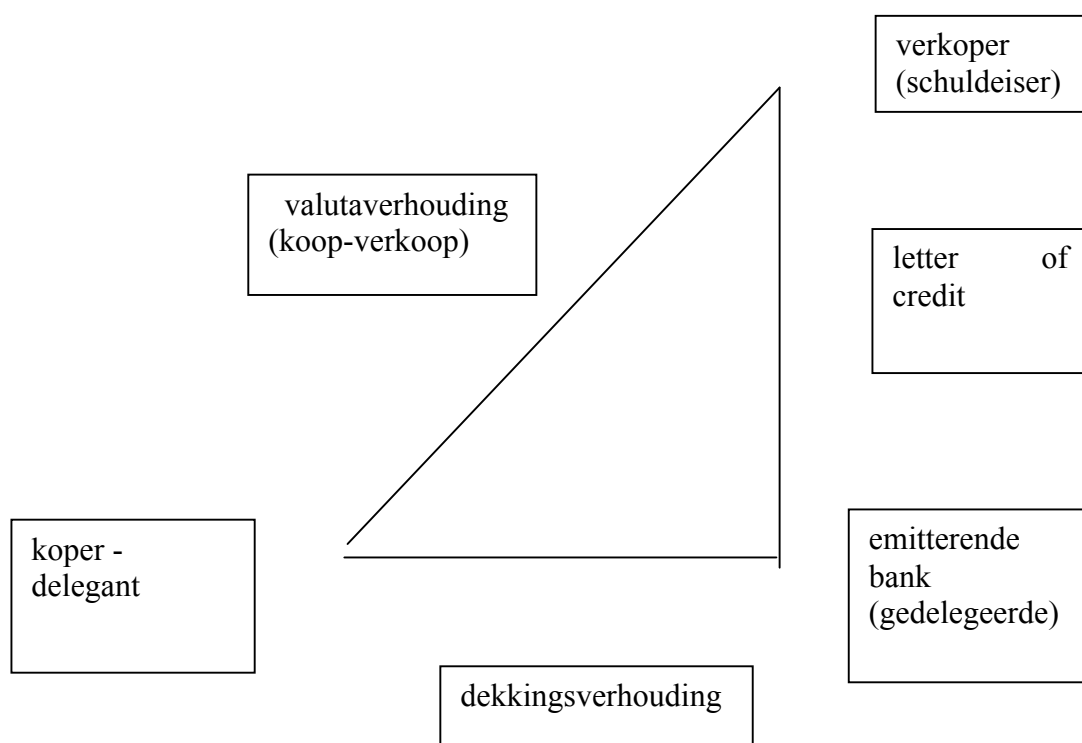
⁷⁴ Zie verder mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, (939) 1076 v. nr. 252-254. Vgl. CORNELIS p. 408, DEKKERS-VERBEKE nr. 543; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* p. 584..



Deze rechtsfiguur is de enige van de hier besproken categorieën die niet als dusdanig wordt behandeld in het OGRK. Er wordt wel gewag van gemaakt in art. III-2:108 (2), evenwel zonder dat de rechtsfiguur daar of elders wordt uitgewerkt. Art. III-2:108 (2) bepaalt namelijk dat : "een schuldeiser die een cheque, een andere betalingsopdracht of een belofte tot betaling aanvaardt, wordt vermoed dit slechts te doen onder voorbehoud van goede afloop. De schuldeiser mag de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis niet vervolgen, tenzij de betalingsopdracht of belofte niet wordt nagekomen".

Er kan echter geen twijfel over bestaan dat het ook in het OGRK mogelijk is zich in opdracht van een schuldenaar (delegant) te verbinden jegens diens schuldeiser (delegataris) tot een van diens schuld onafhankelijke verbintenis, en met name zowel met het oog op de betaling van een bestaande schuld jegens de delegant (*delegatio solvendi causa*), met het oog op een terugbetaling en vergoeding door de delegant (*credendi causa*) of uit vrijgevigheid (*donandi causa*). Ook hier wordt de schuldvordering van de delegant die die opdracht geeft onbeschikbaar en ook hier zal de delegataris die de delegatie aanvaardt zich eerst tot de gedelegeerde moeten wenden (en slechts subsidiair betaling kunnen vorderen van zijn oorspronkelijke schuldenaar, de delegant).

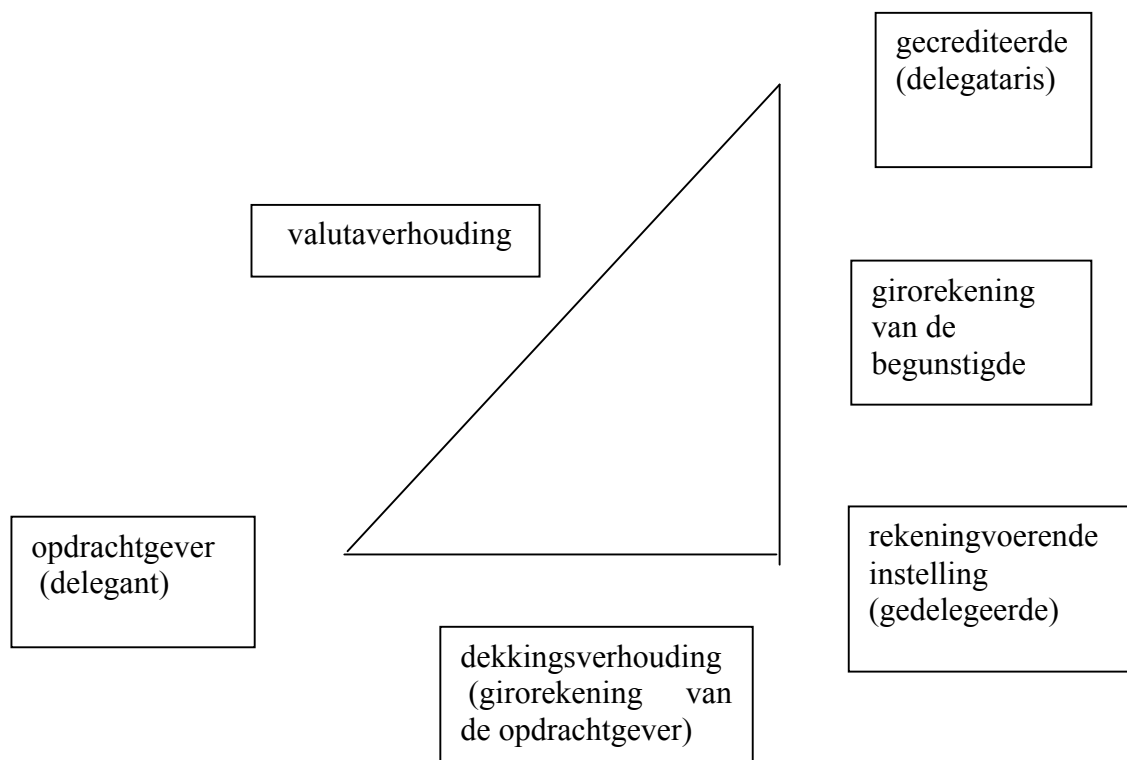
(78) De reden waarom het OGRK deze rechtsfiguur niet behandelt is wellicht dat er zeer uiteenlopende varianten en toepassingen van bestaan en verschillende daarvan reeds in internationale instrumenten geregeld zijn. Denken we onder meer aan de wisselbrief (Geneefse modelwet), de Uniform Rules and Customs on Documentary Credit (URC, sedert 2007 URC600), de kredietkaarten, e.d.m.



(77) Ook de overschrijving (giro) is m.i. een toepassing van de *delegatio solvendi*⁷⁵. Het gaat niet om een lastgeving, want de uitvoering van de door de opdrachtgever gegeven opdracht bestaat er niet in dat de bank een rechtshandeling stelt in naam en voor rekening van de opdrachtgever, maar wel dat de bank de rekening van de begunstigde crediteert, d.i. zichzelf verbindt jegens de begunstigde. De uitvoering van de giro-opdracht is dus niets anders dan het aangaan van een geldverbintenis jegens de begunstigde. Deze geldverbintenis is onafhankelijk ten aanzien van de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en begunstigde; ook wanneer er geen betaling verschuldigd was door de opdrachtgever blijft het credit op de rekening, en het is de opdrachtgever en niet de bank die krachtens de valutaverhouding (d.i. de verhouding tussen opdrachtgever en derde) kan terugvorderen. Eenmaal de creditering heeft plaatsgevonden is de daarmee aangegane geldverbintenis ook abstract ten aanzien van de dekkingsverhouding (de verhouding tussen opdrachtgever en bank).

Hieruit blijkt dat de overschrijvingsopdracht een delegatieovereenkomst vormt, en meer bepaald een *delegatio solvendi*; het is een “opdracht” in de zin van een delegatie en niet in de zin van een gewone lastgeving. De bank die de opdracht aanvaardt, gaat dus in opdracht van de opdrachtgever een (onafhankelijke) verbintenis aan, waardoor de schuld van de opdrachtgever jegens de begunstigde wordt voldaan.

⁷⁵ In vergelijkbare zin bv. R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer*, nr. 125-201; R. JANSEN, "Delegatie", in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, nr. 72-73. Zie ook Ch. WINANDY, "Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement", *Bank & Fin R* 2002-4, 187 v.



Weliswaar betreffen de schoolvoorbeelden van delegaties geldschulden die in een andere vorm worden aangegaan dan een rekeningtegoed, en waarbij het aangaan van de nieuwe schuld door de gedelegeerde de oude schuld nog niet tenietdoet (maar enkel onbeschikbaar maakt; eerst de nakoming van de nieuwe schuld doet de oude uitdoven). Maar dat belet niet dat ook de overschrijving in wezen aan de kenmerken van de *delegatio solvendi* beantwoordt. De kwalificatie als lastgeving daarentegen dateert nog uit de tijd toen de lasthebber met de zak vol goudstukken die de opdrachtgever hem meegaf, naar de bestemming trok om uit te betalen.

Bijzonder aan de overschrijving is wel dat de schuld van de bank jegens de delegant reeds tenietgaat zodra de bank de rekening van de delegataris crediteert (dus de verbintenis aangaat) en niet eerst wanneer de delegataris het rekeningtegoed zou gebruiken. De verbintenis die de bank moet aangaan én nakomen om de opdracht te volbrengen is immers de verbintenis om een rekeningtegoed ter beschikking te stellen aan de begunstigde, niet om een som geld uit te betalen.

(78) Ten slotte kan opgemerkt worden dat heel wat aspecten van de diverse betalingsinstrumenten in het Europees gemeenschapsrecht gereguleerd zijn, in het bijzonder in de betalingsdienstenrichtlijn⁷⁶. Die Richtlijn werkt evenwel de civielrechtelijke

⁷⁶ Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt,

basisregels niet uit voor de betalingsinstrumenten. Een algemene regeling daarvan in het OGRK ware daarom m.i. toch nuttig geweest.

IV. Besluit

Wat de in deze bijdrage behandelde vragen betreft, blijkt het OGRK nergens fundamenteel in strijd te zijn met het Belgische recht. Wel is het bijna overal een meer "moderne" verwoording van de rechtsregels betreffende de behandelde rechtsfiguren. In het OGRK is ook op veel grotere schaal onderzocht of een bepaalde, overgeleverde rechtsregel, een specifieke regel is voor een welbepaalde rechtsfiguur, dan wel een meer algemene regel is die dan ook best algemener wordt verwoord. Uit de ontleding van het resultaat blijkt m.i. een grote mate van inwendige coherentie in het OGRK bij de behandeling van meerpartijenverhoudingen. Natuurlijk is er nog altijd ruimte voor verbetering, had men sommige regels nog iets beter op elkaar kunnen afstemmen, of nog iets meer regels die bij één rechtsfiguur uitgewerkt zijn kunnen doortrekken naar andere rechtsfiguren waar ze evenzeer op hun plaats zijn. Maar vergeleken met de meeste nationale rechtsstelsels en zeker de Belgische wetgeving is het op deze vlakken al een enorme stap vooruit. Er ontbreken wel nog enkele relatief belangrijke rechtsfiguren (onafhankelijke delegatie; sommige vormen van rechtstreekse vordering) en over de rechtspolitieke keuze van sommige regels kan men natuurlijk van mening verschillen. Niettemin zou zelfs maar een letterlijke overname van het OGRK in het Belgische recht op de hier besproken domeinen een duidelijke meerwaarde betekenen.