

DE TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN (INBEGREPEN VERTEGENWOORDIGING) IN DE BEGINSELEN VAN EUROPEES OVEREENKOMSTENRECHT EN HET BELGISCHE RECHT

Matthias E. Storme

Buitengewoon hoogleraar KU Leuven, hoogleraar Universiteit Antwerpen
Lid Commission on European Contract law & Study Group European Civil Code

(1.) In deze bijdrage wil ik gaarne op beknopte wijze een vergelijking maken tussen het ontwerp voor een Europees overeenkomstenrecht opgesteld door de Lando-commissie¹ en het Belgische recht. Hoewel er in België nog niet bijzonder veel aandacht aan werd besteed mag ik er toch van uitgaan dat de lezer reeds gehoord heeft van deze “*Restatement*” van het overeenkomstenrecht en wil ik me op de inhoudelijke aspecten ervan concentreren, en voor de uitwendige beschrijving van de Commissie en zijn werkzaamheden naar elders verwijzen². Verder blijft deze bijdrage beperkt tot de hoofdstukken betreffende de totstandkoming in enge zin en de vertegenwoordiging, voorafgegaan door enkele algemene bemerkingen.

I. Enkele bemerkingen over de stijl van de Beginselen.

(2.) Voor een Belgische lezer valt bij lezing van de Beginselen m.i. niet zozeer een wezenlijk verschil in inhoud op, als een verschil in stijl. Al bij al zijn de oplossingen in de hier besproken hoofdstukken zelden wezenlijk verschillend van die van het Belgische recht. Maar de Beginselen hanteren vrij consequent een stijl met enkele duidelijke kenmerken.

Een eerste kenmerk bestaat daarin, dat er in de Beginselen gewerkt wordt met “operatieve” regels en niet met definities. Die laatste heeft men bewust vermeden. Aldus vindt men geen definitie van een overeenkomst, maar wel een regel die bepaalt wanneer een overeenkomst is gesloten en onder welke voorwaarden daaruit (of uit andere rechtshandelingen) er contractuele verbintenissen ontstaan (zie meer bepaald artikel 2:101 lid 1 *juncto* 2:103 en 6:101 en 6:102). Aldus vindt men er geen definitie van dwaling noch van bedrog, maar regels die bepalen onder welke voorwaarden een overeenkomst onder de noemer “dwaling” dan wel “bedrog” kan worden vernietigd (artikel 4:103 *c.q.* 4:107) of aangepast (artikel 4:105). Zo wordt een bevestigingsschrijven niet gedefinieerd, maar wordt beschreven hoe het rechtens werkt (artikel 2:210). De volmacht wordt niet gedefinieerd, wel wordt aangegeven hoe ze tot stand komt en wat de gevolgen ervan zijn (artikel 3:201 en 3:202). “*Hardship*” of “*imprevisie*” wordt niet gedefinieerd, maar er wordt wel aangegeven onder welke

¹ O. LANDO en H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, Den Haag, 2000 (met Engelse en Franse tekst). Voor de Nederlandse tekst, zie TPR 2001 en <http://www.storme.be/PECL2nl.html>.

² Zie o.m. de webstek van de Commissie op http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/ met verdere verwijzingen en bibliografie; M.W. HESSELINK & G.J.P. de VRIES, *Principles of European contract law, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor burgerlijk recht*, Kluwer 2001; C. CAUFFMAN, “Principles of European contract law - een review-artikel”, TPR 2001.

voorwaarden een heronderhandeling verplicht en aanpassing of ontbinding mogelijk is³. Er zijn op deze stijl slechts weinig uitzonderingen (bv. artikel 2:209 lid 3 bevat een definitie van algemene voorwaarden, maar ook deze staat in functie van een daaraan voorafgaande regel in artikel 2:209 lid 1 en 2). Daardoor verschillen de Beginselen van de *Code Napoléon* en ons Burgerlijk Wetboek, die vaker met definities werken (bv. artikel 1101 en v., definitie van overeenkomst en van bepaalde categorieën overeenkomst, definities van "voorwaarde", "hoofdelijkheid", "strafbeding" enz.), en meer nog van onze rechtsleer die dat in nog veel sterkere mate doet. Daarbij komt nog dat in de Frans-Belgische stijl er vaak gewerkt wordt met onjuiste definities, waarbij slechts bepaalde elementen worden opgesomd, en andere, die evenzeer noodzakelijk zijn voor de desbetreffende rechtsgevolgen, worden weggelaten - meer bepaald positiefrechtelijke elementen die niet passen in het traditioneel ideologisch beeld. Dit verschijnsel werd door rechtsvergelijkers gekwalificeerd als een synecdoché⁴ en als kenmerkend voor de Franse stijl beschouwd⁵. Zo b.v. wordt een overeenkomst steeds omschreven als een wilsovereenstemming, terwijl de *Code civil* uitdrukkelijk vier voorwaarden bedingt voor de geldigheid van een overeenkomst, en de wilsovereenstemming daar niet eens bij is (artikel 1108 B.W. vereist immers slechts de toestemming van de partij die zich verbindt, en dus geen aanvaarding van een éézijdige belofte).

Door het gebruik van operationele regels in plaats van definities komt dit verschijnsel bij de Beginselen nauwelijks voor: in de regel worden alle voorwaarden opgesomd waaraan moet zijn voldaan opdat een bepaald rechtsgevolg zou intreden. Dit geeft soms aanleiding tot sterk gelede artikelen, zo bv. artikel 2:208 (gewijzigde aanvaarding), artikel 4:103 (dwaling) of artikel 4:109 (misbruik van omstandigheden of buitensporig voordeel).

(3.) Verder zijn de Beginselen ook vrij grofmazig, zoals het Zwitserse B.W. en in zekere mate ook nog de *Code civil* (maar bv. het Duitse BGB veel minder). Niet alles wordt in detail geregeld, en vage begrippen als "redelijkheid", "eisen van de goede trouw", "gelet op de omstandigheden", "aard en strekking van de overeenkomst" worden vaak gebruikt. Maar deze begrippen zijn wel in een samenhangende structuur ingebouwd. Er is dan ook geen tegenstrijdigheid tussen het gebruik van vage begrippen enerzijds en het vermijden van "onvolledige" regels en definities anderzijds.

(4.) De Beginselen zijn in grote mate - maar niet helemaal - verlost van een reeks evolutionaire relicten, die wel nog welig tieren in ons recht. Het recht ontwikkelt zich namelijk vaak doordat men bepaalde gevallen die níet aan de regel beantwoorden toch ermee

³ Artikel 6:111 lid (2) : "Wordt de nakoming echter buitensporig bezwarend door een wijziging van omstandigheden:

(a) die plaatsvond na het sluiten van de overeenkomst;

(b) die niet van een dergelijke aard is dat er bij het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs rekening mee kon worden gehouden; en

(c) waarvoor de bezwaarde partij niet krachtens de overeenkomst het risico dient te dragen,

dan zijn partijen verplicht in onderhandeling te treden met het oog op een aanpassing of ontbinding van de overeenkomst".

⁴ P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano 1984; -, "Règles et techniques de la définition en France et en Allemagne", *R.I.D.C.*, 1984, 77 v.

⁵ Zie b.v. J.P. DAWSON, *The oracles of the law*, m.b. p. 408.

gelijkstelt door middel van ficties, vermoedens en dergelijke. Het gaat hier om een nuttige werkwijze, die vaak tot een betere regel leidt. Eenmaal de regel gevestigd is, moet men echter ook de fictie overboord gooien en de regel gewoon herverwoorden. Nationale rechtsstelsels hebben daar vaak moeite mee, en zo blijven wij opgescheept zitten met "onweerlegbare foutvermoedens" waar het om een zuiver objectieve aansprakelijkheid gaat, of met een "stilzwijgende aanvaarding" van een factuur waar het gewoon om rechtsverwerking gaat.

In de Beginselen is men daarvan ook niet helemaal verlost: zo bepaalt artikel 2:201 (3) dat "een aanbod om goederen of diensten te leveren tegen een vooropgestelde prijs, dat door een beroepsmatige leverancier in publiciteit, in een catalogus, of door de uitstalling van goederen wordt gedaan, *wordt beschouwd als* een aanbod om te leveren aan die prijs tot uitputting van de voorraad van die goederen c.q. de capaciteit van de dienstverlener om die dienst te leveren", waar men beter had kunnen zeggen dat het gewoon een aanbod *is*. Zo wordt zowel bij schijnvertegenwoordiging (artikel 3:201 lid 3) als bij bekrachtiging van een optreden van een vertegenwoordiger zonder volmacht (artikel 3:207 lid 2) nog geschreven (althans in de Engelse en Franse versie) dat een volmacht "geacht wordt" te zijn gegeven, terwijl het correcter ware te zeggen dat er een volmacht *is* die niet gebaseerd is op de rechtshandeling volmachtverlening, maar gebaseerd is ofwel op het rechtmatig vertrouwen erop, ofwel op de bevestiging⁶.

In artikel 3:209 daarentegen wordt correcter gezegd dat "*een volmacht blijft gelden tot de derde weet of behoort te weten dat (a) de volmacht door de vertegenwoordigde, de vertegenwoordiger of beiden is beëindigd; of (b) de handelingen waarvoor de volmacht was verleend voltooid zijn, of de termijn waarvoor de volmacht was verleend verstreken is; of (c) de vertegenwoordiger insolvent is geworden of, in geval van een natuurlijke persoon, gestorven is of handelsonbekwaam is geworden; of (d) de vertegenwoordigde insolvent is geworden*". Men zegt dus niet dat de volmacht slechts blijft gelden tot op het tijdstip van handelingsonbekwaamheid, beëindiging, enz., en er een schijn van volmacht blijft bestaan zolang de derde dat niet weet; men zegt gewoon dat de volmacht blijft gelden tot de derde bepaalde gegevens uit de inwendige verhouding weet of behoort te weten. "Volmacht" is immers een begrip dat de uitwendige verhouding tussen de vertegenwoordigde en de derde betreft, en het bestaan of gelden ervan kan dus niet worden bepaald aan de hand van factoren die enkel de inwendige verhouding betreffen.

Zo ook wordt het recht op ontbinding wegens wanprestatie niet meer gegrond op een "stilzwijgend ontbindend beding" (artikel 9:301), en geldt dit evenmin voor de aanpassing wegens gewijzigde omstandigheden (artikel 6:111). Met de fictie van de terugwerkende kracht wordt zo zuinig mogelijk omgesprongen (zie bv. voor de gevolgen van de ontbinding artikel 9:305 en v. en artikel 4:115 voor de gevolgen van de vernietiging van een overeenkomst).

⁶ De Nederlandse tekst van artikel 3:201 (3) is in die zin correcter: "Een schijnbare vertegenwoordiger heeft volmacht als was ze hem verleend door de vertegenwoordigde indien diens verklaringen of gedraging de derde ertoe brengen redelijkerwijs en te goeder trouw aan te nemen dat aan de schijnbare vertegenwoordiger volmacht was verleend voor de door hem verrichtte handeling."

II. De totstandkoming volgens hoofdstuk 2. van de Beginselen

(5.) De regels inzake totstandkoming van overeenkomsten, gegroepeerd in hoofdstuk 2, sluiten nauw aan bij de regels van het Weens kooprecht, voor zover het gaat om vragen die daarin geregeld zijn. Voor een inleiding op dit hoofdstuk beperk ik mij tot een viertal punten.

1. Geen vormvereisten.

(6.) Ten eerste gaan de Beginselen uit van de regel van het consensualisme in de zin van afwezigheid van vormvereisten. Dit blijkt duidelijk uit artikel 2:101 lid 1 en 2⁷. Een zekere schakering wordt aangebracht bij standaardvoorwaarden - juist: niet afzonderlijk onderhandelde bepalingen⁸ -. Ook door partijen bepaalde vormvereisten worden in hun werking beperkt, zo bv. vierhoekenbedingen⁹ en bedingen die bepalen dat een wijziging enkel schriftelijk kan gebeuren¹⁰.

2. Totstandkoming staat los van geldigheidsvoorwaarden; geen voorwerp- en oorzaakvereiste.

(7.) Ten tweede is er ook van afgestapt om andere waarborgen - zoals t.a.v. de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de overeenkomst of de bescherming van partijen - in te bouwen in de regels betreffende de totstandkoming. Nadere (beperkende) voorwaarden aan de totstandkoming van een overeenkomst, die in sommige rechtsstelsels een dergelijke functie vervullen, zoals de regels over voorwerp en oorzaak van de overeenkomst in ons recht, of het vereiste van

⁷ "(1) Een overeenkomst is gesloten indien:

(a) de partijen de wil hebben rechtens gebonden te zijn, en

(b) voldoende overeenstemming bereiken,

zonder enig ander vereiste.

(2) Een overeenkomst dient niet schriftelijk te worden gesloten of door geschrift te worden bewezen en is aan geen enkel ander vormvereiste onderworpen. Zij kan worden bewezen door alle bewijsmiddelen, getuigen inbegrepen".

⁸ Artikel 2:104 bepaalt immers: "Op bepalingen van een overeenkomst die niet afzonderlijk zijn onderhandeld, kan een partij slechts beroep doen tegen een andere partij die deze niet kende indien zij redelijke maatregelen heeft genomen om ze onder de aandacht van de andere partij te brengen voor of bij het sluiten van de overeenkomst.

(2) Een bepaling wordt niet passend onder de aandacht gebracht van een partij door een loutere verwijzing ernaar in een contractueel stuk, zelfs niet indien die partij het stuk ondertekent."

⁹ Zo bepaalt artikel 2:105 lid (2) dat "Een vierhoekenbeding dat niet afzonderlijk is onderhandeld levert slechts een vermoeden op dat partijen bedoelden dat eerdere verklaringen, verbintenissen of overeenstemmingen geen deel uitmaken van de overeenkomst. Deze regel kan niet worden uitgesloten of beperkt", en bepalen de volgende leden :

"(3) De eerdere verklaringen van partijen kunnen worden gebruikt om de overeenkomst uit te leggen. Deze regel kan niet worden uitgesloten of beperkt, tenzij door middel van een afzonderlijk onderhandeld beding.

(4) Een partij kan door zijn verklaringen of gedraging het recht verwerken een beroep te doen op een vierhoekenbeding, voor zover de wederpartij daar redelijkerwijs op heeft vertrouwd."

¹⁰ Artikel 2:106: Schriftelijke wijzigingsbedingen

"(1) Een beding in een schriftelijke overeenkomst dat iedere wijziging of beëindiging door wilsovereenstemming schriftelijk dient plaats te vinden, levert slechts een vermoeden op dat een overeenkomst tot wijziging of beëindiging niet bedoeld is om rechtens verbindend te zijn zolang ze niet op schrift is gesteld.

(2) Een partij kan door zijn verklaringen of gedrag, het recht verwerken een beroep te doen op een dergelijk beding, voor zover de wederpartij daar redelijkerwijs op heeft vertrouwd".

consideration in het Anglo-Amerikaanse recht, zijn niet te vinden¹¹. Hun functie wordt vervuld door een aantal regels betreffende de geldigheid *c.q.* nietigheid van overeenkomsten en een aantal regels betreffende de intensiteit van de verbintenissen uit overeenkomst.

Dat het voorwerpvereiste verdwenen is, is maar goed ook: dat is in ons recht toch maar een vuilbak voor een reeks uiteenlopende regels die met elkaar nauwelijks uitstaans hebben¹². De vereiste "bepaaldheid" van de inhoud van de overeenkomst wordt geregeld in artikel 2:103 lid 1, dat bepaalt: "Er is voldoende overeenstemming indien de bepalingen van een overeenkomst (a) door partijen voldoende zijn bepaald om tenuitvoerlegging van de overeenkomst mogelijk te maken, of (b) op grond van deze Beginselen kunnen worden bepaald". Daarbij moet men weten dat hoofdstuk 6 een aantal bepalingmogelijkheden behandelt, zoals de bepaling van een opengelaten prijs (artikel 6:104), de bepaling bij partijbeslissing (artikel 6:105) en de bepaling bij derdenbeslissing (artikel 6:106); een dergelijke bepalingwijze leidt niet tot nietigheid van de overeenkomst, maar wel tot een controle *a posteriori* op de redelijkheid van de bepaling door die partij of die derde. De uitsluiting van overeenkomsten met een "ongeoorloofd voorwerp" is vervangen door regels die bepalen onder welke voorwaarden een overeenkomst (volstrekt) nietig is wegens onwettigheid¹³. De onmogelijkheid van nakoming van een overeenkomst, onder meer wegens het "niet bestaan" van het voorwerp, leidt noch tot nietigheid van de overeenkomst noch tot een of andere "*caducité*", en de gevolgen ervan worden bepaald door de regels inzake contractuele aansprakelijkheid en risicoleer. In overeenstemming daarmee bepaalt artikel 4:102 (Aanvankelijke onmogelijkheid) dat "*een overeenkomst is niet ongeldig louter omdat de nakoming van de aangegane verbintenis onmogelijk is op het tijdstip waarop ze gesloten wordt, of omdat een partij niet bevoegd was te beschikken over de goederen waarop de overeenkomst betrekking heeft*".

De oorzaak als tegenprestatie (*consideration*) wordt niet gezien als een totstandkomingsvereiste, maar als een factor die de intensiteit van de verbintenissen bepaalt. Zo zal de kosteloze of bezwarende aard van de overeenkomst meespelen bij de uitleg en inhoudsbepaling van de overeenkomst (zie artikel 5:102 (c) en 6:102 (b)). De kosteloze overeenkomst is niet nietig of aan bijzondere vormvoorwaarden onderworpen, maar de eruit voortvloeiende verbintenissen zijn vaak minder intens. De weggevallen oorzaak is ofwel een probleem van dwaling, ofwel een probleem van wanprestatie en dus van contractuele aansprakelijkheid en risicoleer. En voor de ongeoorloofde oorzaak geldt hetzelfde als voor het ongeoorloofd voorwerp.

Ook de aanvaarding (en dus het tweezijdig karakter van de rechtshandeling) als een vereiste dat de totstandkoming van contractuele verbintenissen kan beperken, is niet noodzakelijk volgens de Beginselen, zoals we dadelijk nog zullen bespreken.

¹¹ Dat blijkt al uit het feit dat artikel 2:101 lid (1) duidelijk stelt dat "Een overeenkomst is gesloten indien: (a) de partijen de wil hebben rechtens gebonden te zijn, en (b) voldoende overeenstemming bereiken, *zonder enig ander vereiste*."

¹² Vgl. G. GORLA, "La teoria del oggetto del contratto nel diritto continentale", *Jus* 1953, 289 = "The theory of the object of the contract", 28. *Tulane Law Review* 1954, 442. Zie ook ZWEIGERT / KÖTZ, *An introduction to comparative law*, II, p. 7.

¹³ De desbetreffende bepalingen van de Beginselen zijn nog niet gepubliceerd.

3. Aanbod en aanvaarding; eenzijdige beloften; regels inzake kennisgeving.

(8.) Ten derde nemen de Beginselen ook afstand van de idee dat er slechts één model zou zijn voor de totstandkoming van een overeenkomst, en dus van de beperkingen die aan zo'n model inherent zijn.

Weliswaar wordt uitgegaan van aanbod en aanvaarding als "normaalttype", en worden de andere wijzen van totstandkoming slechts met een analogieregel bediend¹⁴.

Evenwel wordt de eenzijdige belofte in beginsel met een overeenkomst gelijkgesteld : de aanvaarding van een belofte is slechts een voorwaarde voor de totstandkoming van contractuele verbintenissen indien de aanvaarding een voorwaarde is van het aanbod of van de belofte (zie artikel 2:107). Strikt genomen vinden we deze regel ook in artikel 1108 van ons B.W. dat immers enkel de toestemming vereist van de partij die zich verbindt (en dus niet van de niet verbonden partij in een éénzijdige overeenkomst) - maar de meeste rechtsleer probeert deze regel van ons B.W. te verdonkeremanen. Men kan evenwel niet ontkennen dat de functie van de aanvaarding in een éénzijdige overeenkomst, voor zover er een is, een heel andere is dan in een wederkerige overeenkomst¹⁵ : in het laatste geval is de aanvaarding de belofte van een tegenprestatie, in het eerste geval houdt ze geen belofte in. In de Beginselen speelt het oude dogma van de consensus enkel nog enigszins in de bepaling van artikel 6:110 lid 3 over het beding ten gunste van derden: daar is een aanvaarding door de derde vereist om het beding onherroepelijk te maken, ook al gaat het t.a.v. die derde eigenlijk om een soort eenzijdige belofte.

(9.) De bepaling inzake het aanbod in artikel 2:201 is met name interessant omdat men er in de Europese Unie tot nu toe niet in geslaagd is om bij de vaststelling van richtlijnen inzake overeenkomstenrecht consensus te bereiken over de definitie van aanbod en dus evenmin over het tijdstip waarop de overeenkomst totstandkomt (recentelijk nog in de Richtlijn elektronische handel)¹⁶. Dat heeft voornamelijk te maken met de afgrenzing tussen voorstel en aanbod bij aanbiedingen aan het publiek. In de Beginselen is men er dan toch minstens in geslaagd om een regel te formuleren, het reeds hoger aangehaalde Aa2:201 lid 3.

(10.) Waar een aanvaarding vereist is, onderscheiden de Beginselen ook tussen verschillende vormen ervan (artikel 2:205). In het normale geval komt de overeenkomst tot stand wanneer de aanvaarding de aanbieder bereikt (ontvangstleer, zie artikel 2:205 lid 1 en 2 *juncto* artikel 1:303). Evenwel is de aanbieder reeds gebonden zodra de aanvaarding is verzonden, voor

¹⁴ Artikel 2:211 (Overeenkomsten niet gesloten door aanbod en aanvaarding): "De regels van deze Afdeling zijn van overeenkomstige toepassing wanneer de totstandkoming van een overeenkomst niet kan worden ontleed in aanbod en aanvaarding".

¹⁵ Zie hierover G. GORLA, "Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale", in *Studi in onore di Filippo Vassalli*, Utet Turijn 1960, II, 921, herdrukt in *Diritto comparato e diritto comune Europeo*, Giuffrè Milaan 1981, 211 v.

¹⁶ Zie over deze discussies M. van HUFFEL, "Le droit communautaire", in *Le consentement électronique, Actes du Colloque de Bruxelles des 23 et 24 septembre 1999*, red. B. D NAYER & J. LAFFINEUR, Centre de droit de la consommation Louvain la neuve / Bruylant Brussel 2000, p. (23) 32 v.

zover hij al niet eerder gebonden is aan zijn aanbod (de Beginselen beschouwen niet elk aanbod als gedurende een redelijke termijn bindend; op dit punt gaan ze minder ver dan het Belgische recht, zie artikel 2:202). Dat betekent dat er tussen verzending en ontvangst van de aanvaarding een "*negotium claudicans*" is, een overeenkomst die de ene partij wel reeds bindt maar de andere nog niet¹⁷. Dit verschijnsel kennen wij in ons recht ook, gezien de bindende kracht van het aanbod, maar wordt in sommige andere rechtsstelsels zoveel mogelijk tegengegaan (omdat het eigenlijk een gratis optie inhoudt). Dit *negotium claudicans* is er niet "*wanneer de wederpartij krachtens het aanbod, de tussen partijen gebruikelijke handelwijze of de gewoonte, het aanbod kan aanvaarden door het verrichten van een handeling zonder kennisgeving aan de aanbieder*", want dan is volgens artikel 2:205 lid 3 de overeenkomst gesloten op het tijdstip waarop de handeling wordt aangevat.

(11.) In het Belgische recht wordt de totstandkoming van de overeenkomst (afgezien van de nietigheden) nauwelijks wettelijk geregeld (tenzij dan in enkele bijzondere overeenkomsten, zoals de verzekeringsovereenkomst, alsmede - via het Weens kooprecht - de internationale koop). Hetzelfde kan ook gezegd worden van de algemene regels inzake de kennisgeving ("*notice*") die we in artikel 1:303 vinden. Voor de invoering van artikel 2281 B.W.¹⁸ (dat niet over de kennisgeving in het algemeen handelt, maar enkel een regeling van de schriftelijke kennisgeving bevat) werd de kennisgeving ook in onze rechtsleer overigens nauwelijks algemeen besproken; ze kwam enkel ter sprake in het leerstuk van de totstandkoming van overeenkomsten (de regels inzake aanbod en aanvaarding). Terecht hebben de Beginselen algemene regels over de kennisgeving vooropgesteld in het eerste Hoofdstuk (Algemene bepalingen), m.b. artikel 1:303. Kennisgeving is immers niet enkel een vereiste voor een aanbod of een eenzijdige belofte, maar voor omzeggens elke rechtshandeling, behalve in de zeldzame gevallen waarin deze niet ontvangstbehoevend (*réceptice*) is. Artikel 1:303 bepaalt dan ook (lid 6): "*In deze bepaling omvat "kennisgeving" de mededeling van een belofte, een standpunt, een aanbod, een aanvaarding, een verzoek, een eis of elke andere verklaring*". De overige leden van dit artikel bevatten regels die in wezen niet van het Belgische recht afwijken, maar zelden zo duidelijk zijn gesteld of verwoord¹⁹.

¹⁷ Dit blijkt uit artikel 2:202 lid (1).

¹⁸ Zie mijn bijdrage "Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen - de nieuwe wetbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving", *R.W.* 2001-2002, 433 v.

¹⁹ Artikel 1:303 (Kennisgeving):

"(1) Een kennisgeving kan geschieden op elke in de omstandigheden passende wijze, al dan niet schriftelijk.

(2) Onverminderd lid (4) en (5) heeft een kennisgeving uitwerking wanneer zij de persoon heeft bereikt aan wie ze is gericht.

(3) Een kennisgeving bereikt een persoon wanneer zij aan die persoon wordt bezorgd dan wel op zijn plaats van vestiging of postadres, dan wel, indien hij geen vestiging of postadres heeft, op diens gewone verblijfplaats.

(4) Indien een partij de andere een kennisgeving doet omwille van een tekortkoming van die andere partij of omdat zij in redelijkheid op zulke tekortkoming vooruitloopt, en deze kennisgeving is naar behoren gedaan of verzonden, dan doet een vertraging of fout bij het overbrengen of het niet aankomen ervan, geen afbreuk aan de werking van deze kennisgeving. Zij heeft uitwerking op het tijdstip waarop ze onder normale omstandigheden zou zijn aangekomen.

(5) Een kennisgeving heeft geen uitwerking indien de intrekking ervan de wederpartij eerder dan of gelijktijdig met de kennisgeving bereikt".

4. Uitdrukkingen van de vertrouwensleer.

(12.) Ten vierde kan uit de Beginselen worden afgeleid dat de wilsleer verlaten werd voor de vertrouwensleer.

Het uitgangspunt blijkt vrij duidelijk uit de bepalingen van artikel 2:102 (Wil) "*De wil van een partij om rechtens gebonden te zijn dient te worden bepaald op grond van de verklaringen en het gedrag van die partij, zoals deze door de andere partij redelijkerwijs worden begrepen*".

Zo ook moet een overeenkomst worden uitgelegd "*overeenkomstig de betekenis die redelijke personen van dezelfde hoedanigheid als partijen daaraan in dezelfde omstandigheden zouden geven*" (artikel 5:101 lid 3), tenzij een daarvan afwijkende gemeenschappelijke wil kan worden aangetoond.

Ook uit artikel 4:104 blijkt onrechtstreeks dat men uitgaat van de verklaring, zoals die in redelijkheid moet worden begrepen. Bij een fout in de verklaring of overbrenging ervan is de partij van wie ze uitgaat daar desondanks aan gebonden, tenzij de vergissing veroorzaakt is door de wederpartij, dan wel deze laatste wist of behoorde te weten van de vergissing en het in strijd was met de eisen van goede trouw om de eerste partij in dwaling te laten.

De vertrouwensleer komt m.i. nog sterker tot uiting in artikel 6:101. Lid 1 daarvan bepaalt dat "*Een mededeling door een partij gedaan voor of bij het sluiten van een overeenkomst houdt een verbintenis uit overeenkomst in indien de wederpartij ze in de gegeven omstandigheden in redelijkheid zo heeft begrepen, gelet op: (a) het belang dat de mededeling schijnbaar voor de wederpartij had; (b) het feit of de mededeling in het handelsverkeer werd gedaan; en (c) de onderscheiden deskundigheid van partijen*". Lid 2 gaat nog verder t.a.v. professionelen: "*Gaat het om een beroepsmatige leverancier die voor het sluiten van een overeenkomst voor diensten, waren of andere goederen, bij het in de handel brengen of adverteren ervan of op een andere wijze, inlichtingen geeft over de hoedanigheid of het gebruik ervan, dan houdt de mededeling een verbintenis uit overeenkomst in, tenzij is aangetoond dat de wederpartij wist of er niet onkundig van kon zijn dat de mededeling onjuist was*". Lid 3 tenslotte bepaalt dat een professioneel in beginsel ook instaat voor soortgelijke verklaringen die door zijn leveranciers zijn afgelegd²⁰.

Uit het geheel van deze bepalingen moge ook blijken dat de vraag *of* er een bindende overeenkomst of belofte tot stand is gekomen en de vraag wat de *inhoud* daarvan is, nl. welke verbintenissen tot stand zijn gekomen, in wezen dezelfde vraag is, die niet aan de hand van uiteenlopende maatstaven kan worden opgelost.

²⁰ Gaat het om dergelijke inlichtingen of andere verbintenissen vanwege een persoon die voor de beroepsmatige leverancier diensten, waren of andere goederen in de handel brengt of adverteert, of vanwege een persoon in een eerdere schakel van de distributieketen, dan houden zij een verbintenis uit overeenkomst in van de beroepsmatige leverancier zelf, tenzij deze niet wist van de inlichting of verbintenis en evenmin reden had ervan te weten.

De Beginselen wijken echter nog een stuk meer van de traditionele opvatting van de overeenkomst als wilsovereenstemming af dan uit de bovenstaande bepalingen zou kunnen worden afgeleid. Zoals onder meer Nieuwenhuis heeft gargumenteerd²¹ en ook ikzelf in meerdere bijdragen heb verdedigd²², gaat het bij de totstandkoming van overeenkomsten niet zozeer om de vaststelling van een feit (de wilsovereenstemming) als om het vaststellen van rechtsgevolgen (verbintenissen) op grond van een reeks gedragsregels. Dit komt zeer duidelijk naar voor in de (hier niet verder besproken) regels inzake wilsgebreken. Maar het blijkt ook reeds uit een aantal regels inzake totstandkoming en uitleg van overeenkomsten : het gaat er niet zozeer om of een partij iets daadwerkelijk heeft gewild, maar om de vraag wat hij mag vorderen c.q. dient na te leven, gegeven de wijze waarop hij zich heeft gedragen. Interessant vanuit dit oogpunt zijn met name de regels inzake niet-overeenstemmende aanvaarding (artikel 2:208 tot 2:210) en die inzake uitleg wanneer het gebrek aan wilsovereenstemming aan een partij bekend is (artikel 5:102 lid 2).

In artikel 2:208 gaat het om het geval waarin de aanvaarding voorwaarden bevat die afwijken van het aanbod. Zijn die niet beduidend, en is er geen verklaring van een der partijen die dit uitsluit, dan komt de overeenkomst aan de gewijzigde voorwaarden tot stand. De regel wordt niet toegepast bij algemene voorwaarden (zoniet zou het "wie laatst lacht, best lacht" zijn), waar strijdige voorwaarden elkaar juist uitsluiten en de overeenkomst gesloten is met uitsluiting van beide. Artikel 2:210 betreft het geval van een bevestigingsschrijven tussen professionelen (orderbevestiging, maar in zekere zin ook de factuur), die bij gebrek aan protest eveneens een wijziging van de overeenkomst kan inhouden, tenzij die wijziging beduidend zou zijn.

Ook artikel 5:102 lid 2 is in dit verband een bijzonder interessante bepaling. Zij luidt: "*Is aangetoond dat de ene partij de overeenkomst in een bepaalde zin begreep en de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst niet onkundig kon zijn van de wil van de eerste partij, dan dient de overeenkomst te worden uitgelegd zoals begrepen door de eerste partij*". In dat geval is de uitleg die aan de overeenkomst wordt gegeven, en waaraan men dus gebonden is, duidelijk niét het product van een wilsovereenstemming, maar veeleer een sanctie voor de partij die wéét dat de andere het verkeerd - althans anders - heeft begrepen en daar niet op ingaat. De inhoud van de overeenkomst is in die zin het gevolg van gedragsregels. Het komt er niet zozeer op aan dat er wilsovereenstemming is, maar wel dat men verplicht is om de autonomie van de wederpartij te eerbiedigen²³.

²¹ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Kluwer Deventer 1979.

²² O.m. "De bindende kracht van de overeenkomst tussen autonomie en vertrouwen", in *Liber amicorum Paul De Vroede*, Kluwer Antwerpen 1994, 1201 v.; "Het vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht", preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland 21 november 1997, *TPR* 1997, 1861 v.

²³ Zie voor verdere uitwerking en argumentatie mijn genoemde bijdrage in *TPR* 1997, (1861) 1898 v.

III. De vertegenwoordiging volgens hoofdstuk 3. van de Beginselen

1. De begrippen "uitwendige" verhouding en "vertegenwoordigingsmacht".

(13.) Het hoofdstuk over de vertegenwoordiging gaat uit van de, intussen ook in ons recht gevestigde, indeling in onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging. In beide gevallen handelt dit hoofdstuk niet over de inwendige verhouding tussen vertegenwoordigde en vertegenwoordiger. Dat is immers geen vraagstuk van vertegenwoordiging; indien deze verhouding contractueel is, zullen de rechten en plichten van partijen bepaald worden aan de hand van de algemene regels inzake overeenkomsten en de bijzondere regels volgens de bijzondere aard van de overeenkomst.

Anderzijds schuilt er toch een zekere ambiguïteit in de bepalingen, die te maken heeft met de uiteenlopende tradities inzake vertegenwoordiging in de lidstaten. Laat mij dit bespreken aan de hand van de onmiddellijke vertegenwoordiging, d.i. het geval waarin de vertegenwoordiger niet in eigen naam, maar in naam van een opdrachtgever (volmachtgever) optreedt.

In ons recht is de inwendige verhouding 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 bevoegdheid is gegeven. De derde heeft daarbij naargelang de omstandigheden een zekere onderzoekslast²⁴. In de traditionele Belgische opvatting blijft ook deze uitzondering gekoppeld aan de inwendige verhouding : er moet immers een schijn van inwendige bevoegdheid zijn. 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 intern 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 N.V. en B.V. (artikel 522 en 526 en 257-258 Wb. Venn.), het mandaat *ad litem* van de advocaat (artikel 440 lid 2 B.W.) 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.

²⁴ Zie over dit alles mijn genoemde bijdrage in *TPR* 1997, (1861).

Deze tweede uitzondering komt overeen met de algemene regel in het Duitse recht: de volmachtverlening wordt daar gezien als een abstracte rechtshandeling. 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 het product 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 volmacht²⁵. 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 hoeft hij zich, anders dan in het Belgische recht, van de eventuele inwendige nietigheidsgronden niets aan te trekken).

(14) Naast de Belgisch-Franse opvatting die geheel uitgaat van de inwendige verhouding, en de Duitse opvatting die uitgaat van de volmachtverlening als een inwendige, maar wel abstracte rechtshandeling, is er ook een derde benadering mogelijk, waarbij radicaal van de uitwendige verhouding wordt uitgegaan. In zo'n benadering gaat men uit van het rechtsgevolg - de vertegenwoordigingsmacht - en beschrijft men niet meer in regels onder welke voorwaarden de volmacht als rechtshandeling van de opdrachtgever ontstaat en eindigt, maar wel onder welke voorwaarden de macht als gebondenheid jegens de derde ontstaat en wegvalt. De Beginselen hebben duidelijk de stap gezet naar die derde benadering, maar niet altijd even consequent.

De derde benadering blijkt bv. zeer duidelijk uit artikel 3:209 (Voortduren van de volmacht). Deze bepaling zegt immers dat: *"Een volmacht blijft gelden tot de derde weet of behoort te weten dat: (a) de volmacht door de vertegenwoordigde, de vertegenwoordiger of beiden is beëindigd; of (b) de handelingen waarvoor de volmacht was verleend voltooid zijn, of de termijn waarvoor de volmacht was verleend verstreken is; of (c) de vertegenwoordiger insolvabel is geworden of, in geval van een natuurlijke persoon, gestorven is of handelingsonbekwaam is geworden; of (d) de vertegenwoordigde insolvabel is geworden"*. De "macht" eindigt dus niet door het plaatsvinden van het feit in de inwendige verhouding, maar eindigt slechts op het ogenblik waarop de derde er kennis van heeft of moest hebben. De "bevoegdheid" daarentegen eindigt ongeacht de kennis door of kenbaarheid voor de derde. De macht wordt hier zelfstandig verwoord. Zolang de derde niet weet of behoort te weten 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 de handelingsonbekwaamheid e.d.m. (en men zich zoals bij ons op schijnvertegenwoordiging moet beroepen wanneer na dat tijdstip nog gehandeld is).

(15) Bekijkt men de tekst van de Beginselen nauwkeurig, dan ziet men echter ook dat men zich niet helemaal van de Duitse opvatting heeft weten losmaken. Dat blijkt uit de verwoording van artikel 3:201 lid 3 (de Engelse tekst *"A person is to be treated as having*

²⁵ Zie bv. BGB § 173.

granted authority to an apparent agent if" wijst erop dat men in gedachte nog uitgaat van de volmachtverlening als handeling en niet van de vertegenwoordigingsmacht als resultaat), alsook uit de tegenstrijdigheid in artikel 3:209 lid 1 tussen de inleidende zin en sub (a). Dit geeft de indruk dat de vertegenwoordiger slechts een schijn van vertegenwoordigingsmacht of volmacht zou hebben, terwijl hij een échte macht heeft die op een schijnbare rechtshandeling is gegrond.

De vraag rijst of deze ambiguïteit in de verwoording van de Beginselen het risico inhoudt dat ten dele wordt teruggegrepen naar nationaal recht, zodat de toepassing van de Beginselen op dit punt geen eenvormigheid zou inhouden. Voor de inschatting hiervan moet men op de eerste plaats de verwijzingsregels inzake vertegenwoordiging voor ogen houden. Daarvoor ga ik te rade bij het Haags Verdrag inzake het toepasselijke recht op vertegenwoordiging; hoewel slechts 3 lidstaten dit geratificeerd hebben, wordt dit onderwerp immers - omwille van dit Verdrag - uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied van het E.V.O. Volgens artikel 1 lid 2 f is dit laatste niet van toepassing op "de vraag of een vertegenwoordiger zijn principaal (...) jegens een derde kan binden". In het Haags verdrag wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen twee verwijzingscategorieën:

- enerzijds de "inwendige" verhouding tussen vertegenwoordiger en vertegenwoordigde en de bevoegdheid zoals die in die verhouding geldt (artikel 5-10) , waarvoor de *lex contractus* geldt van de inwendige overeenkomst;

- anderzijds de "uitwendige" verhouding tussen de derde enerzijds en de vertegenwoordigde en/of vertegenwoordiger anderzijds (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.

In de veronderstelling dat de inwendige verhouding niet door de Beginselen wordt beheerst, en de met de derde gesloten overeenkomst wel, speelt het recht dat die inwendige verhouding beheerst als dusdanig géén rol bij de bepaling van de vertegenwoordigingsmacht en andere vragen van de uitwendige verhouding. Of de vertegenwoordiger volmacht heeft moet dan in beginsel autonoom worden bepaald, zonder dat men op enig nationaal recht kan terugvallen. Het is dus op grond van de Beginselen zelf dat moet worden bepaald of er overeenkomstig artikel 3:201 een volmacht is verleend of een toerekenbare schijn is van volmachtverlening. Wanneer men inroept dat de volmacht (vertegenwoordigingsmacht) ontbreekt omdat de verlening ervan als rechtshandeling nietig is en de derde dit wist of moest weten, dan dient dus ook de mogelijke nietigheid van de volmachtverlening in beginsel op grond van Hoofdstuk 4 van de Beginselen te worden beoordeeld. De Beginselen geven echter geen enkele aanwijzing over de vraag of de volmachtverlening hierbij als een afzonderlijke, abstracte rechtshandeling moet worden bekeken, dan wel de geldigheid ervan kan afhangen van de rechtsverhouding waarin die verlening geschiedt. Dit wordt slechts voor een deel opgevangen door lid 3 van artikel 3:201 over de schijn van volmachtverlening; immers, om de goede trouw van de derde te kunnen beoordelen moet men weten of de derde al dan niet rekening moet houden met elementen buiten de volmachtverlening zelf die de nietigheid ervan zouden kunnen meebrengen. Er is dus wel degelijk enig risico dat een Duitse jurist die de Beginselen toepast in artikel 3:201 leest dat de volmachtverlening abstract moet worden bekeken, terwijl een Belgische jurist dat niet zou doen.

2. Ratificatie en bevestiging.

(16) Zoals de meeste rechtsstelsels bepalen ook de Beginselen dat een onbevoegd in iemands naam gestelde rechtshandeling kan worden geratificeerd door de vertegenwoordigde. Dit heeft voor de derde het nadeel dat de overeenkomst gedurende een onbepaalde tijd afhangt van een nog te nemen beslissing door die vertegenwoordigde. Er is een *negotium claudicans*, en de vertegenwoordigde heeft in zekere mate de keuze om de overeenkomst al dan niet te bekrachtigen, naargelang ze nog interessant is of niet. Zijn de marktomstandigheden intussen gewijzigd, dan heeft hij eigenlijk een gratis optie. Om dit te vermijden wordt door artikel 3:208 aan de derde de mogelijkheid gegeven om de vertegenwoordigde te verplichten onverwijld stelling te nemen : *"Geven de verklaringen of gedraging van de vertegenwoordigde de derde reden om aan te nemen dat voor een handeling van de vertegenwoordiger volmacht is verleend, maar twijfelt hij aan de volmachtverlening, dan kan hij de vertegenwoordigde een schriftelijke bevestiging zenden of hem om bekrachtiging verzoeken. Indien de vertegenwoordigde niet onverwijld bezwaar maakt of het verzoek beantwoordt, geldt de handeling als was er volmacht voor verleend."* Het is een originele oplossing die als dusdanig niet te vinden is in het Belgische recht.

3. Aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger.

(17) De Beginselen brengen ook duidelijkheid over de gevallen waarin de vertegenwoordiger zelf aansprakelijk is, met name de volgende.

- Wanneer een vertegenwoordiger weliswaar bevoegd handelt, maar in naam van een nader te noemen meester, en diens naam niet binnen een redelijke termijn na een daartoe strekkend verzoek van de derde noemt, dan is hij volgens artikel 3:203 zelf verbonden. In het stelsel van de Beginselen is het zoals onder Belgisch recht immers in beginsel mogelijk om te handelen in naam van een persoon die men vooralsnog niet noemt²⁶.

- Wanneer een vertegenwoordiger handelt zonder of buiten zijn vertegenwoordigingsmacht, en er ook geen ratificatie volgt, dan is hij weliswaar niet aansprakelijk om zelf de overeenkomst na te komen, maar wel aansprakelijk voor het positief belang, en niet enkel voor het negatief belang zoals bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (zie artikel 3:204). Het gaat wel om een zeldzaam geval, omdat er geen aansprakelijkheid is wanneer de derde te kwader trouw is, maar omgekeerd bij goede trouw van de derde er normaal wél vertegenwoordigingsmacht is.

4. Belangenconflicten.

(18) Vernieuwend zijn de Beginselen verder in de regeling van belangenconflicten. Dit is heden ten dage allicht hét belangrijkste probleem op het vlak van de vertegenwoordiging, en nochtans wordt er in de literatuur over lastgeving en vertegenwoordiging nauwelijks aandacht aan besteed (tenzij dan in bijzondere domeinen zoals het vennootschapsrecht en

²⁶ Vgl. W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 148.

effectenrecht). De desbetreffende regeling in artikel 3:209 - die, het weze herhaald, enkel de uitwendige verhouding betreft - omvat drie stappen in de redenering :

- vooreerst is er de vraag of er een belangenconflict is. Dit wordt vermoed in de twee klassiek genoemde gevallen, namelijk wanneer de vertegenwoordiger met zichzelf (voor eigen rekening) contracteert of tegelijk voor beide partijen optreedt. Daarbuiten is er geen vermoeden maar kan *in concreto* nog een belangenconflict worden aangetoond;

- vervolgens zijn er de gevallen waarin de vertegenwoordigde geen recht van klagen heeft : wanneer hij heeft toegestemd in het optreden van de vertegenwoordiger of er niet onkundig van kon zijn; en wanneer de vertegenwoordiger hem het belangenconflict heeft geopenbaard en hij er niet binnen een redelijke termijn bezwaar tegen heeft gemaakt

- tenslotte heeft het conflict slechts een effect in de uitwendige verhouding wanneer de derde het kende of er niet onkundig van kon zijn.

De sanctie is, terecht, geen absolute maar een relatieve nietigheid : de vertegenwoordigde kan de voor zijn rekening gestelde rechtshandeling vernietigen.

5. Middellijke vertegenwoordiging

(19) De middellijke vertegenwoordiging wordt terecht in een afzonderlijke afdeling geregeld; de regeling betreft opnieuw enkel de uitwendige verhouding. Uit de regeling blijkt vooreerst dat het ook in de Beginselen geenszins om een vorm van simulatie gaat, althans niet op verbintenisrechtelijk vlak: de vertegenwoordiger beweert namelijk zich in eigen naam te verbinden en doet dat ook daadwerkelijk²⁷. Op zakenrechtelijk vlak kan er wel van simulatie sprake zijn - m.b.t. de eigendom van de door de middellijke vertegenwoordiger overgedragen goederen -, doch zakenrechtelijke vragen worden in beginsel niet behandeld door de Beginselen (tenzij dan de eigendom van een schuldvordering die onder de Beginselen is tot stand gekomen, zie hieronder).

Aangezien enkel de uitwendige verhouding wordt geregeld, gaat het in deze afdeling enkel om de vraag onder welke voorwaarden er een rechtstreekse vordering is van de opdrachtgever jegens de derde *c.q.* van de derde jegens de opdrachtgever.

a) De rechtstreekse vordering van de opdrachtgever jegens de derde.

(20) Wat betreft de mogelijke schuldvordering van de opdrachtgever jegens de derde verschillen de Beginselen niet zo sterk van het Belgische recht. Het gaat hier immers over de vraag of de schuldvordering die de vertegenwoordiger op de derde verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever ook door deze laatste zelf kan worden uitgeoefend. Dit is zonder twijfel het geval wanneer de schuldvordering door de vertegenwoordiger aan de opdrachtgever wordt gecedeerd. Buiten dit geval om kan de opdrachtgever deze schuldvordering naar Belgisch recht in beginsel niet zélf uitoefenen : zij staat op naam van de vertegenwoordiger. Bij nader toezien blijkt deze echter wel het bewind over de schuldvordering te hebben, maar komt de waarde ervan toe aan de opdrachtgever : een

²⁷ Zie mijn "De bescherming van de wederpartij en van het dwingend recht bij middellijke vertegenwoordiging, m.b. naamlening, in het burgerlijk procesrecht, en de betwistbare verwoording daarvan in de cassatiearresten van 25 november 1993", *Proces & bewijs* 1994, 53 met verdere verwijzingen.

trustachtige rechtsfiguur²⁸. Dit volgt uit de regel van artikel 103 Faillissementswet, waardoor bij insolventie van de tussenpersoon de schuldvordering toekomt aan zijn opdrachtgever (en dus ook door deze verder kan worden uitgeoefend). Dit kan niet worden gezien als een vorm van cessie, maar eerder als een soort "naasting" door de opdrachtgever wanneer de vertegenwoordiger definitief in wanprestatie is. De Beginselen hebben deze regel in zekere mate verruimd : het is niet noodzakelijk het faillissement af te wachten om deze schuldvordering te kunnen naasten; een wezenlijke tekortkoming door de tussenpersoon volstaat²⁹.

Nu zou men kunnen opmerken dat dit eigenlijk een regel van zakenrecht is, vermits deze ook kan worden gezien als een antwoord op de vraag wie eigenaar is van die schuldvordering. Men moet daarbij wel voor ogen houden dat het gaat om de "eigendom" van een schuldvordering die ontstaat uit een overeenkomst die door de Beginselen wordt beheerst. Uit meerdere bepalingen van de Beginselen, voornamelijk de nog niet gepubliceerde gedeelten, blijkt dat zij er impliciet van uitgaan dat de aanknopingsfactor voor de eigendom op schuldvorderingen niet de woonplaats van de schuldenaar is, zoals traditioneel in België werd aanvaard, maar de *lex contractus*, het recht waaronder de verbintenis is ontstaan. Vanuit die opvatting is het perfect mogelijk om ook het zakelijk statuut van onder de Beginselen ontstane schuldvorderingen door de Beginselen te laten regelen als een immateriële *lex rei sitae*, en gaat men het mogelijk toepassingsgebied van de Beginselen niet te buiten.

2. De rechtstreekse vordering van de derde jegens de opdrachtgever.

(21) Wat de mogelijkheden van rechtstreekse vordering van de derde jegens de opdrachtgever betreft, gaan de Beginselen wel een hele stap verder dan het Belgische recht. Dat kent die mogelijkheid namelijk in het geheel niet (behoudens het onwaarschijnlijke geval waarin de tussenpersoon zijn schuldvordering op de opdrachtgever zou cederen aan de derde; deze mogelijkheid moet echter worden beoordeeld volgens het recht dat van toepassing is op die schuldvordering, d.i. op de inwendige verhouding tussen tussenpersoon en opdrachtgever). Artikel 3:303 van de beginselen daarentegen bepaalt: "*Wordt een tussenpersoon insolvent of begaat hij een wezenlijke tekortkoming jegens de derde, of staat het voor de dag waarop nakoming verschuldigd is vast dat de tussenpersoon wezenlijk zal tekortschieten, dan: (a) moet de tussenpersoon de derde op diens verzoek de naam en het adres van de opdrachtgever mededelen; en (b) kan de derde jegens de opdrachtgever de rechten uitoefenen die hij jegens de tussenpersoon heeft, onverminderd de verweermiddelen die de tussenpersoon kan tegenwerpen aan de derde en de verweermiddelen die de opdrachtgever kan tegenwerpen aan de tussenpersoon*".

²⁸ Zie de uitwerking in mijn "Van trust gespeend ? Trusts en fiduciaire figuren in het belgisch privaatrecht", TPR 1998, 703 v.

²⁹ Artikel 3:302 (Insolventie of wezenlijke tekortkoming van de tussenpersoon jegens de opdrachtgever): "Wordt een tussenpersoon insolvent of begaat hij een wezenlijke tekortkoming jegens de opdrachtgever, of staat het voor de dag waarop nakoming verschuldigd is vast dat de tussenpersoon wezenlijk zal tekortschieten, dan:

(a) moet de tussenpersoon de opdrachtgever op diens verzoek de naam en het adres van de derde mededelen; en
(b) kan de opdrachtgever jegens de derde de rechten uitoefenen die voor zijn rekening door de tussenpersoon zijn verkregen, onverminderd de verweermiddelen die de derde kan tegenwerpen aan de tussenpersoon".

Uit de laatste zinsnede blijkt dat het hier om een soort niet-abstracte of onvolmaakte rechtstreekse vordering gaat: het recht van de derde is immers afhankelijk, niet alleen van het recht dat hij op de tussenpersoon heeft, maar ook van het recht dat de tussenpersoon heeft jegens zijn opdrachtgever.

Hierbij stel ik me wel de vraag of het hier nog wel gaat om de uitoefening jegens de opdrachtgever van de rechten die men jegens de tussenpersoon heeft. Die uitoefening geschiedt immers toch door een soort naasting van het recht van die tussenpersoon op zijn opdrachtgever. Zoals achter de meeste onvolmaakte vorderingen schuilt hierin een soort pandrecht van de derde op de schuldvordering die de tussenpersoon heeft op zijn opdrachtgever. En dat maakt de toepassing van artikel 3:303 van de Beginselen natuurlijk wel in vele gevallen problematisch, namelijk telkens wanneer die inwendige schuldvordering niet door de Beginselen wordt beheerst, omdat er in de inwendige verhouding een ander recht toepasselijk is. Die inwendige *lex contractus* bepaalt dan immers onder welke voorwaarden een dergelijke vorm van naasting of inpandgeving door de derde mogelijk is. Wanneer de inwendige verhouding beheerst wordt door Belgisch recht en de uitwendige door de Beginselen, is een rechtstreekse aanspraak van de derde op de opdrachtgever betwistbaar. Wel zal hij zich op artikel 3:303 kunnen beroepen als verweer tegen een mogelijke rechtstreekse vordering van de opdrachtgever jegens hem.

4. Besluit.

De Beginselen van Europees overeenkomstenrecht vormen zonder twijfel een originele en hedendaagse "*Restatement*" van contractenrecht, wat natuurlijk niet inhoudt dat alle bepalingen boven alle kritiek verheven zijn. Ten aanzien van het geldende Belgische recht zijn zij in veruit de meeste gevallen een stap vooruit. Vaak komt het Belgische recht in feite reeds dicht in de buurt van deze Beginselen en zijn het veeleer evolutionaire relicten en een te traditionele doctrine die de afstand van het Belgische recht ten aanzien van dat van de andere Europese landen groter maken dan ze eigenlijk is.