

**VAN TRUST GESPEEND ?
TRUSTS EN FIDUCIAIRE FIGUREN IN HET BELGISCH
PRIVAATRECHT***

M.I.V. PRIVAATRECHTELIJKE ASPECTEN VAN VERMOGENSBEHEER

Prof. Dr. Matthias E. STORME
hoogleraar KU Leuven; Universiteit Antwerpen
advocaat te Brussel

Inhoud

Inleiding (1-2)

I. Overzicht van de belangrijkste regels van Belgisch recht die problemen veroorzaken (3)

A. Zakenrechtelijke beperkingen.

1. Inleiding op de zakenrechtelijke beperkingen (4)
2. *Numerus clausus* (5)
3. Geen opsplitsing eigendomsrecht in de tijd (6)
4. Geen zakelijke rechten zonder titularis (7)
5. Beperkter karakter van de zakelijke subrogatie (o.a. *confusio nummorum*) (8-10)
6. (On)geldigheid van de zekerheidseigendom.
 - a. Beginselen (11-13)
 - b. Schakeringen (14-21) : 1° Overdracht *solvendi causa*; 2° *Leasing*; 3° Overdracht van vervangbare zaken; 4° Zui-
ver verbintenisrechtelijke constructies; 5° *Delegatio solvendi*; 6° Kantonnement; 7° Eenheid van rekening
 - c. Besluit (22-23)
 - d. Eigendomsvoorbehoud (24)
7. Nuancering bij schuldvorderingen en soortgelijke goederen (rechten in vennootschappen).
 - a. Het zakelijk statuut van schuldvorderingen in het algemeen - draagwijdte van de klassieke beginselen van zaken-
recht bij toepassing ervan op schuldvorderingen (25)
 - 1° Klassieke beginselen van ons zakenrecht (26)
 - 2° Terzijdestelling van die klassieke beginselen door “inherente” bepalingen van de schuldvordering (27)
 - 3° Overblijvende betekenis van die klassieke beginselen bij schuldvorderingen (28)
 - b. Toepassingen (29)
 - 1° Onvervreemdbaarheden en overdraagbaarheidsbeperkingen, verblijvens- en voortzettingsbedingen (30-33)
 - 2° Deelbaarheid en ondeelbaarheid (34)
 - 3° Onbeschikbaarheden (35)

* Oudere versies van deze tekst verscheen in *CBR Jaarboek* 1997-98 en nadien in *TPR* 1998.

- 4° Onbepaalde zakelijke rechten; scheiding van beheer en vermogenswaarde ? (36-37)
- c. Schakering volgens de vorm waarin de schuldvordering is gegoten (38)
- 1° Schuldvorderingen op naam (39)
- 2° Schuldvorderingen aan toonder of order (40-41)

B. Verbintenisrechtelijke beperkingen

- 1. Algemeen (42)
- 2. Begunstiging van een derde; begunstiging van een nog niet bestaande persoon (43-44)
- 3. Vormvereisten bij de schenking (45)
- 4. Dadelijk en onherroepelijk karakter van de schenking (46-47)
- 5. Beveiliging van de vrije omloop der goederen (48)
 - a. Beperkingen aan onvervreemdbaarheidsbedingen - algemeen.
 - 1° Algemene regel en uitwerking (49)
 - 2° Minder verregaande beperkingen (50)
 - 3° Verstrenging bij beschikkingen om niet (verbod van beschikkingen over de hand) (51)
 - 4° Gevolgen van geldige bedingen : nog geen zakelijke werking (52)
 - b. Beperkingen aan onvervreemdbaarheidsbedingen - schuldvorderingen (53-55)
 - c. Vergelijkbare bedingen (56)
- 6. Beperking in de tijd van alle rechten (57)
- 7. Herroepbaarheid van volmachten uitsluitend in het belang van één enkele lasthebber ? (57 bis)
- 8. Bescherming van schuldeisers (58)

C. Erfrechtelijke beperkingen

- 1. Verbod van overeenkomsten over niet opengevallen nalatenschappen (59-59 ter)
- 2. Recht op voorbehouden erfdeel - *in natura* (60)
 - a) Betroffen beschikkingen / goederen (60 bis-quater)
 - b) Gevolgen (60 quinquies-62)
- 3. Inbrengverplichting (63)
- 4. Beperking van het testamentair bewind (63 bis)

D. Huwelijksgoederenrechtelijke en vergelijkbare beperkingen (64)

E. Wettelijke naastingsrechten (65)

F. Vennootschapsrechtelijke beperkingen (66-67)

G. Slotbemerking (68)

II. Overzicht van “fiduciaire” rechtsfiguren - andere dan zekerheidsmechanismen - naar Belgisch recht (69)

A. Vennootschap met rechtspersoonlijkheid - de begunstigde is aandeelhouder (70-78)

B. Vereniging en stichting met rechtspersoonlijkheid (79)

C. De eigendom berust bij de beheerder : *fiducia cum amico*; de begunstigde is al dan niet louter schuldeiser.

1. Beginsel, toepassingen, kwalificatie (80-82)
2. Mogelijke privaatrechtelijke gevolgen : voordelen (83)
3. Mogelijke privaatrechtelijke gevolgen : nadelen (84-85)
4. Versterking van de positie van de begunstigde.
 - a. Mechanismen met zakelijke werking.
 - 1° Zakelijk recht van de begunstigde (86-88)
 - 2° Zakelijke werking van een ontbindende voorwaarde (89-90)
 - 3° Zakelijk recht van de certificaathouder (90)
 - 4° Klassieke zakelijke zekerheidsrechten (91)
 - b. Andere mechanismen.
 - 1° Publiekrechtelijk toezicht (92)
 - 2° Privaatrechtelijke, quasi-vennootschapsrechtelijk toezicht (93)
 - 3° Verplichting tot onderbrenging in afzonderlijke rechtspersonen (94)
 - 4° Verbod van beheerseigendom (95)

D. De begunstigde is volle eigenaar, de fiduciaris louter (middellijk) vertegenwoordiger (96)

1. Beginselen en vormen van vertegenwoordiging (97-99)
2. Nadere bespreking van de rechtsgevolgen; voordelen en beperkingen
 - a. Omvang van de bevoegdheid van de middellijke vertegenwoordiger (100)
 - b. Rechtstoestand van de opdrachtgever en diens schuldeisers (101-104)
 - c. Rechtstoestand van de vertegenwoordiger (105)
 - d. In beginsel geen zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (106-111)
 - d. Certificering van onroerend goed via middellijke vertegenwoordiging (112)
3. Nadere ontleding van het statuut van de vordering op de derde, die de vertegenwoordiger verwerft.
 - a. De rechtsregels (113)
 - b. Hun verklaring (114-122)
4. De kwaliteitsrekening.
 - a. Mogelijke kwalificaties (123-128)
 - b. Nadere regels en gevolgen (129-136)

E. Bijkomende regels wanneer de begunstigden mede-eigenaars zijn (137)

1. Soorten mede-eigendom.
 - a. Vrije en gebonden mede-eigendom (138)
 - 1° Gevolgen van gebonden mede-eigendom (139-141)
 - 2° Gevolgen van vrije mede-eigendom (onverdeeldheid) (142-143)
 - b. Mede-eigendom van afzonderlijke goederen en mede-eigendom van een geheel van goederen (gezamenhandse eigendom) (144-145)
2. Mede-eigendom met afgescheiden vermogen nader bekeken (146)
 - a. Verhaalbaarheid van schulden (147)
 - 1° Gemeenschapsschuldeisers (148-149)
 - 2° Eigen schulden van de mede-eigenaars (150)

- b. Veralgemeende zakelijke subrogatie (151)
- c. Andere kenmerken van de mede-eigendom met afgescheiden vermogen (152-157)

F. Enkele bijzondere vormen van begunstigingsbewind over de nalatenschap.

III. Belgisch internationaal privaatrecht.

A. De verwijzingsregels

- 1. Inleiding : binnenlandse tegenover internationale verhoudingen.
- 2. Verbintenissenrecht
 - a. Overeenkomstenrecht (159-161)
 - b. Onrechtmatige daad (162)
- 3. Zakenrecht en erfrecht
 - a. Algemeen (163-167)
 - b. Schuldvorderingen
 - 1° Algemeen (schuldvorderingen op naam) (168-170)
 - 2° Schuldvorderingspapieren (171-172)
 - c. Zakenrechtelijke waardepapieren (173)
 - d. Onlichamelijke aandelen in een afgescheiden vermogen (174)

B. Privaatrechtelijke gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch recht.

- 1. Gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch erfrecht
 - a. Voor testamentaire beschikkingen (175)
 - b. Voor eerdere handelingen onder levenden van de erflater (176)
- 2. Gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch zakenrecht
 - a. Algemeen (177)
 - b. De herkwalficatie (178)
 - 1° Vb. goederen die onder het bewind van een *trustee* werden geplaatst (179-180)
 - 2° Vb. buitenlands administratiekantoor (181))
 - 3° Vb. kwaliteitsrekening (182)

IV. Besluit : in welke mate bestaan er *trusts* in het Belgische recht ? (183-185)

Inleiding.

(1) België is wellicht één van de landen waarin de *trust* en *fiducia* tot nu toe het minst zijn gereciperd (of misschien juister : herleefd), althans als men op de benamingen zelf voortgaat*. Immers, de *trust* is maar een bijzondere Engelse vorm van een meer algemene pan-europese traditie, die ook op het vasteland steeds heeft bestaan, zij het minder uitgesproken¹. In deze bijdrage wil ik aantonen dat er zelfs naar Belgisch recht onder andere namen meer *trust*figuren zijn dan men denkt, en dat het wiel niet opnieuw moet worden uitgevonden. Meerdere figuren komen dicht in de buurt, andere nemen bepaalde taken van de *trust* waar maar verschillen er rechtstechnisch grondiger van. Ook kunnen sommige toepassingen van de *trust* worden verwezenlijkt door klassieke rechtsfiguren uit ons eigen rechtstelsel, zonder dat wij daarvoor een *trust* nodig hebben, waar het Anglo-Amerikaanse recht dat niet kan (bv. omwille van de enge leer van de *privity of contract*). Andere toepassingen zijn dan weer niet mogelijk.

(2) Het eerste deel van deze bijdrage behandelt de belangrijkste mogelijke - en grotendeels ook werkelijke - hindernissen voor het gebruik van *trust*achtige figuren in het Belgische recht. Het tweede deel geeft een overzicht gegeven van de rechtsfiguren van Belgisch recht die analoge taken kunnen vervullen als de *trust*². Het derde deel behandelt vragen van internationaal privaatrecht.

* Het is wellicht nuttig de omschrijving van de *trust* in het Haags Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en op de erkenning van trusts, art. 2 te herhalen, nl. "rechtsbetrekkingen die in het leven worden geroepen wanneer de goederen onder de macht van een *trustee* worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel" met volgende kenmerken : "a. de goederen van de *trust* vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de *trustee*; b. de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de *trust* staat ten name van de *trustee* of ten name van een ander voor rekening van de *trustee*; c. de *trustee* heeft de bevoegdheid en de plicht terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de *trust* en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de *trust* te besturen en te beheren of erover te beschikken".

¹ Vgl. P. GLENN, "The historical origins of the trust", in *Aequitas and Equity : Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Hebrew University Jerusalem 1997, (749) 775.

² Zie voor een aftasting van het Belgisch recht op de mogelijkheden tot integratie van de *trust* ook J.-L. JEGHERS, *R. Not. B.*, 1991, p. 311 v.; voor een concreet ontwerp mijn bijdrage "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van een *trust*achtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *R.W.*, 1996-97, 137 v. = "La confiance est bonne, mais un *dual ownership* est préférable. Onze éléments essentiels à prendre en considération lors de l'introduction d'une figure similaire au trust ou contrat fiduciaire en droit belge", in *Le trust et la fiduciaire / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Bruylant Brussel 1997, p. 277 v.

I. Overzicht van de belangrijkste regels van Belgisch recht die problemen veroorzaken.

(3) Wezenlijk voor een *trust*achtige figuur is een rechtsverhouding waarbij het beheer van goederen aan één partij is toevertrouwd, doch de vermogenswaarde ervan aan één of meer anderen dient toe te komen. Het vorm geven aan een dergelijke constructie - wat uiteenlopende redenen kan hebben, die hier niet stelselmatig worden onderzocht - botst op een aantal regels van Belgisch privaatrecht, die de grenzen bepalen waarbinnen dit mogelijk is. De beperkingen zijn vooral te vinden in het zakenrecht, in het verbintenissenrecht, in het erfrecht, en in het vennootschapsrecht.

A. Zakenrechtelijke beperkingen.

1. Inleiding op de zakenrechtelijke beperkingen.

(4) Vooraleer te wijzen op de zakenrechtelijke regels en beginselen die bijzondere hindernissen zijn voor de vormgeving van *trust*achtige figuren, is het goed even te wijzen op de grondvereisten die ons recht stelt voor de overdracht van goederen (en vestiging van beperkte zakelijke rechten).

Ons recht vereist met name dat er aan de overdracht een geldige verbintenis ten grondslag ligt (“titel”). Het moet echter niet noodzakelijk om een koop en dergelijke gaan; anders dan de zekerheidsovereenkomst (waarover verder meer) vormt de beheersovereenkomst in beginsel ook een geldige titel voor eigendomsoverdracht.

Verder vereist de overdracht ook een levering in juridische zin, doch deze kan in beginsel *solo consensu* geschieden (althans tussen partijen, een levering die niet ook “gepubliceerd” is beschermt de verkrijger in beginsel niet tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder noch tegen verkrijging door latere verkrijgers te goeder trouw en soms zelfs niet tegen verkrijging door latere verkrijgers te kwader trouw).

Tenslotte vereist de overdracht ook dat de vervreemder bevoegd was om aldus over het goed te beschikken, behoudens de gevallen waarin derde-verkrijgers beschermd worden tegen beschikkingsonbevoegdheid (waartoe in beginsel goede trouw vereist is alsmede aan een aantal andere voorwaarden moet zijn voldaan). Beschikkingsonbevoegdheid vloeit meestal voort uit het feit dat men niet volwaardig eigenaar is van de goederen; ze kan ook voortvloeien uit beslag of samenloop, uit bepaalde vormen van mede-eigendom, enzovoort.

Deze vereisten moet men in zijn achterhoofd houden bij de ontleding van fiduciaire rechtsfiguren.

2. Numerus clausus.

(5) De *trust* is in het Belgische recht op de eerste plaats een zakenrechtelijk (en geen verbintenissenrechtelijk) probleem, omwille van de *numerus clausus* van zakelijke rechten. Het is hier niet de plaats om de voor- en nadelen van dit beginsel te ontleden, maar op één voordeel wens ik te wij-

zen : de beperking van de transactiekosten voor de verkrijger *in spe*, die op die manier niet in elk geval afzonderlijk nauwkeurig onderzoek moet doen naar de precieze beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar-vervreemder. De *numerus clausus* houdt dus onder meer ook in dat de beschikkingsbevoegdheid over eigen goederen (anders dan vertegenwoordigingsbevoegdheid) niet bij overeenkomst kan worden beperkt - wel kan er een verbintenis worden aangegaan om niet te vervreemden, maar die maakt niet beschikkingsonbevoegd, m.a.w. heeft geen zakelijke werking (vgl. uitdrukkelijk § 137 BGB, zie verder onder nr. 52 voor uitwerking). Een zakenrechtelijke beperking kan enkel voortvloeien uit erkende rechten met zakelijke werking.

Nu mag men de betekenis daarvan niet overschatten: de onmogelijkheid om nieuwe zakelijke rechten te scheppen is geen grondwettelijk of supranationaal beginsel, maar betekent alleen dat nieuwe zakelijke rechten niet door private partijen in het leven kunnen worden geroepen, maar slechts door middel van een rechtsregel (dus ofwel door de wetgever, ofwel door een jurisprudentiële regel ter uitlegging van het recht). De *numerus clausus* houdt in dat rechten slechts zakelijke werking kunnen hebben voor zover dit door het recht (de wet) wordt erkend, en de wilsautonomie dus geen betrekking heeft op het scheppen van niet erkende zakelijke rechten.

De regel van de *numerus clausus* gaat niet zover dat er in het geheel geen marge is voor partijen om de inhoud van het zakelijk recht (de afbakening van bevoegdheden tussen eigenaar en zakelijk gerechtigde) nader te regelen. Wel zijn er bepaalde grenzen aan wat in de vorm van een zakelijk recht kan worden gegoten. De bespreking daarvan gaat het kader van deze bijdrage te buiten.

Ook is het aantal rechten met zakelijke werking in ons recht langer dan doorgaans wordt gedacht. De *numerus clausus* verhindert niet dat er in ons recht een aantal toestanden zijn die traditioneel niet als aparte zakelijke rechten worden beschouwd, maar toch een zakelijke werking hebben. Diegene daarvan die enige gelijkenis vertonen met fiduciaire rechtsfiguren (bewindsfiguren, maatschap, stille vennootschap) komen verder ter sprake.

Buiten de zopas genoemde mogelijkheden kan het eigendomsrecht niet worden beperkt op zakenrechtelijke wijze (d.i. met gelding *erga omnes*). Dit houdt ook verband met de bekommernis van ons recht om het verkeer van en de beschikking van goederen zo weinig mogelijk te beperken. Deze bekommernis komt ook tot uiting in een reeks verbintenisrechtelijke regels (zie verder onder B.).

Traditioneel komt men meer bepaald tot het besluit dat er in het Belgische recht geen *trust* mogelijk is, omdat wij geen onderscheid zouden kennen dat vergelijkbaar is met dat tussen *legal title* en *beneficial title* (ook *equitable interest* genoemd). We zullen verder zien dat dit moet worden geschakeerd.

3. Geen opsplitsing eigendomsrecht in de tijd.

(6) De *numerus clausus* brengt ook mee dat men geen eigendom kan overdragen voor een bepaal-

de tijd, tenzij in de vorm van een beperkt zakelijk recht (bv. opstalrecht)³. Vandaar dat een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed voor een bepaalde tijd van rechtswege gekwalificeerd moet worden als een verbintenis tot vestiging van vruchtgebruik voor die tijd, met voorbehoud van naakte eigendom⁴.

Wat echter wel mogelijk is, is overdracht onder ontbindende voorwaarde (het overlijden van een persoon kan echter nooit een voorwaarde vormen, maar enkel een termijn, aangezien het een zekere gebeurtenis is; wel een mogelijke voorwaarde is bv. het vooroverlijden van één persoon ten aanzien van een ander, zoals we dat bv. vinden in tontine-overeenkomsten). De overdracht onder ontbindende voorwaarde brengt echter geen opsplitsing van het eigendomsrecht mee : de persoon die bij verwezenlijking van de voorwaarde terug eigenaar wordt heeft geen zakelijk recht, niet zo iets als een “eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde” (in het Duits *Anwartschaftsrecht* genoemd), dat zou kunnen worden overgedragen op dergelijke wijze dat de verkrijger *pendente conditione* reeds een zakelijk recht zou verkrijgen⁵. Diegene die intussen eigenaar is, heeft de volle eigendom, en zijn bevoegdheid over de zaak te beschikken is dan ook niet beperkt. De andere partij heeft intussen géén zakelijk recht, maar slechts een persoonlijk recht dat mogelijks tot het verkrijgen van een zakelijk recht kan leiden. Een uitzondering vormt in zekere zin wel de opsplitsing van de eigendom die we vinden bij de toegelaten erfstellingen over de hand (de geoorloofde erfstellingen over de hand zoals geregeld door art. 1048 v. BW en het *fideicommiss de residuo*), die verderop nog ter sprake komen, en mogelijks bij de certificatie van aandelen en soortgelijke effecten (art. 503 en 242 VennW 1999, voorheen art. 43 *bis* en 124 *ter* VennW zoals gewijzigd bij Wet 15 juli 1998).

Beperkte zakelijke rechten daarentegen zijn altijd beperkt door een termijn (van bepaalde of onbepaalde duur) - bv. vruchtgebruik -, of voorwaarde - bv. afhankelijke rechten als pand -.

In het Anglo-Amerikaanse *common law* daarentegen bestaan er andere vormen van opsplitsing van eigendom, zij het dat er ook daar een zekere *numerus clausus* geldt (zeker wat Engeland betreft door de hervorming van de *Law of Property Act 1925*).

4. Geen zakelijke rechten zonder titularis.

(7) Zakelijke rechten kunnen slechts bestaan in hoofde van een persoon die reeds bestaat. Er kan wel een verbintenis bestaan om een nog niet bestaande persoon te begunstigen, mits deze verbintenis wordt aangegaan jegens een wel bestaande “bedinger” (zie verderop onder B.). Maar men kan geen *beneficiary* zijn van een zakelijk recht zolang men niet bestaat.

³ Vgl. H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V nr. 1255, i.h.b. C.

⁴ Vgl. art. 3:85, lid 1 NBW.

⁵ Dergelijke vergissing is wellicht geïnspireerd door het feit dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde wel als een soort verbintenis kan worden beschouwd. Eigendom onder opschortende voorwaarde is echter geen zakelijk recht.

Deze regel is vooral van belang bij overdrachten *mortis causa* : de begunstigde moet bestaan bij het overlijden van de *de cuius*. Op die regel gelden een aantal beperkte uitzonderingen, waarbij een persoon die kort nadien het leven ziet toch begunstigde kan zijn :

- *infans conceptus pro iam nato habetur* : een verwekt kind, mits het levend geboren wordt, kan begunstigde zijn vanaf de verwekking (zie bv. art. 906 BW);
- een stichting van openbaar nut kan bij worden opgericht, mits de oprichting achteraf bekrachtigd wordt op de bij wet vereiste wijze (koninklijk besluit). Bij een testamentaire stichting van openbaar nut vindt, mits ze bekrachtigd wordt, de overdracht plaats met terugwerkende kracht tot op het tijdstip van het overlijden (art. 29 *in fine* VZW-Wet).
- volgens sommigen zou ook het eigendomsrecht van een vennootschap of vereniging op de voor haar oprichting bestemde gelden (op een afgezonderde rekening) blijikbaar met terugwerkende kracht ingaan, aangezien deze gelden in geval van oprichting zouden ontsnappen aan de schuldeisers van de inbrenger⁶. Deze opvatting is zeer betwistbaar : de terugwerking geldt enkel voor de verbintenissen aangegaan ten name van de vennootschap in oprichting (zie art. 60 nieuwe VennW; zo ook art. 3 § 2 VZW-wet volgens het voorontwerp van wet).

Bij overdracht onder levenden aan een persoon die nog niet bestaat, meer bepaald een rechtspersoon in oprichting, kan de overdracht of vestiging (het rechtsgevolg) maar plaatsvinden op het ogenblik waarop deze persoon ontstaat.

Bijzondere bepalingen of bedingen kunnen wel bepalen dat de overdracht toch plaatsvindt, maar dan ten gunste van een andere persoon, indien de oprichting niet plaatsvindt binnen een bepaalde termijn (zie in dit verband bv. art. 60 (*ex-13bis*) VennW). Gaat de oprichting van een testamentaire stichting niet door, dan komen de goederen toe aan de erfgenamen.

In het Anglo-Amerikaanse recht daarentegen kan men een “*trust for purposes*” scheppen ook zonder afzonderlijke rechtspersoon, en zonder dat er een eigenlijke *beneficiary* is, terwijl die beschikking niet louter verbintenissenrechtelijk is. Wél moet er dan een “*enforcer*” zijn, die zoals de derde-bedinger bij ons de *trustee* kan verplichten de *trust*verbintenissen uit te voeren, met dien verstande dat dit in tegenstelling tot een verbintenis uit een derdenbeding wel een zekere zakelijke werking heeft.

5. Beperkter karakter van de zakelijke subrogatie (o.a. *confusio nummorum*).

(8) De belangrijkste belemmering voor een *non-discretionary trust* in het Belgische recht is evenwel de beperktere mogelijkheid om door middel van een rechtshandeling een in juridische zin afgescheiden vermogen (doelvermogen, *Zweckvermögen*, *patrimoine d’affectation*) te scheppen, figuur die m.i. twee wezenlijke kenmerken heeft, namelijk 1° een voorrang voor de schulden die uit het beheer van dat vermogen voortspruiten tegenover de begunstigden zowel als hun persoonlijke

⁶ L. SIMON, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel 1875, p. 8 nr. 11 zoals blijikbaar instemmend aangehaald door E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen. Algemene inleiding en toepassingen”, in *Inzake kwaliteit*, Kluwer Deventer 1998, (3) 12.

schuldeisers en 2° een veralgemeende zakelijke subrogatie, die het voorwerp van die voorrang (nl. het afgescheiden vermogen) nader bepaalt. Het is deze zakelijke subrogatie die maakt dat het recht op de goederen van een afgescheiden vermogen kan worden beschouwd als een (zakelijk) recht op de waarde ervan⁷. De subrogatie is een middel tot behoud van dezelfde waarde van een vermogen, ongeacht de precieze samenstelling *c.q.* het precieze voorwerp ervan⁸.

Ons recht kent wel afgescheiden vermogens met deze kenmerken, doch enkel in wettelijk georganiseerde gevallen, en kent ook zakelijke subrogatie buiten die gevallen, maar op een veel beperktere schaal.

(9) Een juridische vermogensafschieding, met een veralgemeende zakelijke subrogatie tot gevolg (waarbij bv. ook geldt dat afkomstig is van goederen uit dat vermogen, deel blijft uitmaken van dat vermogen, evenzeer als goederen die met dat geld zijn verkregen), kent ons recht in alle vormen van vereffening, d.i. telkens wanneer er een vermogensafschieding plaatsvindt met het oog op de vereffening van dat vermogen⁹. Deze gevallen worden in deze bijdrage niet nader besproken. Doch deze vermogensafschieding bestaat daarbuiten ook in een hele reeks vormen van mede-eigendom, en in beperkte mate ook daarbuiten. De uitwerking hiervan is het voorwerp van het tweede deel van deze bijdrage (II.).

In die gevallen kent de zakelijke subrogatie maar één grens meer : de *confusio nummorum*. Geld komt in ons recht noodzakelijk in volle eigendom toe aan de houder van het geld. Zelfs indien het geld materieel gesproken nog vereenzelvigbaar is, geldt het steeds als deel van het vermogen van de houder¹⁰. De uitsluiting van de zakelijke terugvordering (*rei vindicatio*) vinden we voor charitaal geld uitdrukkelijk in art. 2279 lid 3 BW, en dit ongeacht de identificeerbaarheid (zoniet was art. 2279 lid 3 een volkomen overbodige bepaling); voor muntstukken vinden we de uitsluiting van zakelijke terugvordering (*rei vindicatio*) niet uitdrukkelijk in de wet, wellicht omdat vereenzelving ervan toch uitgesloten werd geacht (ze dragen geen nummer). De *confusio nummorum* vormt, zoals de vermenging in het algemeen, een oorspronkelijke wijze van eigendomsverrijking,

⁷ De Anglo-Amerikaanse *trust* is precies ook gegrond op het onderscheid tussen de zaak als zaak en de zaak als waarde (zie B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", 14. *Oxford Journal of legal studies*, 1994, 81 v). Zakelijke zekerheidsrechten komen daar dichtbij; in vele opzichten hebben zij meer betrekking op de waarde van het goed dan op het goed zelf. Een echte *trust* veronderstelt echter wel een afgescheiden vermogen, en dus een veralgemeende zaaksvervanging.

⁸ Vgl. hierover DE PAGE & R. DEKKERS *Traité*, III nr. 513 A.

⁹ Vgl. hierover bv. N. FABER, "Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen", in D. HAYTON, S. KORTMANN e.a., *Vertrouwd met de trust*, Tjeenk Willink 1996, (195 v.) 202 v.

¹⁰ Hooguit kan men hierbij de vraag stellen of men geen onderscheid moet maken tussen enerzijds de bezitter (voor zichzelf) alsmede de houder die een recht heeft om de zaak onder zich te houden, en anderzijds de loutere "*Besitzdiener*". Dit onderscheid is bekend in het Duitse recht. "*Besitzdiener*" is diegene die een zaak houdt als louter ondergeschikte (werknemer bv.), en niet op grond van een rechtsverhouding op grond waarvan hij een subjectief recht heeft om de zaak te houden (zie hiervoor BGB § 855 en 973). Het onderscheid is bij ons niet bekend, hoewel het minstens op één plaats in ons BW wordt gevonden, nl. in art. 577-10 (onderscheid tussen "persoonlijk recht" tot bewonen en loutere "toelating" tot bewonen).

d.i. ongeacht of de persoon van wie men het geld heeft verkregen, eigenaar was.

Wanneer geld uit het afgescheiden vermogen vermengd is geraakt met geld uit een ander vermogen, dan komt er weliswaar een vordering tot teruggave in het afgescheiden vermogen terecht, doch deze vordering is een nominale vordering tot betaling van een geldsom, en de wijze waarop dit geld intussen wordt aangewend of de goederen die daarmee zouden zijn verkregen spelen geen rol. Wanneer met geld uit het afgescheiden vermogen goederen worden verworven voor eigen rekening, en niet voor rekening van dat vermogen, dan gebeurt hetzelfde.

Ook wanneer het gaat om giraal geld dat door een overschrijving en dergelijke terechtgekomen is op een rekening buiten het afgescheiden vermogen, geldt hetzelfde : de vordering uit die rekening behoort niet tot het afgescheiden vermogen, dat enkel een vordering tot terugbetaling heeft tegen de partij die het geld heeft vervreemd.

De *confusio nummorum* stopt dus elk volgrecht, en ons recht verschilt daardoor van het Anglo-Amerikaanse recht, dat wel in veel ruimere mate zakelijke subrogatie erkent (in de vorm van “*tracing*”), nl. in alle gevallen waarin de gelden of de goederen waarvoor de gelden werden verkregen, worden bestemd (*affecté*) in de vorm van een *trust*, door rechtshandeling (*express trust*) of van rechtswege (*constructive trust*). Bij ons geldt dat soort zakelijke subrogatie slechts wanneer er een wettelijk erkend afgescheiden vermogen bestaat, waarbij de gerechtigden eigenaars zijn van het geheel van de goederen voor een bepaald aandeel (vgl. verder). Daarbuiten heeft de partij die “recht” heeft op het geld, daarop slechts een loutere schuldvordering en geen zakelijk recht.

(10) Is er geen afgescheiden vermogen, dan is de zakelijke subrogatie nog veel beperkter. Zij geschiedt enkel in de wettelijk omschreven gevallen, waarmee de wet dan eigenlijk aan een ander goed dezelfde bestemming (*affectation*) geeft als het verdwenen goed¹¹. Daarbuiten wordt zakelijke subrogatie maar als regel erkend wanneer een schuldvordering rechtstreeks in de plaats komt van een goed : dan gaat in regel het recht over op die schuldvordering¹². Deze regel geldt niet wanneer het niet gaat om een schuldvordering die in de plaats komt, maar om geld of om een andere zaak die in de plaats komt van een goed (inbegrepen in de plaats van een schuldvordering). Wanneer bv. een goed wordt vervreemd, dan gaat het recht op het goed over op de vordering op de prijs; is die vordering evenwel tenietgegaan (door betaling bv.), dan is de persoon die gerechtigd was op het goed *c.q.* die schuldvordering niet meer gerechtigd op bv. een rekeningtegoed dat werd verkregen door de inning van die vordering (tenzij de vordering werd geïnd voor rekening van de begunstigde en op een kwaliteitsrekening werd geplaatst, zie verder onder II.D.4.).

6. (On)geldigheid van de zekerheidseigendom.

¹¹ H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 600.

¹² In die zin E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW*, 1993-94, 273 v. Voorbeelden van deze algemene regel vinden we in art. 747, lid 2 BW, 10 Hyp.W., 58 Landverzekeringsovereenkomstenwet 1992, 103, lid 2 FaillW., art. 7 lid 7 Monumenten- en landschappenwet 7-8-1931, en dergelijke meer.

a. Beginselen.

(11) Bij de bespreking van het probleem van de zekerheidseigendom dient men verschillende vragen uit elkaar te houden. Vooreerst kan het zijn dat de overeenkomst, waarmee partijen een zekerheidseigendom beogen, op zuiver verbintenisrechtelijk vlak ongeldig is, meer bepaald omwille van dwingende bepalingen ter bescherming van de schuldenaar zelf. Vervolgens is er ook de vraag aan welke voorwaarden, meer bepaald inzake publiciteit, moet zijn voldaan voor de tegenwerpelijkheid aan derden met concurrerende zakelijke rechten (meer bepaald of men aan de voorwaarde van “buitenbezitstelling” bij pand kan ontsnappen door het zekerheidsrecht om te dopen tot (zekerheids)eigendom). Maar tenslotte is er ook de vraag in welke mate de zekerheidseigendom past in de *numerus clausus* van zakelijke rechten, die een beginsel is van ons zakenrecht.

Welnu, dit beginsel brengt mee dat eigendom tot zekerheid in het Belgische recht zakenrechtelijk slechts mogelijk is voor zover het om volle eigendom gaat. Een bijzondere soort eigendom, die omwille van haar zekerheidsrol niet aan alle kenmerken van het eigendomsrecht zou voldoen, wordt in ons recht niet erkend. Elders is dit niet noodzakelijk zo. Zo heeft de Duitse rechtspraak reeds sedert het begin van de eeuw de zekerheidseigendom erkend en uitgebouwd tot een afzonderlijke soort eigendom, met eigen kenmerken. Het (Noord-)Nederlandse recht is oorspronkelijk het Duitse gevolgd¹³, doch deze bijzondere vorm van eigendom werd door de wetgever afgeschaft met ingang van 1 januari 1992 (inwerkingtreding Nieuw BW) en omgezet (conversie) in een bezitloos of stil pandrecht (art. 3:84 lid 3 NBW)¹⁴. De eigen kenmerken van de zekerheidseigendom, waar erkend, houden in dat het om een voorwaardelijke en afhankelijke eigendom gaat (als *accessorium* van een schuldvordering tot zekerheid waarvan zij strekt); de positie van de schuldenaar wordt daarbij vaak gekwalificeerd als “economische eigendom”. De zekerheidseigendom strekt er immers toe een onderscheid te maken tussen het recht op het goed zelf, en dat op de vermogenswaarde, juister nog, de verzilveringswaarde ervan. Bij zekerheidsoverdracht belandt het goed niet definitief in het vermogen van de verkrijger, maar slechts tot zekerheid van diens schuldvordering, waarbij de verkrijger de verplichting heeft dit goed terug over te dragen aan de vervreemder zodra de schulden (tot zekerheid waarvan de overdracht strekte) zijn betaald (en zóndig afgezien wordt van verder krediet) of bepaald is dat het goed in dat geval van rechtswege terugkeert naar de vervreemder.

(12) Een dergelijke vorm van eigendom lijkt in ons recht, zoals gezegd, niet te worden erkend. Na eerdere discussies, lijkt de meerderheid van de rechtsleer vandaag ook in die zin gevestigd, en dit

¹³ Bierbrouwerij-arrest HR 25-1-1929, *NJ* 616.

¹⁴ Art. art. 3:84 lid 3 bepaalt dat “Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed” (impliciet : maar wel van vestiging van een pand- of hypotheekrecht). Hoewel het NBW het probleem daarmee als een titelvraag lijkt te behandelen, gaat het daarbij ook in het NBW niet om een vraag van geldigheid van de titel, maar wel van niet-erkenning van een eigendom die enkel een juridische en geen economische eigendom zou zijn.

mede op grond van een cassatie-arrest van 17 oktober 1996¹⁵. In dit arrest diende het Hof van cassatie zich uit te spreken over de tegenwerpelijkheid aan de samenlopende schuldeisers van de overdrager van een zogenaamde “cessie-delegatie” (de overdracht van de schuldvordering ten titel van zekerheid werd in de overeenkomst namelijk in die termen beschreven) van bepaalde schuldvorderingen aan één bepaalde schuldeiser. De betwisting betrof enkel de schuldvorderingen die nog niet waren geïnd voor het tijdstip van samenloop (de geïnde vorderingen bestonden immers niet meer en een mogelijke verbintenis tot terugstorting was tenietgegaan door schuldvergelijking met de schuldvorderingen van de overnemer (de bank), schuldvergelijking die immers mogelijk is zolang er geen samenloop is). Aangezien het hier om schuldvorderingen ging, rees er in beginsel geen publiciteitsprobleem: de voorwaarden voor tegenwerpelijkheid aan derden voor overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen zijn immers dezelfde.

De overnemer (bank) werd door het Hof van Beroep veroordeeld tot terugbetaling van de na de samenloop geïnde bedragen. Volgens het Hof van beroep ging het om een “niet door de wet bepaalde zekerheid”, en kon deze dan ook geen rechtsgevolg hebben. Het Hof van cassatie precieerde dat een dergelijke zekerheid niet tegenwerpelijk is ingeval van samenloop, zonder evenwel te verduidelijken waarom een eigendomsrecht, dat ten titel van zekerheid is overgedragen geen door de wet bepaalde zekerheid zou kunnen zijn. Het eigendomsrecht is immers vanzelfsprekend een door de wet erkend recht. Het Hof van cassatie lijkt de motivering van het Hof van beroep te volgen waar dit stelde dat de zekerheidseigendom geen volwaardige eigendom is. Men kan inderdaad stellen dat de zekerheidsoverdracht in beginsel neerkomt op een - poging tot - opsplitsing van de eigendom, waarbij de schuldeiser de juridische eigendom verkrijgt, maar zonder dat hij de gehele positie van eigenaar overneemt. Deze redengeving sluit nauw aan bij een al ouder arrest van het Hof van beroep te Brussel¹⁶ en wordt ook uitgewerkt door een deel van de rechtsleer¹⁷. Zij sluit m.i. aan bij het hedendaagse (Noord-)Nederlandse recht (zie het hoger aangehaalde art. 3:84 lid 3 NBW).

(13) Dat het om een zakenrechtelijke vraag gaat, en niet om een verbintenisrechtelijke vraag, blijkt m.i. ook daaruit dat de beteugeling er niet in bestaat dat de verbintenisrechtelijke (zekerheids)-overeenkomst nietig is (zij vormde *in casu* overigens de rechtsgrond voor geldige inbetalinggevingen die geschieden voor het tijdstip van samenloop), maar wel dat de eigendom(overdracht) niet door de overnemer kan worden tegengeworpen aan in samenloop komende derden (of er dan geen

¹⁵ Cass. 17-10-1996, *ASLK t. Foyer culturel du Sart-Tilman*, RW 1996-1997, 1395.

¹⁶ Hof Brussel 25-5-1932, *JPA* 253.

¹⁷ I. MOREAU-MARGREVE, “Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant Brussel 1983, p. (77) i.h.b. 192, en A. VERBEKE, *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypothecken en andere zekerheden*, Mys & Breesch Gent 1994, nr. 223, herdrukt in *Vijf jaar voorrechten, hypothecken en andere zekerheden 1991-1995*, Mys & Breesch Gent 1997, I nr. 223. In het verleden werden ook andere bezwaren geopperd tegen de zekerheidscessie, die evenwel niet de doorslag lijken te geven (zie voor die bezwaren L. SIMONT, “De overdracht van schuldvordering tot zekerheid”, *Liber amicorum Frédéric Dumon*, I, p. 259 v.; P.H. DELVAUX, “La mobilisation des créances à titre de garantie”, in *La transmission des obligations*, IXes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Brussel 1980, p. (518) 546 v.).

tegenwerpelijk pandrecht is, komt zo dadelijk aan bod). Op dit punt is het Hof van beroep, dat de nietigheid uitsprak, uitdrukkelijk verbeterd door het cassatie-arrest.

Daaruit volgt ook dat de reden voor de ongeldigheid van de zekerheidsoverdracht niet ligt in regels van het verbintenissenrecht die enkel de bescherming van partijen beogen (zoals bv. art. 2078 BW), maar slechts in het zakenrecht¹⁸. Zoniet diende de beteugeling te bestaan in een nietigheid van de overeenkomst in plaats van een niet-tegenwerpbaarheid van het zakelijk recht. Dit belet niet dat de onwenselijkheid om in het zakenrecht een zekerheidseigendom te aanvaarden natuurlijk mee is ingegeven door de afweging van de belangen van de betrokken partijen.

De reden voor deze verwerping van de zekerheidseigendom is hoofdzakelijk dat men door het gebruik van de benaming "eigendom" niet meer rechten kan verkrijgen dan een pandhouder. De belangrijkste beperkingen van het recht van de pandhouder, die men aldus niet kan ontlopen, zijn het lossingsrecht van de vereffenaar (*curator* en dergelijke) - d.i. het recht om zich van het pandrecht te bevrijden en het goed in de boedel te houden door betaling van de schuld tot zekerheid waarvan het goed strekt (volgens art. 108 FaillW. 1997 nu ook van toepassing bij eigendomsvoorbehoud) - en daarmee samenhangend, dat de meeropbrengst moet worden terugbetaald aan de schuldenaar *c.q.* in de boedel moet worden gestort.

b) Schakeringen

(14) Na dit arrest rijst natuurlijk de vraag welke niet door de wet geregelde zekerheidsmechanismen hierdoor elke zakelijke werking ontberen, en welke mechanismen wél een zakelijke werking hebben. Een kort overzicht van de belangrijkste gevallen geeft ons wellicht de mogelijkheid om de regel tot besluit scherper te stellen.

1° Overdracht *solvendi causa*

(15) Vooreerst lijkt de geldigheid onbetwist van een overdracht *solvendi causa*, d.i. een inbetalinggeving. In dat geval wordt de schuldeiser volwaardig eigenaar; de inbetalinggeving strekt er wel degelijk toe het goed na de overdracht definitief in het vermogen van de verkrijger te doen vallen (en niet tijdelijk, tot na betaling van de schuld). Dit is ook het geval wanneer een schuldvordering in betaling wordt gegeven voor een bepaalde prijs. Wel kan de overnemer bedingen dat de overdrager hem vrijwaart in geval van insolventie van de gecedeerde schuldenaar (zie art. 1694 BW).

¹⁸ Zo ook I. MOREAU-MARGREVE, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. (77) 192; voor een overzicht van de verschillende argumenten tegen de zekerheidscessie, waarbij vaak art. 2078 BW aan bod komt, zie A. VERBEKE, *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypothecen en andere zekerheden*, nr. 199 v. en vooral 217 v. (herdrukt in *Vijf jaar voorrechten, hypothecen en andere zekerheden 1991-1995*, Mys & Breesch Gent 1997, I nr. 199 v. en 217 v.); J. KOKELENBERG, "Enige beschouwingen over de samenloop pand op handelszaak - waarant en fiduciaire eigendom", *TBBR* 1994, 34 v.; zie verder E. DIRIX & R. de CORTE, *Zekerheidsrechten*, derde uitgave 1996, nr. 561 v.

2° Leasing

(16) Bij de gewone financiële *leasing* vindt er geen eigendomsoverdracht plaats ten titel van zekerheid, maar gaat het toch wel om een soort zekerheidseigendom. Nu wordt de tegenwerpelijheid daarvan in geval van samenloop in het Belgische recht algemeen erkend, zodat de vraag rijst waarin de - erkende - eigendom van de *lessor* dan wel verschilt van de niet-erkende zekerheidseigendom. Welnu, in de klassieke *leasing* (driepartijenverhouding) heeft de *lessor* een volwaardig eigendomsrecht, dat niet wordt beperkt door de titel waarmee hij verkrijgt - het goed wordt immers van een derde verkregen en niet van de *lessee*; er is dan ook geen sprake van een overdracht waarbij de *lessee* zich bepaalde rechten zou hebben voorbehouden of een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde behoudt. Het eigendomsrecht van de *lessor* is verder ook overdraagbaar (weliswaar zal de verkrijger gebonden zijn door de *leasing*overeenkomst, dit op grond van de gemeenrechtelijke regels inzake huur) en niet-afhankelijk (rechtens is niet het eigendomsrecht van de *lessor* afhankelijk van zijn schuldvordering op de huurder, maar omgekeerd zijn schuldvordering afhankelijk van zijn eigendomsrecht op het goed). Het eigendomsrecht van de *lessor* is evenmin onderworpen aan een ontbindende voorwaarde; de huurder beschikt slechts over een aankoopoptie (zonder terugwerkende kracht). Het goed maakt tenslotte ook als dusdanig deel uit van het vermogen van de *lessor*, en niet enkel de verzilveringswaarde ten belope van de onbetaalde schulden van de *lessee*.

Al deze kenmerken maken dat het eigendomsrecht van de *lessor* een volwaardig eigendomsrecht is, en niet een "loutere" zekerheidseigendom. Voor zover de positie van de *lessor* dezelfde blijft bij *sale-leaseback*, zou ook in dat geval het eigendomsrecht moeten worden erkend. Hoewel het Hof van cassatie zich hierover nog niet heeft uitgesproken, gaat de gepubliceerde rechtspraak in die richting¹⁹. Men zou dus kunnen zeggen dat de "zekerheidsoverdracht" in België wel bestaat, maar dan wel precies in die gevallen waarin de overgedragen eigendom geen loutere zekerheidseigendom is.

3° Overdracht van vervangbare zaken

(17) Men zou hetzelfde ook kunnen zeggen bij eigendomsoverdracht van vervangbare zaken, inbegrepen geld (munten en bankbiljetten) (wanneer het geld op een rekening staat, gaat het niet meer om geld, maar om een vordering). Ook al wordt de eigendom ervan ten titel van zekerheid overgedragen, het gaat niet om een loutere zekerheidseigendom. Zoals hoger uitgelegd, gaat het omwille van de "vermenging" in het vermogen van de verkrijger noodzakelijkerwijs om een volwaardige eigendom²⁰. Een pandrecht is slechts mogelijk voor zover er een afscheiding plaatsvindt

¹⁹ Zo ook besliste in (Noord-)Nederland HR 19-5-1995, *Sogelease / Keereweer*, NJ 1996, 199.

²⁰ Het is dan ook in dit kader dat de zekerheidsoverdracht geregeld in art. 23 v. van de Overheidseffectenwet van 2-1-1991 moet worden begrepen (vgl. H. COLIN, "De cessie-retrocessietransactie (wet van 2 januari 1991) : een wettelijke regeling inzake fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidstelling", *RW* 1991-92, p. (1) 9 nr. 46). Sinds de wijziging bij Wet van 15 juli 1998 spreekt de tekst overigens uitdrukkelijk van een eigendomsoverdracht

tussen dat geld of die goederen en de rest van het vermogen van de houder. Voor zover de verkrijger verplicht zou zijn de som of hoeveelheid goederen terug te geven, is hij overigens ook niet verplicht dezelfde geldstukken of goederen terug te geven, maar enkel eenzelfde hoeveelheid van dezelfde soort. Intussen mag de verkrijger het geld of de goederen vervreemden, is zijn eigendom niet onderworpen aan een ontbindende voorwaarde, noch afhankelijk, en maakt het geld of goed dus in alle opzichten deel uit van zijn vermogen.

4° Zuiver verbintenisrechtelijke constructies

(18) Buiten schot blijven ook zekerheidsmechanismen gegrond op de uitwendige werking van zuiver verbintenisrechtelijke constructies, zonder dat er een overdracht of vestiging van zakelijke rechten op een schuldvordering plaatsvindt. Bij schuldvorderingen op naam²¹, zijn dergelijke mechanismen mogelijk telkens wanneer de tot zekerheid aangewende schuldvordering gewijzigd of gemoduleerd wordt in de inwendige verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar van die schuldvordering zelf, d.i. met medewerking van de schuldenaar ervan. Uit het besproken cassatie-arrest en het *numerus-clausus*-beginsel volgt enkel dat men géén andere zakelijke rechten kan scheppen op schuldvorderingen dan de wettelijk erkende (d.i. volwaardige eigendom, pand en vruchtgebruik). Maar niets belet partijen om, in plaats van de schuldvordering te cederen tot zekerheid, met de medewerking van de schuldenaar van die vordering de inhoud zelf van die schuldvordering te wijzigen of te noveren. Derden moeten dit aanvaarden om de eenvoudige reden dat schuldvorderingen maar “bestaan” zoals ze bestaan in verhouding tot de schuldenaar, en derden de schuldvordering dus noodzakelijk moeten nemen zoals ze bestaat tussen de daarbij betrokken partijen (schuldeiser en schuldenaar)²² (voorbehoud gemaakt voor de toepassing van de vertrouwensleer, en de regels inzake schuldeisersbedrog, waaronder de *actio Pauliana*). Andere voorbeelden van dit verschijnsel komen verderop in dit hoofdstuk nog aan bod.

5° *Delegatio solvendi*

(19) Zo is het mogelijk om door middel van een delegatie-overeenkomst een nieuwe verbintenis te doen ontstaan jegens de kredietverlener-(schuldeiser van de schuldeiser). Delegatie schept geen buitenwettelijke zekerheid voor de delegataris op de oorspronkelijke schuldvordering van de delegant jegens de gedelegeerde, maar doet naast de twee oude schuldvorderingen een nieuwe schuldvordering ontstaan (en maakt de oude in beginsel onbeschikbaar). Zolang de delegatie tussen delegant en gedelegeerde geldig geschiedt voor het ontstaan van de samenloop, is deze delegatie - en daarmee de onbeschikbaarheid van de oorspronkelijke vordering tussen hen - tegenwerpelijk aan

tot zekerheid. Uit die wet kunnen dan ook geen gevolgen worden getrokken voor de zekerheidsoverdracht van specifieke zaken of schuldvorderingen op naam.

²¹ Weliswaar gelden in beginsel dezelve regels bij schuldvorderingen aan toonder of order, doch slechts voor zover het papier waarin deze zijn belichaamd géén abstractie maakt van de tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen modaliteiten van de schuldvordering, en abstractie is nu precies de regel bij schuldvorderingspapieren.

²² Vgl. E. DIRIX, “Verhaalsrechten op schuldvorderingen”, in *Zekerheden- en executierecht. Actuele problemen*, Studienamiddag KU Leuven 19-11-1993, nr. 3 v.; vgl. ook E. DIRIX & K. BROECKX, *APR, Beslag*, nr. 645.

de samenlopende schuldeisers van de delegant. De delegatie treft de schuldvordering immers niet slechts uitwendig (zoals het geval is bij cessie en meestal ook bij subrogatie, alsook bij inpandgeving van of vestiging van vruchtgebruik op schuldvorderingen), maar ook in de inwendige verhouding.

6° Kantonnement

(20) Een ander belangrijk voorbeeld is het zgn. minnelijk kantonement en de varianten daarop. Het mechanisme is veilig, wanneer de som geld wordt overgedragen aan een derde, die er zich toe verbindt de som te betalen aan partij A dan wel B naargelang een bepaalde voorwaarde zich verwezenlijkt. Om tegenwerpelijk te zijn in geval van samenloop, komt het erop aan duidelijk te maken dat de derde-bewaarnemer intussen wel degelijk eigenaar is van de som. Dat vrijwaart de rechthebbende natuurlijk niet tegen het onvermogen worden van die derde²³.

7° Eenheid van rekening

(21) Zo ook zullen derden zich moeten laten tegenwerpen dat een vordering krachtens een beding tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan niet als een zelfstandige vordering geldt, maar als een onzelfstandig deel van een ondeelbaar geheel van rekeningen (bedingen van éénheid van rekening)²⁴. Ook deze ondeelbaarheid komt verderop nog ter sprake. Zij maakt het mogelijk dat elke partij zich door schuldvergelijking bevrijdt van haar eigen schulden jegens de wederpartij, ook al zijn de voorwaarden voor een wettelijke schuldvergelijking (opeisbaarheid van de eigen vordering) niet vervuld voor het ontstaan van de samenloop.

c. Besluit.

(22) Uit dit overzicht van al dan niet erkende eigendomsoverdrachten tot zekerheid kunnen we misschien afleiden aan welke voorwaarden een toegezegd recht moet voldoen om een eigendoms-

²³ Daartegen kunnen dan weer andere maatregelen worden genomen, meer bepaald de derde verplichten het geld te deponeren op een derden- of kwaliteitsrekening. Dit wordt verder in deze bijdrage besproken (nr. 123 v.).

²⁴ Vgl. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 532. Het gaat hier niet om de gevallen waarin de ondeelbaarheid betrekking heeft op de wederzijdse schulden en vorderingen van partijen, maar op schuldvorderingen die de partijen bij een overeenkomst afzonderlijk op derden zouden hebben, zoals dit bv. wordt bedongen in het kader van een tijdelijke vennootschap of andere vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Daar gaat het om iets heel anders, nl. het in gemeenschap brengen van die schuldvorderingen. De tegenwerpelijkheid daarvan aan derden, meer bepaald bij faillissement van één van de vennoten, wordt in ons recht eveneens erkend - zie Cass. 28-2-1985, *RW*, 1985-86, 997 n. E. DIRIX = *TBH* 1985, 377 = *RCJB* 1987, 571 n. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS = *JT* 1986, 578 n. F. 't KINT - maar behoeft een heel andere verklaring. Zij is gegrond op het feit dat het mede-eigendomsrecht van de vennoten ondanks de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid toch een "collectief" of "gezamenhands" karakter heeft, waardoor de vennoten geen eigenaar zijn van hun aandeel in elk der afzonderlijke goederen van de gemeenschap, maar slechts van een netto-aandeel in het geheel. Om die reden kan men de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid overigens zien als de rechtsfiguren van het Belgische recht die het meest in de buurt komen van de Anglo-Amerikaanse *trust*. Dit wordt verderop in deze bijdrage besproken.

recht te kunnen zijn. Het belangrijkste kenmerk in ons recht lijkt me het niet-afhankelijke karakter te zijn : de eigendom wordt maar erkend wanneer het goed als dusdanig in het vermogen van de verkrijger terechtkomt, en niet enkel de verzilveringswaarde ervan.

Gaat het niet om een volwaardig eigendomsrecht, dan kan de verkrijger slechts een pandrecht (bij onroerend goed hypotheekrecht) verkrijgen, maar geen juridische eigendom, en gelden ook voor het overige de regels inzake inpandgeving.

(23) Door de niet-erkenning van de zekerheidseigendom in ons zakenrecht zijn overeenkomsten die ertoe strekken een dergelijke zekerheid te vestigen, niet uitvoerbaar (voor zover natuurlijk de *lex rei sitae* het Belgische recht is). Nietig is een dergelijke overeenkomst echter geenszins²⁵, enkel niet of slechts beperkt²⁶ uitvoerbaar. Op grond van het leerstuk van de conversie van rechtshandelingen, moet evenwel worden nagegaan of een redelijke uitleg van die overeenkomst dan niet inhoudt dat partijen geacht worden een overeenkomst te hebben gesloten tot vestiging van een zekerheidsrecht dat wel wordt erkend, meer bepaald (in de meeste gevallen) tot inpandgeving (de belofte tot inpandgeving is in ieder geval vormvrij, zodat aan deze herkwalificatie geen vormvereisten in de weg staan). Voor zover die herkwalificatie geen verzwaring inhoudt van de verplichtingen van de schuldenaar, zal dit normaal het geval zijn²⁷. Evenwel kan zij er niet toe leiden dat een schuldenaar, die er zich niet toe verbonden heeft om zaken daadwerkelijk uit handen te geven (feitelijke buitenbezitstelling) daar nu toe zou zijn verplicht. Wel kan het dan zijn dat het ontbreken van de vestiging van een zekerheidsrecht in zo'n geval de schuldeiser recht geeft op ontbinding van de onderliggende kredietovereenkomst.

Een herkwalificatie als pandrecht anderzijds, maakt natuurlijk dat ook de desbetreffende dwingende bepalingen ter bescherming van de schuldenaar (bv. art. 2078 BW) van toepassing zijn.

d. Eigendomsvoorbehoud.

(24) Moeilijker is de ontleding van het eigendomsvoorbehoud. Ook het eigendomsvoorbehoud kan geen loutere zekerheidseigendom doen ontstaan. Ofwel is de verkoper volwaardig eigenaar tot de opschortende voorwaarde voor de eigendomsovergang (nl. betaling) is vervuld, ofwel is zijn eigendomsvoorbehoud in feite maar een (krachtens de wet bezitloos) pandrecht. Ondanks de bena-

²⁵ Het besproken cassatie-arrest van 17-10-1996 stelt duidelijk dat de sanctie niet de nietigheid is van de overeenkomst tot overdracht, maar de niet-erkenning van het zakelijk recht in geval van samenloop.

²⁶ De onmogelijkheid van fiduciaire cessie belet bv. niet dat uit dergelijke overeenkomst wel kan voortvloeien dat de zgn. overnemer de bevoegdheid verkrijgt om de schuldvordering te innen, althans zolang hij niet in botsing komt met samenlopende schuldeisers of andere derden die een zakelijk recht op de schuldvordering verkrijgen (een dergelijk inningsrecht heeft namelijk geen zakelijke werking, tenzij er sprake is van een pandrecht op de schuldvordering).

²⁷ Dit volgt uit de klassieke leer inzake conversie, zoals uitgewerkt door J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, 199; W. van GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, Algemeen deel*, nr. 134. Anders evenwel I. MOREAU-MARGREVE, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. (77) 183-184, die een actuele en geen louter hypothetische bedoeling van partijen vereist.

ming “eigendomsvoorbehoud” lijkt het er toch sterk op dat de positie van partijen veeleer die van een pandhouder *c.g.* eigenaar van met pand bezwaard goed betreft. In geval van faillissement van de verkoper wordt de koper beschermd - hij kan nog steeds eigenaar worden door de prijs te betalen -, wat impliceert dat hij een soort zakelijk recht moet hebben. Tenzij men “eigendom onder voorwaarde” (overeenstemmend met het Duitse *Anwartschaftsrecht*) als een afzonderlijk door ons recht erkend recht kan beschouwen - wat erg betwistbaar is - lijkt het eigendomsvoorbehoud dan ook veeleer een voorbehoud van pandrecht te zijn. Minstens in geval van faillissement blijkt de verkoper onder eigendomsvoorbehoud over niet meer rechten te beschikken dan een pandhouder (zie art. 108 FaillW 1997) (met dien verstande natuurlijk dat onder de voorwaarden van art. 101 FaillW 1997 zijn recht erkend wordt ook al zijn de goederen reeds in de macht van de koper). Wellicht is de meest nauwkeurige ontleding deze, dat nadat de goederen uit handen zijn gegeven de verkoper slechts over een volwaardig eigendomsrecht beschikt ten gevolge van de ontbinding van de verkoop, wat veronderstelt dat die ontbinding nog daadwerkelijk kan geschieden (éénmaal de goederen uit handen zijn gegeven vervalt het ontbindingsrecht bij samenloop indien het niet voordien is uitgeoefend, met uitzondering van het reclamerecht van art. 20, 5°, zesde lid HypW gedurende 8 dagen), maar voor het overige eigenlijk slechts maar over een soort pandrecht beschikt (onder de oude FaillW. over helemaal niets meer).

7. Nuancering bij schuldvorderingen en soortgelijke goederen (aandelen).

a. Het zakelijk statuut van schuldvorderingen in het algemeen - draagwijdte van de klassieke beginselen van zakenrecht bij toepassing ervan op schuldvorderingen.

(25) Kenmerkend voor de traditie van ons zakenrecht is dat de grondbegrippen uit het zakenrecht ook zijn overgedragen op onlichamelijke “goederen”, in het bijzonder schuldvorderingen²⁸. Aldus bestaat er ook een “zakenrecht” van schuldvorderingen, dat in het bijzonder de eigendom en beperkte zakelijke rechten bij schuldvorderingen bespreekt, alsook de regels inzake verkrijging en verlies van deze eigendom en zakelijke rechten. Dit deel van het zakenrecht is in onze rechtsleer niet bepaald erg ontwikkeld - kenmerkend bv. is dat de overdracht van schuldvordering nog vaak in het verbintenissenrecht wordt besproken, bij de koop, in plaats van in het zakenrecht.

Bij die overdrachtelijke toepassing op schuldvorderingen krijgen de zakenrechtelijke beginselen wel ten dele een andere betekenis, omwille van het eigen karakter van het goed “schuldvordering”.

1° Klassieke beginselen van ons zakenrecht.

(26) Deze klassieke beginselen van het zakenrecht die, zij het met de nodige aanpassingen, in beginsel ook voor schuldvorderingen gelden, zijn meer bepaald :

- de overdraagbaarheid van goederen;

²⁸ Over het karakter van “goed” (vermogensbestanddeel) van schuldvorderingen in het algemeen, zie I. PEETERS, “Derden en contracten met “zakenrechtelijke” gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen”, in *Het contract en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, p. (55) 61 v.

- de beslagbaarheid van goederen;
- de belastbaarheid van goederen met beperkte zakelijke rechten (bij schuldvorderingen met name pand en vruchtgebruik);
- de *numerus clausus* van zakelijke rechten waarvan goederen het voorwerp kunnen zijn;
- het eenheids- en specialiteitsbeginsel, krachtens dewelke zakelijke rechten in beginsel slechts betrekking kunnen hebben op afzonderlijke goederen, en niet op onzelfstandige bestanddelen van goederen, noch op feitelijke algemeenheden van goederen.

Verder kent het zakenrecht ook een publiciteitsbeginsel bij schuldvorderingen, zij het dat de vorm van de publiciteit natuurlijk een aparte is : de kennisname door de schuldenaar van de vordering, waar het bij roerende zaken om het bezit gaat en bij onroerend goed en de meeste intellectuele rechten om een inschrijving in openbare registers.

2° Terzijdestelling van die klassieke beginselen door “inherente” bepalingen van de schuldvordering.

(27) Bij de overdracht van die beginselen op schuldvorderingen wordt de betekenis ervan evenwel sterk ingeperkt of gewijzigd, omdat schuldvorderingen geen “natuurlijke” zelfstandigheid hebben, maar slechts die inhoud die tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan geldt. Schuldvorderingen hebben geen ander bestaan dan een “gelden” tussen partijen. Zij lopen niet rond op straat en zijn evenmin te vinden in de natuur. Het goed “schuldvordering” bestaat zakenrechtelijk in beginsel slechts zoals het geldt tussen partijen. Wanneer een schuldvordering tussen partijen een bepaalde inhoud heeft, bepaalde modaliteiten heeft, op een bepaalde wijze gespecificeerd is, dan werken deze bepalingen (als ze geldig²⁹ zijn) ook “zakenrechtelijk” omdat ze inherent zijn aan de “zaak” (de schuldvordering). Partijen kunnen deze inhoud door onderlinge overeenkomst in beginsel ook wijzigen zolang de schuldeiser de volle eigendom heeft van de vordering, juister nog beschikkingsbevoegd is (dus niet meer wanneer de vordering onder beslag ligt, waaronder ook het faillissement, omdat dit een soort gezamenlijk pandrecht op de schuldvordering vestigt).

Deze regels gelden minstens bij schuldvorderingen op naam (voor effecten, zie verder). Overdraagbaarheidsbeperkingen, ondeelbaarheden of onbeschikbaarheden die geldig zijn overeengekomen tussen schuldenaar en schuldeiser, zijn inherent aan het goed zelf, en werken dan ook op analoge wijze als zakenrechtelijke beperkingen. Weliswaar is de tegenwerpelijke aan derden van tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen beperkingen niet volstrekt, en worden derden te goeder trouw in zekere mate beschermd tegen op dergelijke beperkingen gegronde verweermiddelen van de schuldenaar (bv. wanneer een schuldenaar inroept dat de vordering niet overdraagbaar was), maar de regels die voor deze bescherming gelden zijn niet dezelfde als die van de bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw (daar waar de derde-verkrijger een goed verkrijgt dat bestaat van iemand die onbevoegd was daarover te beschikken, gaat het er hier om dat iemand een goed (schuldvordering) meent te verkrijgen dat als dusdanig niet bestaat).

²⁹ Bv. niet aangetast door nietigheid, door *fraus creditorum* of derde-medeplichtigheid en dergelijke.

3° Overblijvende betekenis van die klassieke beginselen bij schuldvorderingen.

(28) Dit alles betekent niet dat de genoemde zakenrechtelijke beginselen bij schuldvorderingen helemaal geen rol spelen. Zij worden slechts terzijde gesteld voor zover het gaat om een bepaling van de schuldvordering zelf (de inwendige verhouding) tussen schuldeiser en schuldenaar ervan, en niet door een bepaling buiten de schuldenaar om. Zo hebben overdrachtsbeperkingen, ondeelbaarheden of onbeschikbaarheden die niet zijn overeengekomen tussen schuldenaar en schuldeiser, maar met een derde, anders dan de inwendig overeengekomene, géén zakelijke werking (maar - mits ze geldig zijn - louter verbintenisrechtelijke). Zo kan het eigendomsrecht op een schuldvordering buiten de inwendige verhouding om slechts worden opgesplitst volgens de door het recht erkende catalogoog van zakelijke rechten, die voor schuldvorderingen in beginsel enkel pand en vruchtgebruik kent.

Wel zijn er ook nog enkele andere wijzigingen van bepaalde van die zakenrechtelijke beginselen; zo bv. kan men zaken slechts individueel in beslag nemen, terwijl een derdenbeslag (d.i. beslag op schuldvorderingen) globaal werkt : het treft níét een bepaalde schuldvordering, maar elke mogelijke beslagbare schuldvordering tussen die partijen³⁰.

b. Toepassingen

(29) Vooraleer in te gaan op het gebrek aan tegenwerpelijke dat kan voortvloeien uit de belichaming van de schuldvordering in een order- of toonderpapier, bespreken we enkele toepassingen.

1° Onvervreemdbaarheden en overdraagbaarheidsbeperkingen, verblijvens- en voortzettingsbedingen.

(30) Dit betekent bv. dat, daar waar de overdraagbaarheid van zaken niet kan worden beperkt bij overeenkomst, maar slechts bij wet, de overdraagbaarheid van schuldvorderingen in beginsel kan worden uitgesloten bij overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar van de vordering. We hebben het hier over de overdraagbaarheid, d.i. een zakenrechtelijke vraag. De vraag of een verbintenisrechtelijk overdrachtsverbod kan worden overeengekomen, wordt verderop besproken.

Wanneer de overdraagbaarheid van een schuldvordering op naam tussen partijen geldig is uitgesloten of beperkt (zij het door een uitdrukkelijk beding, dan wel als gevolg dat de wet, gewoonte of billijkheid aan de overeenkomst hecht), dan heeft dit zakelijke werking³¹. Het moet wel gaan om een beding tussen schuldeiser en schuldenaar, niet om een overeenkomst tussen de schuldeiser-

³⁰ Zie art. 1445 en 1539 Ger.W. Zie ook E. DIRIX & K. BROECKX, *Beslag*, nr. 687 v.

³¹ Een andere mogelijke opvatting is evenwel dat overdraagbaarheidsbeperkingen niet kunnen verhinderen dat een schuldeiser zijn eigendomsrecht overdraagt, maar als gevolg hebben dat de verkrijger zijn eigendomsrecht slechts via de vervreemder kan uitoefenen (die dan als een soort middellijk vertegenwoordiger het recht zal uitoefenen jegens de schuldenaar) en dus slechts een door die vervreemder vermittelde "bezit" heeft van de schuldvordering.

eigenaar en een derde (bv. bedongen in een aandeelhoudersovereenkomst of met een administratiekantoor). De regels inzake geldigheid van beperkingen zijn hier echter wel soepeler dan bij overdraagbaarheidsbeperkingen in het algemeen; zo kunnen partijen een schuldvordering *intuitu personae* laten ontstaan, zonder dat deze overdraagbaarheidsbeperking in tijd beperkt moet zijn. Wel mag de onvervreemdbaarheid niet uitsluitend voor het geval van vervreemding ingevolge beslag zijn geschreven.

(31) Vorderingen zijn van rechtswege niet-overdraagbaar indien de verbintenis *intuitu personae*, met het oog op de persoon van de schuldeiser, is aangegaan (zie art. 1122 BW) (niet te verwarren met de vraag of de schuldenaar de prestatie persoonlijk moet nakomen, dan wel ook een derde deze kan nakomen). Zo bv. worden aandelen in een maatschap vermoed *intuitu personae* te zijn, zodat de maatschap ontbonden is bij gebreke aan een verblijvens- of voortzettingsbeding (art. 1865, 1868 BW). Bijzondere regels vinden we bv. in art. 126-128 VennW voor de aandelen in een BVBA, en in art. 142 VennW voor die in een coöperatieve vennootschap. In beginsel is de niet-overdraagbaarheid echter een zaak van partijen (schuldeiser en schuldenaar) en zijn gebeurlijke wettelijke bepalingen niet dwingend (art. 126 VennW is wel eenzijdig dwingend). Soms evenwel wordt de schuldenaar op dwingende wijze beschermd tegen een afstand daarvan (en dus tegen een overdracht zonder zijn concrete toestemming), zo bv. bij vorderingen (andere de hoofdsom) uit verbruikerskrediet beneden een bepaalde waarde, zo de overeenkomst niet authentiek was verleden³².

(32) Bij aandelen rijst de vraag of de overdrachtsbeperking enkel de lidmaatschapsrechten betreft of ook de vermogenswaarde. M.i. volgt uit art. 1861 BW dat enkel de lidmaatschapsrechten getroffen zijn, met dien verstande dat ook voor de vermogenswaarde het lid beschikkingsbevoegd blijft (ook al is hij geen eigenaar) (zie verder). Voor zover ook andere schuldvorderingen kunnen worden opgesplitst in enerzijds het vermogensrecht, anderzijds de beschikkingsbevoegdheid (zie daarover verder), kan men eenzelfde redenering maken voor conventionele overdrachtsbeperkingen die daarop betrekking hebben.

(33) Uit deze beperkingen mag men niet *a contrario* afleiden dat de geldige bedingen daarom altijd tegenwerpelijk zijn aan derden, ongeacht of het aandeel op naam is of aan toonder. Integendeel zijn dergelijke bedingen in beginsel slechts tegenwerpelijk bij aandelen op naam, behoudens uitdrukkelijke wettelijke uitzonderingen (zie verder).

2° Deelbaarheid en ondeelbaarheid

(34) Het hoger genoemde beginsel betekent verder dat, daar waar het *in rerum naturae* (althans bij roerende zaken) de fysische afgrenzing van de zaak en de verkeersopvattingen zijn die maken of iets een zelfstandige zaak is (en geen louter bestanddeel) en of deze voldoende gespecificeerd is

³² Ze zijn niet overdraagbaar dan krachtens een uitdrukkelijk beding (art. 14 § 3 Wet Verbruikerskrediet) en dan nog slechts aan bepaalde categorieën overnemers (art. 25). De sanctie is evenwel de verminderbaarheid van de schuld tot de hoofdsom (art. 86 en 87).

(en niet onbepaald vermengd met andere zaken van dezelfde soort), en dus of iets voorwerp kan zijn van zakelijke rechten, het bij schuldvorderingen opnieuw de inwendige rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar is die de schuldvordering ook zakenrechtelijk als (onlichamelijk) goed bepaalt en “specificceert”.

Bedingen van ondeelbaarheid van rekeningen of andere overeenkomsten tussen twee partijen hebben dan ook de genoemde quasi-zakelijke tegenwerpelijkheid aan derden, mits zij tussen partijen (schuldeiser en schuldenaar) geldig zijn bedongen. Dit laatste lijkt te moeten worden aangenomen zodra zij niet louter “kunstmatig” zijn³³ (voor het gevolg hiervan als zekerheidsmechanisme, zie hoger).

3° Onbeschikbaarheden

(35) Gelijkwaardige gevolgen heeft ook het zgn. “onbeschikbaar” maken van een schuldvordering ingevolge een door de schuldenaar ervan aanvaarde delegatie. Schuldeiser en schuldenaar kunnen dit door het sluiten van een delegatie-overeenkomst, krachtens dewelke de schuldenaar zich verbindt jegens een schuldeiser van zijn schuldeiser (los van de eerste schuld, d.i. de volmaakte of schuldvernieuwende delegatie, dan wel binnen de grenzen van de eerste schuld, d.i. de onvolmaakte delegatie). Tot beloop van de omvang van de delegatie is de oorspronkelijke schuldvordering niet opeisbaar en bij nakoming van de delegatie-overeenkomst door de schuldenaar gaat ze geheel teniet. De verkrijger van of beslaglegger op de schuldvordering zal dit alles moeten aanvaarden.

Een kenmerkend voorbeeld is de zgn. onbeschikbaarheid van de schuldvordering die het fonds vormt van een door de schuldenaar aanvaarde wisselbrief³⁴, maar de regel is algemeen geldend bij delegatie.

Bij delegatie kan er ook geen probleem rijzen van niet-tegenwerpelijkheid wegens gebrek aan publiciteit, nu de publiciteit bij schuldvorderingen (op naam) in beginsel bestaat in de kennisname door de schuldenaar, en de delegatie eerst totstandkomt door de aanvaarding door die schuldenaar.

Wel veronderstelt ook een delegatie in beginsel dat de schuldeiser bevoegd was te beschikken over de schuldvordering die erdoor onbeschikbaar wordt.

4° Onbenoemde zakelijke rechten; scheiding van beheer en vermogenswaarde ?

(36) Het genoemde beginsel betekent tenslotte dat, daar waar bij andere goederen de eigendom slechts kan worden opgesplitst volgens de lijnen van de door het recht erkende zakelijke rechten (bij roerende zaken zijn dit naast de eigendom (en de mede-eigendom) in beginsel enkel vruchtgebruik en pand), bij schuldvorderingen het recht tussen schuldeiser en schuldenaar ook op heel an-

³³ Dit geval moet worden onderscheiden van het in gemeenschap brengen van schuldvorderingen (bv. in het kader van een maatschap of tijdelijke vennootschap) - zie daarover hoger voetnoot 23.

³⁴ J. RONSE, APR, *Wisselbrief en orderbriefje*, p. 678-679.

dere wijzen kan worden opgesplitst, zonder dat de *numerus clausus* daaraan in de weg staat, omdat het gaat om de nadere bepaling van het goed zelf. Zo is het zeer goed mogelijk dat één persoon een schuldvordering heeft onder opschortende voorwaarde en een andere een onder ontbindende voorwaarde betreffende dezelfde prestatie, daar waar het naast elkaar bestaan van eigendom onder opschortende voorwaarde en eigendom onder ontbindende voorwaarde op hetzelfde goed erg betwifelbaar is.

(37) Zo is het binnen bepaalde grenzen ook mogelijk om aandelen in vennootschappen te laten bestaan uit vermogensrechten alleen of lidmaatschapsrechten alleen, of om ze uit te geven als op die wijze opsplitsbaar³⁵. Deze mogelijkheid is onder meer relevant voor de ontleding van de kwaliteitsrekening, omdat het aldus niet uitgesloten is dat in de verhouding met de financiële instelling er meerdere rechtsverhoudingen bestaan die betrekking hebben op dezelfde geldsom, en waarbij de onderscheiden gerechtigden op verschillende wijze gerechtigd zijn (op een andere wijze dan bij de gekende beperkte zakelijke rechten zoals pand en vruchtgebruik), nl. de ene tot het beheer van het tegoed, de andere tot de vermogenswaarde.

Wat meer bepaald de mogelijke opsplitsing (met zakelijke werking) van de eigendom van een schuldvordering in enerzijds het beheer en anderzijds de vermogenswaarde betreft, zijn er meerdere voorbeelden waarbij de “schuldeiser” niet de eigenaar is van de vordering, of althans niet voor het geheel. Zo zijn er vele schuldvorderingen die zakenrechtelijk tot de huwgemeenschap behoren, maar die slechts één van de echtgenoten kan uitoefenen (zie art. 217 en 218 BW). Zo kunnen de schuldvorderingen die tot een maatschap behoren slechts worden uitgeoefend in overeenstemming met de regels voor het bestuur van die maatschap. Zo kunnen de schuldvorderingen die tot een beleggingsfonds behoren, slechts door de beheerder ervan worden uitgeoefend, ook al is hij geen eigenaar³⁶. Ook schuldvorderingen die gebeurlijk deel zouden uitmaken van een giraal effectendepot kunnen niet door de mede-eigenaars van dat depot worden uitgeoefend. Minstens in een aantal van die gevallen is dat beheersrecht ook “*konkursfest*”, d.i. bestand tegen het faillissement van een gerechtigde (wat niet het geval is bij een gewone volmacht, die immers vervalt door het faillissement van de volmachtgever). Verderop wordt nagegaan of een dergelijke *trustachtige* splitsing van de eigendom van schuldvorderingen ook in andere gevallen mogelijk is, meer bepaald bij middellijke vertegenwoordiging.

c. Schakering volgens de vorm waarin de schuldvordering is gegoten.

³⁵ Men zou zelfs uit art. 51 VennW 1999 (voorheen art. 1862 BW) kunnen afleiden dat dit van rechtswege geldt tussen aandeelhouder en vennootschap, en dat de vennootschap de afsplitsing van de vermogensrechten zelfs niet kan uitsluiten. Art. 1401, 5 BW bepaalt een dergelijke opsplitsing wanneer aandelen in een huwgemeenschap vallen. Zie hierover o.m. F. BOUCKAERT, “Huwelijksvermogensrecht en vennootschapsrecht”, in *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Mys & Breesch Gent 1994, 309 v.

³⁶ Zie verder nr. 152 v.

(38) Een belangrijke schakering moet worden aangebracht wanneer de schuldvorderingen niet op naam zijn, maar belichaamd in een waardepapier. Andere schakeringen zijn vereist bij gedematerialiseerde effecten, die hier echter niet worden besproken.

1° Schuldvorderingen op naam.

(39) De genoemde beginselen en regels gelden ten volle voor schuldvorderingen op naam. Schuldvorderingen zijn in beginsel op naam, tenzij ze in een waardepapier aan order of toonder zijn belichaamd. Bij dergelijke schuldvorderingen zijn de tussen de schuldenaar en de oorspronkelijke schuldeiser overeengekomen beperkingen van de overdraagbaarheid, deelbaarheid en beschikbaarheid van de schuldvordering en opsplitsingen van de schuldvordering dus in beginsel tegenwerpelijk aan derden, met inbegrip van de overnemers van de schuldvordering en de samenlopende schuldeisers, en in die zin “zakelijk” werkend³⁷.

Bij aandelen en obligaties houdt de vereiste dat ze “tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen” zijn in, dat ze in de statuten *c.q.* uitgifte-akte zijn opgenomen (een aandeelhoudersovereenkomst is daartoe dus niet voldoende)³⁸. Ook de overeenkomst met een administratiekantoor, waarmee bij certificatie van aandelen bedongen wordt dat het administratiekantoor deze niet kan overdragen, heeft in beginsel nog geen zakelijke werking (tenzij de wet dit zou bepalen; art. 503 § 1 lid 5 en 242 § 1 lid 6 VennW 1999 - voorheen 43 bis § 1 lid 5 en 124 ter § 1 lid 6 VennW ingevoegd bij W. 15-7-1998 - zijn op dit punt onduidelijk).

2° Schuldvorderingen aan toonder of order

(40) Met instemming van de schuldenaar kan men schuldvorderingen op naam ook belichamen in een waardepapier en aan order of toonder stellen. Dit is slechts anders wanneer de vordering niet overdraagbaar is krachtens dwingende bepalingen waarvan de schuldenaar op het ogenblik van de belichaming nog geen afstand kon doen³⁹.

³⁷ Onder bijzondere omstandigheden zullen de inwendige beperkingen op grond van het vertrouwensbeginsel niet tegenwerpelijk zijn aan derden, namelijk indien de derde rechtmatig op de afwezigheid van dergelijke beperking mocht vertrouwen, wat in beginsel vereist dat dit vertrouwen aan de schuldenaar van de schuldvordering kan worden toegerekend (Regel die dient te worden afgeleid uit cass. 11-12-1987, *RW* 1987-88, 1092 *j°* cass. 20-6-1988, *Usines à Cuivre-et-Zinc*, *RW* 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN. Zie ook Cass. 11-12-1987, *RW* 1987-88, 1092 noot E. DIRIX, "Cessie en simulatie" = *RCJB* 1993, 53 noot D. PHILIPPE, "La simulation et la protection des tiers"). De tegenwerpelijkheid van de inwendige gevolgen onder de genoemde voorwaarden (en dus onder voorbehoud van de vertrouwensleer) vereist dus in het geheel niet dat aan de - strengere - vereisten voor derde-medeplichtigheid is voldaan; dit leerstuk is als verklaring in deze gevallen overbodig (vgl. terecht I. PEETERS, "Kunnen beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen van een n.v. jegens een derde-verkrijger enkel afgedwongen worden op grond van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk?", *TRV*, 1991, 511 v., en vergelijkbaar K. GEENS, "Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat de aandelen op naam zijn?", *TRV* 1989, (414) nr. 7 v.).

³⁸ I. PEETERS, *TRV* 1991, (511) 515.

³⁹ Met name wanneer de vorderingen niet overdraagbaar zijn omwille van de bescherming van de gerechtigden.

Is een schuldvordering éénmaal geldig aan toonder of order gesteld, dan betekent dit ook dat zij ten gunste van derden “geabstraheerd” wordt, dat de verweermiddelen - waaronder overdraagbaarheidsbeperkingen en dergelijke - niet tegenwerpelijk zijn aan derden indien ze niet zij uit het papier zelf zijn af te leiden⁴⁰, tenzij ze uit de wet zelf voortvloeien. Deze beperkingen en verweermiddelen verliezen daardoor hun “uitwendige” werking⁴¹. Anders dan sommige schrijvers⁴² stellen, is het in beginsel voor de tegenwerpelijkheid níét voldoende dat de beperkingen opgenomen waren in de statuten (voor aandelen aan toonder) of in de uitgiftevoorwaarden (voor converteerbare obligaties aan toonder) : dergelijke redenering miskent het onderscheid tussen schuldvorderingen op naam en schuldvorderingen aan toonder⁴³.

Dat de beperkingen die uit het papier zelf zijn af te leiden (tenzij ze ook tussen partijen ongeldig zijn), tegenwerpelijk zijn, heeft rechtstechnisch gezien niets te maken met de goede-trouw-eis zoals die geldt bij beschikkingsonbevoegdheid, maar veeleer met de werking van het vertrouwensbeginsel ten gunste van een overnemer, al is de grondgedachte van beide rechtsfiguren weliswaar dezelfde. Deze werking van het vertrouwensbeginsel bestaat ook bij schuldvorderingen op naam, doch in een veel zwakkere graad. Bij vorderingen op naam zijn de beperkingen immers in beginsel tegenwerpelijk, en is dat zeker het geval wanneer de derde ze behoorde te kennen. Bij schuldvorderingen aan order of toonder zijn de beperkingen die niet uit het papier blijken slechts tegenwerpelijk zo er in hoofde van de derde sprake is van derde-medeplichtigheid.

(41) Bij wijze van uitzondering gelden bepaalde inwendige beperkingen ook indien ze niet uit het papier zijn af te leiden, en dit op grond van een uitdrukkelijke afwijkende bepaling zoals art. 512 (voorheen 41 § 4) VennW betreffende statutaire goedkeuringsbedingen (en daarmee gelijk te stellen goedkeuringsbedingen in de uitgifte-akte van converteerbare obligaties of warrants) in naamloze vennootschappen.

⁴⁰ Zelfs dit laatste wordt blijkbaar uitgesloten door I. PEETERS, *TRV* 1991, (511) 514. De suggestie wordt daarentegen - doch te verregaand - gemaakt door K. GEENS, *TRV* 1989, (414) nr. 21-22. Zij is m.i. in overeenstemming met de algemene regels inzake waardepapieren. Het onderscheid tussen "abstracte" en "concrete" titels is immers slechts gradueel. Voor alle waardepapieren geldt het beginsel dat de vordering geldt zoals zij naar redelijkheid uit de letter van het papier kan worden afgeleid. De betekenis daarvan hangt dus af van de vermeldingen op het papier en de stukken waarnaar mogelijks in dat papier zelf wordt verwezen (vgl. P. van OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, IXes journées d'études juridiques Jean Dabin, 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). De mogelijkheid om voorwaarden tegenwerpelijk te maken door ze op het papier zelf te vermelden wordt trouwens ook bevestigd door art. 5 § 4 W. 22 juli 1991 deposito- en thesauriebewijzen.

⁴¹ Vgl. I. PEETERS, *TRV* 1991, (511) 514.

⁴² Zo bv. blijkbaar GEENS, *TRV* 1989, 414 v.; J. LIEVENS, *De nieuwe Vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Mys & Breesch, Gent 1991.

⁴³ Vgl. N. VERHEYDEN-JEANMART & Ph. HAMER, "Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels", in *Het contract en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, p. (9) 38.

B. Verbintenrechtelijke beperkingen

1. Algemeen.

(42) Waar de zakenrechtelijke beperkingen het voornamelijk moeilijk maken om een evenwichtige opsplitsing van het eigendomsrecht te verwezenlijken, zijn de verbintenrechtelijke beperkingen vooral van belang bij constructies waar men wel de volle eigendom bij een bepaalde partij legt. De beperkingen treffen vooral beschikkingen om niet (*fiducie-libéralité*). Wel zijn de beperkingen van ons verbintenissenrecht structureel minder ingrijpend. Voor de inhoud van verbintenissen geldt er immers geen *numerus clausus*.

2. Begunstiging van een derde; begunstiging van een nog niet bestaande persoon.

(43) Anders dan in het Anglo-Amerikaanse recht, en ondanks de letter van art. 1119 BW (*nemo alteri stipulari potest*), is het in ons recht wel degelijk mogelijk een overeenkomst te sluiten, waarbij een van de partijen zich verbindt jegens een derde, en deze derde zelf daaruit rechten kan putten. Anders dan in het Anglo-Amerikaanse recht hebben wij de *trust* daar niet voor nodig, en volstaat daartoe een verbintenrechtelijke overeenkomst.

(44) Weliswaar kan men evenmin schuldeiser zijn zolang men niet bestaat, maar het is wel mogelijk een nog niet bestaande derde te begunstigen door middel van een derdenbeding of een stichting. Aangezien de derde geen schuldeiser kan zijn zolang hij niet bestaat, maar - om het in *common law* termen te zeggen - slechts "*object of a power*" - moet er wel een derde persoon betrokken zijn : bij het derdenbeding de wederpartij, die maakt dat er een verbintenis kan gelden, en die ook een rol kan spelen om te beletten dat deze herroepen wordt vooraleer de begunstigde kan aanvaarden, bij de stichting de rechtspersoon aan wie de goederen toekomen en die daarmee het beoogde doel moet verwezenlijken.

Bij een derdenbeding heeft de derde bovendien geen onherroepelijk recht (wel een recht, doch niet onherroepelijk) zolang hij niet heeft aanvaard - en dus *a fortiori* zolang de derde nog niet bestaat. Wanneer een derdenbeding eerst op een tijdstip na iemands overlijden uitwerking moet of kan vinden (bv. overeenkomst met overdracht van goederen aan de belover - gebeurlijk op termijn of met voorbehoud van naakte eigendom - en beding van begunstiging van nog niet geboren), is het van belang de overeenkomst zo op te stellen dat de rechtsopvolgers van de begunstiger het recht van de begunstigde niet kunnen herroepen, nl. door te bepalen dat deze niet eenzijdig kan gebeuren, doch slechts met de instemming van de wederpartij (bij de levensverzekering daarentegen is ook de herroeping van een nog niet aanvaarde begunstiging door de rechtsopvolgers uitgesloten door art. 112 Landverzekeringsovereenkomstenwet). Overigens kan de begunstiger zowel de bedinger als de belover zijn : in het eerste geval betaalt de bedinger iets aan de belover, opdat hij zich zou verbinden jegens de derden (beschikking om niet in hoofde van de bedinger; schoolvoorbeeld is de levensverzekering); in het tweede geval verbindt de belover zich jegens de bedinger om zelf een derde te begunstigen (beschikking om niet in hoofde van de belover) - in dat geval speelt de bedinger de rol van de *enforcer* in de Anglo-Amerikaanse *trust* (met natuurlijk het grote verschil

dat er in ons geval geen afgescheiden vermogen is). In het tweede geval is de bindende kracht van een dergelijke overeenkomst minder vanzelfsprekend, omwille van de regels betreffende de onherroepelijkheid van de schenking, waarover meer onder 3.

Bij de stichting verkrijgen de begunstigen nooit een onherroepelijk recht uit de stichtingshandeling zelf; het is eerst door een handeling van de gestichte rechtspersoon zelf, die de goederen beheert, dat zij subjectieve rechten kunnen verkrijgen. Maar de onherroepelijkheid van de begunstiging zelf (gezien vanuit het oogpunt van de vervreemder) is nog sterker : eenmaal de stichting is bekrachtigd, is het niet meer mogelijk bij overeenkomst tussen de stichting en de stichter de stichting op te doeken en de gelden of goederen te doen terugkeren naar de stichter.

De enige echte uitzondering op het vereiste dat de begunstigde bestaat, vinden we in art. 1048 v. bij de geoorloofde erfstellingen over de hand ten voordele van de kleinkinderen of de kinderen van broers en zusters, waarbij de verwachters niet noodzakelijk reeds moeten geboren zijn, terwijl er toch kan worden gesproken van onherroepelijke verbintenissen jegens hen⁴⁴.

Het verschil met het Anglo-Amerikaanse recht is bij dit alles kleiner dan het lijkt. Ook in de *trust* moet er steeds een partij zijn jegens wie de *trustee* verbintenissen heeft, ofwel - bij een onherroepelijke begunstiging - jegens een of meerdere *beneficiaries*, ofwel - bij herroepbare begunstiging of een zuiver discretionaire *trust* - jegens een “*enforcer*”. De verschillen veeleer elders te vinden, nl. - naast het reeds besproken verschil in zakenrechtelijke rechtsgevolgen - bij het niet gelden van de erfrechtelijke reserve (voorbehouden erfdeel), en door een soepeler houding ten aanzien van beperkingen die aan de beschikkingsbevoegdheid van de *trustee* over de *trust*goederen worden opgelegd (vgl. daarover verder).

3. Vormvereisten bij de schenking.

(45) Een belofte tot geven om niet, d.i. tot schenking (in materiële zin) is niet bindend zolang niet aan nadere (vorm)vereisten is voldaan. Daartoe moet de overeenkomst ofwel authentiek worden verleden (schenking in formele zin, m.i.v. van de bijzondere schenkingsvormen zoals contractuele erfstellingen e.d. - zelfde vormvereiste voor de stichting bij akte onder levenden), ofwel door daadwerkelijke buitenbezitstelling worden uitgevoerd (handgift voor roerende zaken en waardepapieren, kennisgeving voor schuldvorderingen), ofwel vermomd worden in een handeling onder bezwarende titel, ofwel onrechtstreeks plaatsvinden (bv. derdenbeding, delegatie-overeenkomst, afstand van recht), of de uitvoering vormen van een natuurlijke verbintenis. Voor een belofte tot lening zonder interest gelden evenwel geen vormvereisten, evenmin als voor de belofte tot inbreng in een vzw. Behalve door middel van akten onder levenden kan men natuurlijk ook bij testament om niet over zijn goederen beschikken.

⁴⁴ Het *fideicommiss de residuo* daarentegen is - als niet wettelijk geregelde rechtsfiguur - volgens de heersende opvatting slechts mogelijk ten gunste van een bij het openvallen van de nalatenschap reeds bestaande verwachter. Zie bv. A. KLUYSKENS, *Schenkingen en testamenten*, nr. 283, 2°; M. van QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, (621) 646 nr. 43.

4. Dadelijk en onherroepelijk karakter van de schenking.

(46) Wat mogelijks een probleem kan zijn....

Wel een “hinderlijke” verbintenisrechtelijke beperking is de regel van het dadelijk en onherroepelijk karakter van de schenking (art. 938 BW).

Wat daarentegen wel

Het dadelijk karakter betekent dat een eigenlijke schenking (waarbij er geen tegenprestatie is van de begiftigde) niet kan geschieden onder opschortende voorwaarde, noch met werking op het tijdstip van overlijden van de schenker. Ook is een schenking van toekomstige goederen niet mogelijk (wel van bestaande rechten die tot het verkrijgen van een toekomstig goed kunnen leiden) - behalve in de weinige gevallen waarin een contractuele erfstelling geldig is.

Wel is een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik, d.w.z. van de naakte eigendom alléén, mogelijk. Ook geldt de beperking niet bij een begunstiging door middel van een derdenbeding waarmee de bedinger een derde begunstigt (gezien de belover een tegenverbintenis aangaat, is dat voor hem immers een operatie onder bezwarende titel). De regel maakt omgekeerd wel de geldigheid - juister de bindende kracht - van een belofte ten gunste van een derde, waarmee men zich jegens een “bedinger” (*enforcer*) verbindt zonder enige tegenprestatie, problematisch (buiten het geval waarin de belofte kan worden gezien als de belofte tot uitvoering van een natuurlijke verbintenis).

(47) Het onherroepelijk karakter houdt in dat de schenking niet kan worden herroepen zonder de instemming van de begiftigde. Dit maakt dat de *revocable trust* ten gunste van iemand anders dan de *settlor*, bij ons niet bestaat. Men zou daaraan ook niet kunnen ontsnappen door de - herroepelijke - belofte om iemand te begunstigen niet aan de begunstigde te doen, maar aan een “bedinger” (die de rol zou hebben van een “*enforcer*”), precies omdat die belofte niet verbindend is (zie hierboven). Wel geldig daarentegen is de overeenkomst waarmee men op herroepelijke wijze een derde onrechtstreeks begunstigt door middel van een derdenbeding, waarbij de beschikking om niet is in hoofde van de bedinger, doch niet van de belover. De herroepelijkheid is evenwel erg betrekkelijk : zij geldt slechts zolang de begunstigde niet heeft aanvaard (een afwijkende regel vinden we bij levensverzekeringsovereenkomsten : daar geldt de onherroepelijkheid door aanvaarding slechts zodra ook de verzekeringnemer daarmee instemt dan wel overlijdt, zie art. 123 Landverzekeringsovereenkomstenwet).

Ook is een schenking onder ontbindende voorwaarde mogelijk, mits die voorwaarde niet “zuiver potestatief” is, d.i. door de loutere wil van de schenker kan worden vervuld.

5. Beveiliging van de vrije omloop der goederen.

(48) Een aantal andere beperkingen hebben te maken met de beveiliging van het vrij verkeer van goederen (in zakenrechtelijke zin). De mogelijkheid om de verveemdbaarheid van goederen te beperken (nog los van het feit dat dit meestal geen zakelijke werking heeft, tenzij via ontbinding van de titel) wordt dan ook zelf ernstig beperkt.

Hier gaat het over de inwendige geldigheid van overeenkomsten en bedingen. Hun (gebrek aan) zakelijke werking werd hoger reeds besproken.

a) Beperkingen aan onvervreemdbaarheidsbedingen - algemeen.

1° Algemene regel en uitwerking

(49) Omwille van de vrijheid van handel en nijverheid zijn bedingen van onvervreemdbaarheid slechts geldig indien zij voldoende beperkt zijn *qua* tijd en voorwerp en beantwoorden aan een rechtmatig belang⁴⁵ en niet uitsluitend voor het geval van vervreemding ingevolge beslag zijn geschreven⁴⁶. Het maakt daarbij geen verschil of het niet-vervreemden als een verbintenis wordt aangegaan, dan wel de vervreemding als een ontbindende voorwaarde wordt bedongen.

Bovendien zijn deze bedingen ook inkortbaar indien ze het beschikbaar gedeelte overschrijden (dit betreft de veronderstelling van een schenking of legaat aan de reservataire zelf - zij hebben nl. recht op een reserve “vrij en onbelast”).

Dat ze aan een rechtmatig belang moeten beantwoorden betekent dat de bedinger voor zichzelf of een derde het (subjectief) recht op ontbinding voorbehoudt om zijn eigen of diens rechtmatige belangen te beschermen⁴⁷. Er moet dus worden nagegaan jegens wie de onvervreemdbaarheid wordt toegezegd, m.a.w. wie er een subjectief recht op heeft om de belover ervan aan het beding te houden. Dit zal meestal de vervreemder zelf zijn (kenmerkend vb. : bij verkoop met voorbehoud van vruchtgebruik), doch het kan ook een derde zijn (of meerdere personen). Doch in ieder geval moet er iemand zijn met wiens toestemming toch kan worden vervreemd.

Voor zover men in een aan de algemene legataris (of legataris onder algemene titel) opgelegde last een onvervreemdbaarheid zou zien (juister : een verbod om aan iemand anders dan de bijzondere legataris te vervreemden), gaat het duidelijk om het belang van de begunstigde van die last en is er ook geen probleem van ongeldigheid van het beding, zo de last onmiddellijk of binnen een beperkte termijn opeisbaar is (NB. Bij een bijzonder legaat daarentegen heeft de legataris dadelijk een zakelijk recht op de zaak, tenzij het een soortzaak is).

⁴⁵ Zie hiervoor A. DELIEGE, “Inaliénabilité”, *Répertoire notarial*, nr. 14-29 met verwijzingen; Hof Brussel 8-5-1980, *R.Not.B.*, 1981, 374. Zie verder M. COENE, “Overzicht van rechtspraak. Giften”, *TPR* 1994, p. 1669 v.

⁴⁶ H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, VIII nr. 341. Onbeslagbaarheidsbedingen hoeven eigenlijk niet nietig te zijn, ze zijn gewoon niet tegenwerpelijk aan de beslagleggende schuldeisers.

⁴⁷ En niet die van de verkrijger (H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, VIII nr. 340; zie ook V 904 v.).

Beperking in de tijd moet niet uitdrukkelijk bedongen zijn, maar zal daar van rechtswege in worden begrepen (uitlegregel *potius ut valeat*)⁴⁸. De omvang van deze beperking, d.i. de toegelaten duur, kan sterk wisselen naargelang de aard van de verhouding - zo zal men bij onvervreemdbaarheid van naakte eigendom, bedongen door de vruchtgebruiker, doorgaans aanvaarden dat deze onvervreemdbaarheid zolang kan duren als het vruchtgebruik zelf. Wanneer er tussen mede-eigenaars een aanwas- of tontine-overeenkomst is gesloten, waarbij elke partij de eigendom verwerft van het aandeel van de andere onder opschortende voorwaarde van het vooroverlijden van die andere, dan rechtvaardigt dit in beginsel ook een vervreemdingsverbod tot aan dat vooroverlijden. Vreemdingsverboden bij koop-verkoop van sociale woningen tot 20 jaar worden door de rechtspraak aanvaard. In een aantal andere bijzondere gevallen bepaalt de wet de duur van het vervreemdingsverbod op 5 jaar (bv. art. 54 Pachtwet; art. 5 Wet 16-5-1900 Kleine nalatenschappen) of 10 jaar (art. 6 Wet 29-8-1988 Erfregeling landbouwbedrijven).

De vereiste van beperking *qua* voorwerp betekent dat het beding er niet mag op neerkomen dat een eigenaar omzeggens feitelijk handelingsonbekwaam wordt doordat hij over het grootste deel van zijn vermogen niet meer zou kunnen beschikken.

2° Minder verregaande beperkingen

(50) Verder zijn voor de bescherming van de rechtmatige belangen van de bedinger of een derde vaak minder verregaande beperkingen mogelijk, waarvan de geldigheid minder betwistbaar is.

De beperkingen aan de geldigheid van onvervreemdbaarheidsbedingen gelden niet voor een bedongen voor(terug)kooprecht zonder verplichting het goed te behouden; een echt terugkooprecht daarentegen - dat onvervreemdbaarheid impliceert - is beperkt tot hoogstens 5 jaar (art. 1660 BW). Wat betreft de onvervreemdbaarheid van gecertificeerde aandelen gepaard met een “omwisselbaarheid”, zie verder nr. 54.

Ook bij het bedingen van zogenaamde “negatieve zekerheden” dient men genoemde regels toe te passen. Ook hier is er geen geldigheidsvraagstuk bij een beding waarbij men enkel een “voorkeur” bedingt (bv. geen hypotheek toekennen aan een derde, tenzij er een hypotheek in eerdere rang wordt toegekend aan de bedinger).

Het enkele feit daarentegen dat een belofte niet te vervreemden gepaard gaat aan het verlenen van een volmacht aan een derde, op grond waarvan deze kan vervreemden - de zogenaamde “privatieve” lastgeving - stelt niet vrij van de hoger genoemde vereisten.

3° Verstrenging bij beschikkingen om niet (verbod van beschikkingen over de hand).

⁴⁸ Vgl. Hof Luik 16-12-1971, *Pas* II, 45.

(51) Een verstrenging van de regel vinden we bij handelingen om niet, waarbij een vervreemdingsverbod voor de verkrijger de handeling nietig maakt indien het gepaard gaat met een verplichting om het verkregene aan een derde uit te keren (zie art. 896 BW) - uitgezonderd de toegelaten erfstellingen over de hand van art. 1048 v. BW. Het gaat hier om een verstrenging, omdat het niet zo is dat het vervreemdingsverbod wordt beperkt tot een wettige omvang, maar integendeel de gehele beschikking nietig is. Deze strengere sanctie is evenwel slechts van toepassing indien de bewaarplicht voor de duur van het hele leven geldt en de overdracht aan de derde-verwachter geschiedt bij het overlijden van de bezwaarde. Geldt de bewaar- en uitkeringsplicht daarentegen voor een bepaalde en in tijd beperkte duur (andere dan het leven van de bezwaarde), dan geldt deze sanctie niet⁴⁹.

Aangezien deze bepaling wordt begrepen als een verbod van een bepaald soort vervreemdingsbeperkingen, is de gift waarbij een andersoortige last wordt opgelegd, bv. om de opbrengst of waarde van het geschonkene (niet het geschonkene zelf) door te geven, niet getroffen. Zodra de *trustee* bevoegd is om onder bezwarende titel over de goederen te beschikken, is het verbod niet van toepassing (een verbod om onder kosteloze titel te beschikken alleen maakt de beschikking niet nietig)⁵⁰. Het verbod van erfstellingen over de hand treft dus niet het *fideicommiss de residuo* (ook genoemd *fideicommiss de eo quod supererit*), waarbij de bezwaarde niet verplicht is de goederen te behouden, maar integendeel bevoegd erover te beschikken, minstens onder bezwarende titel. Het treft ook niet het beding ten gunste van derden, waarbij iemand zonder tegenprestatie voor zichzelf bedingt van de begiftigde om een prestatie aan een derde te leveren (andere dan doorgeven van het geschonkene).

Niet getroffen door deze strengere bepaling is de overdracht aan een fiduciaris, waarbij deze verplicht is om bij het einde van zijn bewind de *trust*goederen over te dragen aan de vervreemder of diens erfgenamen (maar intussen wel bevoegd is over de goederen te beschikken onder bezwarende titel). Daarvoor gelden de gewone regels, omdat dit geen beschikking om niet is. Men kan dus wel goederen overdragen, en vervolgens zijn schuldvorderingen jegens de fiduciaris (inbegrepen een schuldvordering om de goederen terug te krijgen) overdragen aan een derde. Deze overdracht aan een derde moet dan op zichzelf worden bekeken (en bv. gekwalificeerd als een beschikking om niet, met alle gevolgen die dat meebrengt). Zo de fiduciaris intussen de goederen niet mag vervreemden, dient dit verbod beperkt te zijn zoals hoger beschreven.

Een gift aan meerdere personen met een tontinebeding, ingevolge waarvan het geheel van de goederen bij vooroverlijden van één der begiftigden aan de andere toekomt, is een schenking onder opschortende voorwaarde en geen nietige erfstelling over de hand⁵¹.

4° Gevolgen van geldige bedingen : nog geen zakelijke werking.

⁴⁹ A. KLUYSKENS, *Schenkingen en testamenten*, nr. 285.

⁵⁰ Cass. 26-2-1953, *Pas* 494 = *RGEN* 1955, 355.

⁵¹ Cass. 27-3-1833, *Pas* 68.

(52) De geldigheid *inter partes* van dergelijke bedingen houdt niet in dat een vervreemding die in strijd met het gebod zou zijn geschied nietig zou zijn⁵², en in beginsel ook niet dat zij zakelijke werking hebben, d.w.z. dat zij een beschikkingsonbevoegdheid zouden veroorzaken. Wel kunnen zij onrechtstreeks een zakelijke werking verkrijgen indien vervreemding in strijd met het verbod als een ontbindende voorwaarde wordt bedongen (vgl. ook hieronder de omwisselbaarheid van certificaten). Ook kunnen de rechten van de bedinger in geval van wanprestatie van de andere partij (bv. recht op schadevergoeding) worden gewaarborgd door middel van een voorbehoud van hypotheek (of onroerend voorrecht), enzovoort. En tenslotte kan de derde-verkrijger mogelijks medeplichtig zijn aan de wanprestatie en op die grond verplicht tot schadevergoeding.

b) Beperkingen aan onvervreemdbaarheidsbedingen - schuldvorderingen.

(53) Er is geen reden waarom de genoemde beperkingen ook niet zouden gelden voor bedingen van onvervreemdbaarheid van schuldvorderingen⁵³ (andere dan deze bedongen door de schuldenaar van die schuldvordering zelf, bv. het bedongen *intuitu personae* karakter). Voor aandelen van naamloze vennootschappen bepaalt art. 510 lid 2 (voorheen 41 § 2 lid 2) VennW overigens uitdrukkelijk dat onvervreemdbaarheidsbedingen in de tijd beperkt moeten zijn en steeds verantwoord zijn op grond van het belang van de vennootschap (dit geldt voor deze bijzondere vennootschappen zelfs indien de beperking statutair is, en dus in zekere zin door de schuldenaar is bedongen); beperkingen die voortvloeien uit een goedkeurings- of een voorkoopbeding mogen de aandelen hoogstens zes maanden onoverdraagbaar maken, te rekenen vanaf het verzoek om goedkeuring of de uitnodiging om het voorkooprecht uit te oefenen (zie ook de bijzondere bijkomende regel in geval van openbaar bod in art. 511, voorheen 41 § 3 VennW). Sinds de wijziging van de tekst van het vroegere art. 41 § 2 in 1995 (nu art. 510 VennW 1999) is duidelijk dat het hier om een algemene regel gaat, ongeacht de aard van de overeenkomst waarin het beding is opgenomen (statuten van de betrokken vennootschap, aandeelhoudersovereenkomst, statuten van een administratiekantoor of uitgiftevoorwaarden van certificaten, uitgifte-akte van converteerbare obligaties, enz.). Wel is er een versoepeling van de regels inzake goedkeuringsbedingen wanneer deze “inwendig” zijn bepaald (namelijk in de statuten of uitgifte-akte) (zie art. 510, voorheen 41 § 4 VennW).

(54) De bepaling die we nu vinden in art. 510 VennW 1999 (voorheen art. 41 VennW) deed vroeger twijfels rijzen over de geldigheid van een onvervreemdbaarheid die zou worden bedongen bij certificering van aandelen en soortgelijke effecten⁵⁴, zolang daarvoor geen bijzondere regel gold. Het probleem is dubbel.

⁵² Nog te vaak worden de gevolgen van dergelijke bedingen als een vorm van nietigheid besproken, bv. door A. DELIEGE, “Inaliénabilité”, *Répertoire notarial*, nr. 32 v.

⁵³ I. PEETERS, in *Het contract en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, p. (55) 112.

⁵⁴ Ook wanneer de onvervreemdbaarheid enkel wordt opgenomen in de statuten van de uitgevende rechtspersoon, valt zij in beginsel onder art. 510 (voorheen 41 § 2) VennW; de onvervreemdbaarheid is immers een verbintenis van het administratiekantoor jegens de certificaathouders.

- Enerzijds wordt bedongen dat het administratiekantoor de aandelen niet mag vervreemden, wat een probleem vormt doordat dit verbod onbeperkt is in de tijd. Omwille van de *ratio* van het verbod evenwel, moet de geldigheid hiervan worden aanvaard zolang de aandelen omwisselbaar zijn, d.w.z. dat de certificaathouder zijn certificaat steeds kan omwisselen tegen het aandeel e.d. waarop het betrekking heeft. Evenwel blijft de moeilijkheid dat het verbod ook in het belang van de vennootschap moet zijn.
- Anderzijds houdt de omwisselbaarheid een soort terugkooprecht in, dat krachtens de wet maar voor 5 jaar kan worden bedongen (het is immers een louter potestatieve ontbindende voorwaarde, zodat die termijn van toepassing is) (zie art. 1660 BW).

De wet van 15 juli 1998 (wijziging van onder meer art. 43 bis VennW, dat nu art. 503 VennW 1999 is geworden) schiep precies een uitzondering voor de constructie van certificatie aan een “administratiekantoor”⁵⁵. Het administratiekantoor strekt er precies toe een *trustachtige* opsplitsing te maken tussen de vermogensrechten en de lidmaatschapsrechten bij aandelen⁵⁶. Art. 503 (voorheen art. 43 *bis*) VennW bepaalt ten eerste dat de uitgever van de certificaten de effecten niet kan overdragen, behoudens andersluidend beding (in de uitgifte-overeenkomst) (§1 lid 5). De geldigheid van een dergelijk onvervreemdbaarheidsbeding bij certificatie wordt in dat geval wettelijk vastgelegd. Ook wordt de niet-omwisselbaarheid van certificaten in de tijd beperkt

(55) Een beperking die voortvloeit uit de doelgebondenheid van handelingen van de rechtspersoon die eigenaar wordt van de aandelen, zou wel geldig zijn onder het bestaande recht. Uit die doelgebondenheid - bv. “gemeenschappelijk bezit van aandelen” - kan onrechtstreeks een verdergaande vervreemdingsbeperking voortvloeien.

c) Vergelijkbare bedingen.

(56) Ook in andere gevallen heeft de wet nadere regels bepaald voor de geldigheid van onvervreemdbaarheden. Het verbod van beschikkingen om niet “over de hand” kwam hoger reeds ter sprake. Een vergelijkbare rol speelt ook art. 815 BW (beperking tot 5 jaar van de verbintenis om in onverdeeldheid te blijven), doch hier bestaat er betwisting over het toepassingsgebied van deze bepaling. Volgens sommigen zou art. 815 B.W ook van toepassing zijn op de vrijwillige onverdeeldheid, andere dan de wettelijk georganiseerde (zoals maatschap, vereniging en dergelijke). Deze stelling is o.i. verkeerd - zie verder onder nr. 138 v.

⁵⁵ Daarnaast rijzen er ook nog andere problemen bij certificering van aandelen, met name de beperkende regels voor stemafspraken (art. 551, voorheen 74 *ter* VennW).

⁵⁶ Hoewel de toelichting beweert dat de wet geen nieuwsoortige opsplitsing van het eigendomsrecht invoert, is dit m.i. grotendeels onjuist. Het voert namelijk wel een opsplitsing van het eigendomsrecht in (zij het dat die niet geheel nieuw is in het Belgische recht, cfr. art. 38 VennW 1999, voorheen art. 1861 BW). Het zakelijk recht van de certificaathouder wordt nl. vermomd in de omwisselbaarheid van de certificaten, die maakt dat hij niet louter een schuldvordering heeft op het administratiekantoor, maar deze ook (althans voor de toekomst) zakelijk kan doorzetten.

6. Beperking in de tijd van alle rechten.

(57) Zoals beperkte zakelijke rechten (andere dan eigendom) zijn ook persoonlijke rechten noodzakelijkerwijze in duur beperkt : zij kunnen nooit voor de duur van het leven van de schuldenaar (of voor dat leven plus een bepaalde tijd) of voor méér dan 99 jaar verbindend zijn, behoudens vernieuwing ervan. Dit geldt dus ook voor de schuldvorderingen van fiducianten in geval de eigendom bij een fiduciaris berust.

7. Herroepbaarheid van volmachten uitsluitend in het belang van één enkele lasthebber

(57 *bis*) Volgens een bepaalde opvatting zou de regel dat een volmacht steeds kan worden herroepen door de lastgever, tenzij de volmacht mede in het belang van mede-lastgevers, van een derde of van de lasthebber dient te worden uitgeoefend, dwingend. Dit wordt verderop besproken.

8. Bescherming van schuldeisers.

(58) Een nietigheid (of niet-tegenwerpelijkheid) van de verbintenisrechtelijke handeling kan ook voortvloeien uit de regels betreffende de *actio Pauliana* en de bijzondere vormen van faillissementspauliana.

De *Pauliana* is mogelijk :

- jegens de wederpartij onder bezwarende titel : indien ook zij een bedrieglijk opzet had;
- jegens de wederpartij (inbegrepen een derde-begunstigde) om niet : zodra de schuldenaar bedrieglijk inzicht had en de verhaalsmogelijkheden van de agerende schuldeiser zijn verminderd; bedrieglijk opzet bij de wederpartij is niet vereist.

De *Pauliana* heeft overigens het grote voordeel boven een vordering wegens derde-medeplichtigheid, dat zij zakelijk werkt. Dit blijkt wanneer de derde-medeplichtige zelf onvermogen wordt : de *Pauliana* is in dat geval ook mogelijk tegen de boedel van de derde-medeplichtige en dus tegenwerpelijk aan diens schuldeisers⁵⁷.

⁵⁷ Vgl. Cass. 30-1-1965, *RCJB* 1966, noot J. DABIN; E. DIRIX, "De vergoedende functie van de *actio Pauliana*", *RW* 1992-93, 331 nr. 3; zie verder meer algemeen N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijkvermogensrecht : de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medcontractant*, Mys & Breesch Gent 1995, II, nr. 1994-1995 en 1997; M.E. STORME, "De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, Pauliana en aanverwante leerstukken", in *Het contract en de derden - de uitwendige gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, p. 111 v. nr. 13.

C. Erfrechtelijke beperkingen.

1. Verbod van overeenkomsten over niet opgevallende nalatenschappen.

(59) Belangrijke beperkingen aan de vrijheid om over zijn vermogen te beschikken vinden we ook in het erfrecht. Een eerste beperking is de onmogelijkheid om op voorhand op bindende wijze over zijn nalatenschap of goederen daaruit te beschikken; dit kan enkel bij - herroepbaar - testament; een overeenkomst over een niet opgevallende nalatenschap is nietig (behoudens wettelijke uitzonderingen, zie hieronder nr. 59 *ter*).

Het verbod op bedingen over een nog niet opgevallende nalatenschap (art. 1130, lid 2 BW) veroorzaakt strikt genomen geen nietigheid van de overeenkomst *ex ante*. Het is namelijk eerst door toepassing van de toepasselijke erfwet (*lex successionis*) ten tijde van het overlijden - die een andere kan zijn dan de *lex contractus* - dat wordt bepaald of de wettelijke erfopvolging terzijde wordt gesteld door eerder toegekende rechten op goederen die op dat ogenblik nog deel uitmaken van de nalatenschap. Aangezien de toepasselijke erfwet althans voor roerende goederen eerst op het tijdstip van het overlijden kan worden bepaald (nl. de wet van de laatste woonplaats), kan men vaak niet op voorhand zeggen of een beding zal worden vernietigd als zijnde een beding over een niet opgevallende nalatenschap⁵⁸.

(59 *bis*) Inhoudelijk heeft het verbod enkel betrekking op de toekenning, wijziging of afstand van "louter gebeurlijke rechten"⁵⁹ op een nog niet opgevallende nalatenschap of een bestanddeel ervan (zie ook art. 946 BW).

Niet door het verbod getroffen is een toekenning van daadwerkelijke rechten op goederen onder voorwaarde (bv. vooroverlijden van een persoon t.o.v. een ander - zoals bij tontine- en aanwasovereenkomsten) of termijn (meer bepaald overlijden *überhaupt*) - dit laatste dient trouwens te worden begrepen als een dadelijke toekenning van eigendom, met voorbehoud van vruchtgebruik. Wanneer dit mogelijk is (zie wel de beperkingen betreffende schenkingen, met name de vereiste dadelijkheid en onherroepelijkheid) maken de betrokken goederen bij het overlijden geen deel uit van de nalatenschap. Wel is het zo dat een toekenning van daadwerkelijke rechten, anders dan louter gebeurlijke, de toekenner verplicht om ook tijdens zijn leven deze goederen te behouden, zodat moet worden nagegaan of deze verbintenis geldig is.

Evenmin door het verbod getroffen is de werking van een ontbindende voorwaarde bij overlijden, en vergelijkbaar het recht van wettelijke terugkeer. De goederen maken geen deel uit van de nalatenschap (de goederen aan wettelijke terugkeer vormen wel de zgn. "anomale nalatenschap").

⁵⁸ Dit kan aanleiding geven tot een aantal moeilijk op te lossen betwistingen, zoals de vraag of de toekomstige erfplater tijdens zijn leven de tegenprestatie mag opvorderen voor een beding over zijn nalatenschap. Moet men ervan uitgaan dat dit kan, indien de naar verwachting toepasselijke erfwet dit toelaat?

⁵⁹ Zie verder M. PUELINCKX-COENE e.a., "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen", *TPR* 1997, nr. 24.

Maken ook geen deel uit van de nalatenschap, de goederen die ingevolge "huwelijksvoordelen" toegekend bij huwelijkscontract toekomen aan de langstlevende, en dit zelfs al houden deze schikkingen een toekenning in van gebeurlijke rechten, en niet van daadwerkelijke rechten op goederen (zie art. 1464 BW)⁶⁰. Verder is ook het huwelijk vanzelfsprekend geen ongeoorloofde overeenkomst over niet opengevallen nalatenschap, al heeft het huwelijk wel een (wettelijk) erfrecht van de langstlevende tot gevolg.

(59 *ter*) Bij wijze van uitzondering zijn bepaalde in beginsel door het verbod getroffen bedingen of overeenkomsten door de wet wel toegestaan (geldige contractuele erfstellingen, zoals in art. 1048 v. W (toegelaten contractuele erfstellingen over de hand); 1082 BW (schenkingen door ouders in huwelijkscontract); 1093 BW (met name de schenking van gebeurlijke goederen door echtgenoten in het huwelijkscontract, anders dan door toebedeling van de huwelijksgemeenschap). In deze gevallen maken de goederen echter wel deel uit van de nalatenschap, en kan de schikking dus mogelijk aan inkorting onderworpen zijn.

2. Recht op voorbehouden erfdeel - *in natura*.

(60) Een belangrijke beperking uit het erfrecht is verder de erfrechtelijke "reserve", d.i. het voorbehouden gedeelte van de nalatenschap - althans wanneer de erflater reservataire erfgenamen (legitimarissen) achterlaat -. Dit wordt beteugeld door inkortbaarheid van beschikkingen om niet die het beschikbaar gedeelte overschrijden.

a) Getroffen beschikkingen / goederen.

(60 *bis*) In beginsel treft de inkortbaarheid alle beschikkingen om niet, bij testament zowel als onder levenden. De beschikking is om niet, wanneer er geen tegenprestatie jegens de beschikker tegenover staat. Bij handelingen onder levenden gaat het om de schenking in al zijn vormen (inbegrepen de handgift, onrechtstreekse en vermomde schenkingen; inbegrepen de contractuele erfstellingen, e.d.m.), inbegrepen de stichting en de inbreng in een vereniging⁶¹. Het betreft dus bv. ook het beding ten gunste van derden wanneer het een onrechtstreekse schenking inhoudt vanwege de bedinger jegens de derde (het is dan weliswaar een handeling onder bezwarende titel in hoofde van de belover, doch een handeling om niet in hoofde van de bedinger). De beschikking is ook om niet, wanneer de wederpartij niet verplicht is jegens een welbepaalde derde, maar een min of meer discretionaire verplichting heeft om derden te begunstigen. Tenslotte wordt een vreemding aan een erfgerechtigde in rechte lijn die geschiedt met voorbehoud van vruchtgebruik of last van lijfrente of afstand van kapitaal door art. 918 BW gekwalificeerd als een beschikking om niet voor de volle waarde, zelfs indien zij in feite onder bezwarende titel zou geschieden - tenzij

⁶⁰ Wel zal de inbreng van goederen in de huwelijksgemeenschap voor de helft als een beschikking om niet worden beschouwd, telkens wanneer de gemeenschap ingevolge het huwelijkscontract ongelijk wordt verdeeld of geheel wordt toebedeeld aan de langstlevende, en ingevolge die kwalificatie mogelijk aan inkorting onderworpen zijn. Zie art. 1464 lid 2 BW.

⁶¹ Zie art. 17 VZW-wet, in het wetsontwerp art. 16 lid 3.

alle reservataire erfgenamen afstand doen van hun gebeurlijk recht op inbreng en inkorting.

(60 *ter*) De beschikking is daarentegen niet om niet, wanneer ze kadert in een kansovereenkomst; zo vormt een tontine-overeenkomst geen overeenkomst om niet, tenzij er een kennelijke onevenredigheid is tussen de overlevingskansen der betrokken partijen (rekening houdende met de door elk van hen betaalde prijs) (en mogelijks met de natuurlijke verbintenissen die de ene jegens de andere zou zijn verschuldigd).

De wet beschouwt niet als beschikking om niet de huwelijksvoordelen die bestaan uit de toebedeling van de huwelijksgemeenschap aan de langstlevende (verblijvensbeding) (art. 1464 lid 1 BW). Wél zal de inbreng van eigen goederen in de huwelijksgemeenschap voor de helft als een beschikking om niet worden gekwalificeerd, indien er tevens een dergelijke verblijvensbeding is (art. 1464 lid 2 BW).

(60 *quater*) Niet aan inkorting (noch inbreng) onderworpen, ook al is de beschikking om niet, zijn 1° de gebruikelijke geschenken en 2° de begunstiging door middel van een levensverzekering, zolang ze niet buiten verhouding staat tot de vermogenstoestand van de verzekeringnemer, dit door de uitdrukkelijke bepaling van art. 124 Landverzekeringsovereenkomstenwet⁶².

b) Gevolgen.

(60 *quinquies*) Beschikkingen om niet onder levenden, die niet onder deze uitzonderingen vallen, worden fictief bij de nalatenschap geteld om het voorbehouden deel c.q. het beschikbaar deel vast te stellen (zie art. 922 BW).

De inkorting, ten gunste van de reservataire erfgenamen (legitimarissen), van giften, heeft soortgelijke gevolgen als een herroeping of de verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde. Weliswaar gaat het om de bescherming van derden, doch vooreerst gaat het toch om een bijzondere categorie van derden (derden die tegelijkertijd rechtsopvolgers zijn van de vervreemder) en vervolgens is de regeling zeer gelijkaardig aan die van de ontbinding. De inkortbare eigendom kan dan ook worden gelijkgesteld met een eigendom krachtens een titel onder ontbindende voorwaarde⁶³ (ten aanzien van de verdere rechtverkrijgers zijn er wel enige verschillen tussen de inkorting en de ontbinding; zo geldt de niet-tegenwerpelijkheid van de ontbinding aan de samenlopende schuldeisers - art. 20, 5°, 7 Hyp.W. - niet voor de inkorting; zo kunnen de derde-verkrijgers zich beroepen op een voorrecht van eerdere uitwinning van de begiftigde - art. 920 BW).

(60 *sexies*) Nog beperkender dan de inkortbaarheid van beschikkingen om niet die het beschikbaar gedeelte overschrijden, is dat de reservataire recht hebben op een reserve *in natura*, en niet enkel in waarde (behalve in een hele reeks uitzonderingsgevallen); dit maakt dat ook beschikkingen bij

⁶² Dat sluit niet uit dat de derde-begunstiging ook dan in beginsel voor de belastingen aan successierechten is onderworpen (zie art. 8 W. Succ.).

⁶³ Vgl. H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 1250.

testament, die aan de reservataire het bewind over de goederen van de nalatenschap ontnemen, kunnen worden ingekort, zelfs indien de goederen ten gunste van die reservataire onder *trust* worden gesteld, zodat de waarde van de goederen hen wel toekomt. Een handeling onder levenden daarentegen, waarbij goederen worden overgedragen ten titel van beheer of in ruil voor een soortgelijke verbintenis jegens de vervreemder (*fiducie-gestion*), of waarbij zij onder zakenrechtelijk bewind worden gesteld ten gunste van de vervreemder (waar dat mogelijk is), is geen beschikking om niet. Wanneer de overdracht of onderbewindstelling geschiedt ten gunste van een derde, maar deze overdracht of onderbewindstelling kan worden gescheiden van de begunstiging van een derde (bv. overdracht aan een beheerder, gevolgd door schenking van de rechten die men heeft jegens die beheerder), zal inkorting aldus enkel deze latere begunstiging treffen en niet de overdracht aan de beheerder of onderbewindstelling zelf.

Inkorting is niet alleen mogelijk wanneer het voorbehouden erfdeel van een reservataire wordt aangetast door een vervreemding om niet, maar ook wanneer een gift aan de reservataire erfgenaam zelf wordt belast met een beding van onvervreemdbaarheid - deze laatste heeft namelijk recht op zijn voorbehouden erfdeel "vrij en onbelast".

(61) Aangezien het recht op inkorting deel uitmaakt van de erfaanspraak, is het "buiten de handel", d.w.z. kan er geen afstand van worden gedaan voor het openvallen van de nalatenschap, tenzij in de wettelijk geregelde gevallen (bv. art. 918 BW).

Wel is het mogelijk om de persoon die het testament niet eerbiedigt te onterven voor alles bovenop zijn reserve.

(62) De inkortbaarheid van de goederen wordt niet beheerst door de *lex contractus*, maar door de *lex successionis*, d.i. de wet van de ligging bij onroerend goed en die van de laatste woonplaats van de erflater bij roerend goed. Voor roerende goederen kunnen de toepasselijke regels dan ook niet op voorhand met zekerheid worden bepaald, al komt inkorting van beschikkingen over roerende goederen in de praktijk weinig voor.

Bij onroerend goed kan de begiftigde zich wel op voorhand beschermen tegen de inkorting, onder Belgisch recht meer bepaald onder de voorwaarden bepaald in art. 918 BW (nl. het akkoord bekomen van alle andere reservataire erfgenamen in rechte lijn).

3. Inbrengverplichting

(63) Ook de inbrengverplichting heeft zakelijke werking : door de inbreng komen de geschonken goederen vrij en onbelast terug in de nalatenschap. Indien de goederen voor het openvallen van de nalatenschap werden vervreemd, geschiedt er weliswaar geen inbreng *in natura*, doch dit geldt enkel bij vervreemding en niet bij bezwaring met zakelijke rechten (zie art. 860 en 865 BW).

4. Beperking van het testamentair bewind.

(63 *bis*) Tenslotte kan aan de erfgenamen het beheer over de nalatenschap niet worden ontnomen, met name door de aanstelling van een "testamentuitvoerder", tenzij in de zeer enge grenzen bepaald door art. 1026 en 1027 BW (de eerste bepaling stelt dat de *testator* aan de uitvoerder de *saisine* van de roerende goederen kan toevertrouwen voor hoogstens één jaar, de laatste dat de erfgenamen de *saisine* van de uitvoerder kunnen doen ophouden door zekerheidstelling). Voor zover de testator een algemeen legataris kan aanstellen (d.i. bij gebrek aan erfgenamen, dan wel enkel voor het beschikbaar gedeelte), verkrijgt deze de *saisine* wel zonder deze beperkingen, ook al gaat het algemeen legaat gepaard met ruime lasten voor de legataris, zodat de algemene legataris economisch gezien slechts een testamentuitvoerder is.

D. Huwelijksgoederenrechtelijke en vergelijkbare beperkingen

(64) Naast de beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid bij goederen van een huwelijksge-meenschap, die geen bijzonderheid is van het huwelijksgoederenrecht alleen, aangezien ze van za-kenrechtelijke aard is en ook bij andere gebonden gemeenschappen voorkomt, vinden we wel een aantal bijzondere bepalingen ter bescherming van echtgeno(o)t(e) en gezin, meer bepaald de nie-tigheden bepaald door art. 215 § 1 lid 2, 224 § 1, 1417 lid 2, 1419 en 1422 BW.

E. Wettelijke naastingsrechten.

(65) Vermogensrechtelijke beschikkingen kunnen in enkele gevallen ook botsen op wettelijke naastingsrechten, zoals bv. het voorkooprecht van de pachter of van openbare overheden, en de naastingsrechten bij vervreemding van een erfdeel en van een betwist recht. Op deze bijzondere gevallen wordt hier niet nader ingegaan.

F. Vennootschapsrechtelijke beperkingen.

(66) Ten slotte zijn er ook vennootschapsrechtelijke beperkingen, met name voor de uitoefening van lidmaatschapsrechten.

Ten eerste beperkt de wet de soorten lidmaatschapsrechten die mogelijk zijn bij vennoot-schappen (daar waar in het algemeen er geen wettelijke beperking bestaat van de soorten verbin-tenissen die men kan aangaan).

Vervolgens zijn er de beperkingen van stemafspraken in art. 501 (voorheen 74 *ter*) VennW

Men kan daaraan toevoegen dat in ons recht het lidmaatschapsrecht noodzakelijkerwijze een za-kelijk recht op het aandeel veronderstelt. Bij een opsplitsing van het eigendomsrecht op een aan-deel (door beperkte rechten dan wel vormen van mede-eigendom) is het in beginsel de wet die be-paalt wie de lidmaatschapsrechten uitoefent, al gebeurt dat niet altijd even duidelijk. Voorbeelden : bij vruchtgebruik; bij een *croupier*-verhouding. De mogelijkheid tot opsplitsing van de vermo-gensrechten en de lidmaatschapsrechten kwam hoger ook reeds ter sprake.

(67) Verder vloeit er ook een beperking voort uit art. 349, 1° + 389, 1° + 651, 1° (voorheen 200) VennW, krachtens welke bepaling men zich niet wetens als eigenaar mag aanmelden van en aan de stemming deelnemen met aandelen of obligaties die hem niet toebehoren. De betekenis van deze bepaling is evenwel overroepen, en oudere commentaren zijn vaak achterhaald door de wijziging van art. 74 VennW (intussen art. 547 v. VennW 1999), in 1991 en 1995. Indien men zich met het oog op de stemming niet als eigenaar aanmeldt, maar *qualitate qua*, op grond van een volmacht bv., is deze bepaling niet van toepassing. Het stemrecht van de beheerder van een beleggingsfonds die geen eigenaar is, is dan ook niet onbetwist. M.i. kan dus ook een fiduciaris of een *trustee q.q.* aan de stemming deelnemen, mits zijn hoedanigheid openlijk blijkt. Blijkens art. 503 (voorheen het in 1998 ingevoerde art. 43 bis § 1 lid 2 en 3) zal ook de houder van aandelen die certificaten

uitgeeft *qualitate qua* aan de stemming deelnemen.

G. Slotbemerking.

(68) Na dit overzicht van mogelijke hindernissen voor fiduciaire constructies, kan men natuurlijk een pleidooi gaan houden voor een versoepeling van deze regels, wat in de macht ligt van de wetgever. Een dergelijk pleidooi is in de mode en de wetgever brengt ook meermaals versoepelingen aan onder commerciële druk (in een poging om een groter deel van de juridische markt in eigen land te houden of te krijgen). In vele gevallen neemt dit de vorm aan van een gedeeltelijke deregulering - bijna steeds voorbehouden aan bijzondere marktdeelnemers of *lobby's* - gepaard met een zware regulering op publiekrechtelijk vlak (bestuurlijk toezicht). Het succes van de Anglo-Amerikaanse trust daarentegen berust grotendeels op het feit dat men een geschikte en vrij evenwichtige privaatrechtelijke vorm heeft gevonden, die algemeen toepasselijk is. Een herijking van enkele fundamentele regels is m.i. dan ook veel wenselijker dan een stortvloed aan nieuwe reglementering, zoals we de jongste jaren helaas hebben moeten meemaken⁶⁴. Dat daarbij een versoepeling van regels zoals het voorbehouden erfdeel *in natura* en het dadelijk karakter van de schenking ter sprake moet komen, lijkt me wel duidelijk.

⁶⁴ Vgl. mijn bijdrage "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van een *trust*-achtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *R.W.*, 1996-97, 137 v. = "La confiance est bonne, mais un *dual ownership* est préférable. Onze éléments essentiels à prendre en considération lors de l'introduction d'une figure similaire au trust ou contrat fiduciaire en droit belge", in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Bruylant Brussel 1997, p. 277 v.

II. Overzicht van “fiduciaire” rechtsfiguren - andere dan zekerheidsmechanismen - naar Belgisch recht.

(69) Gegeven de *numerus clausus* van zakelijke rechten, dient dan ook te worden nagegaan welke zakelijke rechten of rechten met zakelijke werking er in ons recht bestaan, die kunnen worden gebruikt voor fiduciaire doeleinden. Deze bijdrage behandelt daarbij enkel figuren voor vermogensbeheer (of -afwikkeling), géén zekerheidsmechanismen. De verschillende rechtsfiguren worden hierna geordend volgens de aard van het recht van de begunstigde. De zekerheidseigendom lijkt in ons recht overigens grotendeels veroordeeld te zijn sinds het cassatie-arrest van 16-10-1996 (zie hoger). Evenmin bespreek ik hier nader de vormen van vereffening/bewind, waarbij bepaalde goederen of hele vermogens worden gefixeerd (gekristalliseerd) tot afgescheiden vermogens met het oog op de vereffening ervan⁶⁵, met uitzondering van een korte noot over de vormen van bewind over de nalatenschap.

Aangezien dit deel voornamelijk handelt over de verschillen tussen de uiteenlopende rechtsfiguren, wordt niet nader ingegaan op de problemen die aan al deze figuren gemeenschappelijk zijn, zoals bv. dat van de inhoud van de fiduciaire verplichting, de belangenconflicten e.d.m.

⁶⁵ Bv. uitvoerend beslag, faillissement, gerechtelijk akkoord, boedelafstand, vereffening rechtspersoon, onbeheerde nalatenschap, nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving en collectieve schuldenregeling, boedelscheiding, beperkingsfonds geregeld door het LLMC-Verdrag (art. 48 Scheepvaartwet, de vroegere bodemerij), enz.

A. Vennootschap met rechtspersoonlijkheid - de begunstigde is aandeelhouder.

(70) Een eerste mogelijkheid bestaat er vanzelfsprekend in om het recht van de begunstigde de vorm te geven van een aandeel in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Daardoor ontstaat een afgescheiden vermogen met rechtspersoonlijkheid, dat bestuurd wordt volgens de regels van het vennootschapsrecht. De aandeelhouder behoudt via zijn aandeel de vermogenswaarde van de goederen en kan via zijn lidmaatschapsrechten gebeurlijk deelhebben aan het bestuur, doch dan niet als aandeelhouder, maar als orgaan van de vennootschap, dus in een andere hoedanigheid.

Naar Belgisch recht kunnen ook vennootschappen waarbij de bestuurders of een deel ervan hoofdelijk aansprakelijk zijn rechtspersoonlijkheid hebben (commanditaire vennootschappen, vennootschap onder firma en dergelijke).

Het gebruik van de vennootschapsfiguur wordt in deze bijdrage niet als dusdanig bestudeerd. Enkel worden enkele kenmerken ervan aangegeven om deze te kunnen vergelijken met andere rechtsfiguren.

(71) 1° Het verschil met de *trust* zoals gedefinieerd in het Haags *Trustverdrag*, is dat niet geldt dat er een vermogen is dat afgezonderd is van de persoon op wiens naam de goederen staan. Het afgezonderd vermogen is immers het vennootschapsvermogen zelf en het enige vermogen van die vennootschap. Men zou weliswaar in overdrachtelijke zin kunnen spreken van een splitsing van de eigendom, doordat de rechtspersoon juridisch volledig eigenaar is, terwijl het vermogen “economisch” toekomt aan de aandeelhouders, doch deze splitsing is vrij verschillend van de *trust*, temeer daar vermogenswaarde en zeggenschap in beginsel bij dezelfde partijen berusten, nl. bij de aandeelhouders.

Vermits er een afzonderlijke rechtspersoon is, is er vanzelfsprekend een afzonderlijk vermogen (en dus veralgemeende zakelijke subrogatie binnen dat vermogen). Ongeacht of het om een volkomen of onvolkomen rechtspersoon gaat, de goederen blijven volledig buiten het vermogen van de bestuurders (bewindvoerders). Hun privé-schuldeisers hebben er geen verhaal op. Bij onvolkomen rechtspersoonlijkheid en andere vormen van aansprakelijkheid van de bestuurders, zullen omgekeerd de privé-schuldeisers van de aansprakelijke bestuurder of zaakvoerder de samenloop met de vennootschapsschuldeisers ondergaan.

Alle vennootschappen veronderstellen een meerderheid van vennoten, behalve de BVBA. De BVBA is dus een constructie waarmee één persoon op zijn ééntje twee vermogens kan hebben, een algemeen vermogen en een bijzonder doelvermogen, en waarbij zijn (niet-zakelijk) recht op dat doelvermogen deel uitmaakt van zijn algemeen vermogen.

(72) 2° Bij een vennootschap hebben de rechten van de begunstigden - d.i. de aandeelhouders - een *g e z a m e n h a n d s* karakter (zie verder). Zij kunnen namelijk wél beschikken over hun aandeel in de vennootschap, maar niet over een aandeel in de afzonderlijke goederen van de vennootschap.

(73) 3° De aandeelhouders worden achtergesteld bij de schuldeisers van de vennootschap. Hun aandeel is slechts een *netto*-aandeel. De schuldeisers van de aandeelhouders behouden wél hun verhaal op de vermogenswaarde van de goederen die in de vennootschap zijn ingebracht, maar ook weer enkel op de *netto*-waarde; de vennootschapsschuldeisers hebben op het vennootschapsvermogen immers voorrang op de private schuldeisers van de aandeelhouders.

(74) 4° In ruil voor de achterstelling hebben de aandeelhouders niet alleen recht op rekenschap en verantwoording⁶⁶, maar ook zeggenschap over de vennootschap (lidmaatschapsrechten, die verschillen naargelang de vennootschapsvorm). Deze band tussen het vermogensrecht en de zeggenschap is trouwens één van de belangrijkste redenen waarom naar andere constructies wordt gezocht (de *trust* berust precies op de scheiding tussen beiden) - zie bv. verderop de fiduciaire eigendom.

(75) 5° Naamloosheid of niet hangt af van het soort aandeel. Aandelen aan toonder kunnen worden uitgegeven bij de naamloze vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen. Voor belangrijke deelnemingen in beursgenoteerde vennootschappen bestaat er wel een transparantiewetgeving. Bij alle andere vennootschappen zijn de aandelen noodzakelijk op naam (die ook niet kunnen worden omgezet in certificaten aan toonder, art. 503 VennW).

(76) 6° De inbreng is in beginsel een handeling onder bezwarende titel. Indien ze onder levenden geschiedt, is ze dus niet vatbaar voor inkorting. In zoverre de inbrenger het aandeel dan of later aan een derde doet toekomen (overdraagt), moet die verrichting natuurlijk op zichzelf worden beoordeeld.

(77) 7° In theorie kan de oprichtingsovereenkomst onderhevig zijn aan een ontbindende voorwaarde. Bij bepaalde vennootschappen evenwel is de oprichting geabstraheerd van de inbreng van elk der aandeelhouders. Zo de inbreng kan worden ontbonden, heeft dit dan geen ontbinding van de vennootschap tot gevolg.

De oprichter heeft in beginsel als dusdanig géén rechten, andere dan diegene die hij heeft als aandeelhouder (zolang hij aandeelhouder is).

(78) 8° De omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de organen van de vennootschap wordt in beginsel bepaald door de inwendige verhouding. Bij de belangrijkste vennootschapsvormen evenwel (NV en BVBA) geldt—krachtens art. 522 en 526 VennW (voorheen art. 54 en 63 *bis*, ingevoegd door W. 6 maart 1973 tot omzetting van de eerste vennootschapsrichtlijn)⁶⁷, - dat

⁶⁶ Naast de gemeenrechtelijke regels inzake lastgeving, gelden naargelang de vennootschapsvorm bijzondere regels, i.v.m. aansprakelijkheid, rekenschapsplicht, belangenconflicten, en dergelijke meer. De verplichting tot afgifte van de door het mandaat verworven voordelen vloeit voort uit het gemeen recht van de lastgeving.

⁶⁷ Vgl. P. van OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 439, nr. 268; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Story Gent 1975, nrs. 284-289 en 320-327; J. RONSE,

:

- voor handelingen binnen het vennootschapsdoel een inwendige (zelfs statutaire) beperking op de door de wet bepaalde bevoegdheid van de Raad van bestuur van een NV of BVBA niet aan derden kan worden tegengeworpen, ook al is die beperking openbaar gemaakt (art. 522 § 1 VennW, voorheen art. 54; zie voor de BVBA art. 257);
- de beperking van de bevoegdheid van de bestuurders tot handelingen binnen het doel van de vennootschap niet aan derden kan worden tegengeworpen, tenzij bewezen wordt dat de derde op de hoogte was, of er, gezien de omstandigheden, niet onkundig van kon zijn; bekendmaking van de statuten alleen is echter geen voldoende bewijs (art. 526 VennW, voorheen art. 63 *bis*; zie voor de BVBA art. 258 en vgl. voor de CVBA art. 407).

Aldus schept het uitwendige feit van de benoeming als bestuur(der)⁶⁸ een (externe) "vertegenwoordigingsmacht", en dus ook een macht om te beschikken over de vennootschapsgoederen, waarbij derden geen nader onderzoek moeten verrichten. Deze macht is groter dan bij de gewone beschikkingsonbevoegdheid (buiten het kader van deze vennootschappen), waar een iets strengere eis van goede trouw van de derde wordt gesteld. Dit vergroot vanzelfsprekend de zekerheid in het rechtsverkeer, maar verzwakt de bescherming van de aandeelhouders bij bevoegdheidsoverschrijding door de vennootschapsorganen.

J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1978-1985. Vennootschappen", *TPR* 1986, (859) 912-913 nr. 57; zie ook reeds W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 147, p. 477 noot 12.

⁶⁸ De publicatie van een bestuurdersbenoeming heeft overigens op zichzelf ook een waarde ten aanzien van derden. Dit opzicht komt hier niet nader aan bod.

B. Vereniging en stichting met rechtspersoonlijkheid

(79) Een andere mogelijkheid waarbij de volle eigendom berust bij de persoon die het goed beheert, vinden we bij de rechtspersonen zonder winstoogmerk, met name de vereniging zonder winstoogmerk (met rechtspersoonlijkheid) en de stichting (op dit ogenblik bestaat alleen de stichting van openbaar nut, door de wet op dit ogenblik nog private instelling van openbaar nut genoemd; volgens een intussen vervallen voorontwerp van wet zou de naam worden gewijzigd in stichting van openbaar nut en tevens de private stichting worden ingevoerd). Op deze wijze kan opnieuw een vermogen worden afgezonderd.

Anders dan bij de vennootschap verkrijgen de inbrengers in beginsel géén schuldvordering op een (met hun inbreng evenredig) aandeel in het verenigings- of stichtingsvermogen. Bij de vereniging mag men de betekenis hiervan niet overroepen : uitgesloten is de verdeling van de winst onder de leden; de leden kunnen in ruil voor hun bijdrage wel schuldvorderingen op prestaties van de vereniging verkrijgen zodat deze geen of nauwelijks winst maakt), andere dan geld. Wel moeten die prestaties in beginsel kaderen in het (niet-economische) doel van de vereniging. Bij de stichting zijn er geen leden (de overheid moet de oprichting ervan wel goedkeuren), wel kunnen er benoemers zijn (personen die de beheerders benoemen, dit in de gevallen waarin de statuten niet voorschrijven dat dit door coöptatie gebeurt - zie art. 33 VZW-wet).

Kenmerkend is verder dat gebeurlijke schuldvorderingen, van de leden of van derde-begunstigden, niet ontstaan door de oprichting zelf van de vereniging of stichting, maar slechts voortvloeien uit beslissingen die de vereniging of stichting achteraf neemt. In die zin is de begunstiging door middel van een vereniging steeds discretionair (en dus vergelijkbaar met een *discretionary trust*): de oprichting van een vereniging of stichting doet slechts gebeurlijke rechten ontstaan, geen daadwerkelijke schuldvorderingen van begunstigden.

De inbreng in een vereniging of stichting is dan ook in beginsel een handeling om niet (en dus bv. aan inbreng en inkorting onderworpen), tenzij in zoverre er een rechtstreekse tegenprestatie staat tegenover de inbreng (bv. voor zover het lidgeld de aankoopprijs is van een tijdschrift of boek).

Hebben de leden van een vereniging *c.q.* de stichters van een stichting geen vermogensrechten ten aanzien van de goederen van de vereniging of stichting, dan hebben zij wel lidmaatschapsrechten (bij de vereniging) of kunnen zij een bepaalde zeggenschap bedingen (bij de stichting)⁶⁹. Ook kan bij een VZW elk lid en elke derde belanghebbende in beginsel nietigverklaring vorderen van beslissingen die strijdig zijn met de statuten of waarbij het vermogen voor andere dan de statutaire doeleinden wordt gebruikt (art. 18 VZW-wet). Bij de stichting van openbaar wordt deze sanctie niet geregeld in de wet (wel de afzetting van de bestuurders op vordering van de overheid - zie art. 40 VZW-wet). Dit laat in de meeste gevallen aan de organen van de vereniging of stichting nog een ruime beslissingsbevoegdheid. In het voorontwerp van wet over de private stichting vindt men

⁶⁹ Ook hier gelden naast de gemeenrechtelijke regels inzake lastgeving (waaronder de verplichting tot afgifte van de door het mandaat verworven voordelen) ook een aantal bijzondere regels voor de vereniging *c.q.* de stichting

een regeling die is afgekeken van art. 522 VennW.

Hoewel de vereniging en stichting taken vervullen waarvoor in *common law* landen *trusts* worden gebruikt, is er opnieuw hetzelfde verschil, dat hier geen sprake is van een vermogen dat niet toebehoort aan de persoon op wiens naam het staat, en afgescheiden is van diens eigen vermogen. Het afgezonderd vermogen is immers het verenigings- of stichtingsvermogen zelf en het enige vermogen van die vereniging of stichting. Niettemin vertoont de stichting functioneel wel een sterke gelijkenis met bepaalde vormen van *trust*.

C. De eigendom berust bij de beheerder : *fiducia cum amico*; de begunstigde is al dan niet louter schuldeiser,

1. Beginsel, toepassingen, kwalificatie.

(80) Daarnaast is het vanzelfsprekend ook mogelijk om bij rechtshandeling daadwerkelijke schuldvorderingen toe te kennen die in verhouding staan tot de vermogenswaarde van bepaalde goederen of in ruil voor de overdracht van bepaalde goederen, waarbij de begunstigde ook een derde kan zijn. In zoverre de eigenaar van de goederen aan de begunstigde verantwoording is verschuldigd over zijn beheer en niet zelf gerechtigd is tot de winst (of hoogstens tot een percentage ervan), is er een “fiduciare verplichting” (*fiduciary duty*, *Treupflicht*, d.i. loyaliteitsverplichting) en kan men spreken van eigendom ten titel van beheer en komt de rol opnieuw in de buurt van de *trust*. In feite betreft het hier veeleer de romeinsrechtelijke *fiducia cum amico* (*fiducie-gestion*, *Verwaltungstreuhand*).

Van een fiduciare constructie spreken we nog niet bij de eenvoudige schuldvordering, waarbij de begunstigde gewoonweg schuldeiser is van een andere persoon (natuurlijke of rechtspersoon). De schuldvordering kan een vaste of een variabele opbrengst hebben. Het kan gaan om een vordering met verloren kapitaal, bv. rente voor een bepaalde duur of lijfrente (voor de duur van zijn leven is ook een “bepaalde” duur) (altijdurende rente daarentegen is essentieel aflosbaar : wanneer betaling wordt stopgezet heeft de begunstigde recht op terugbetaling van het kapitaal). Het kan ook gaan om een vordering op periodieke uitkeringen en op termijn uitkering van een kapitaal. Het kan gaan om een vordering tot uitkering op (bepaalde of onbepaalde) termijn van een éénmalige (gekapitaliseerde) prestatie.

Bij “fiduciare” constructies hebben we het namelijk over die gevallen waarin de schuldvordering van de begunstigde verbonden is aan de waarde of opbrengst van één of meer goederen en de eigenaar daarvoor rekening en verantwoording is verschuldigd. De terminologie is bijzonder misleidend, omdat men in het Frans “*fiduciaire*” gebruikt zodra er sprake is van een vertrouwensbetrekking - waardoor alle overeenkomsten als fiduciare verrichtingen zouden moeten worden gekwalificeerd - terwijl de *fiduciary duty* van het Anglo-Amerikaanse recht een bijzondere vorm van verplichting is, nl. een verplichting om goederen voor rekening van een ander te beheren (in beginsel zonder dat men zich door andere of eigen belangen mag laten beïnvloeden) en over het beheer van die goederen rekening en verantwoording te doen⁷⁰ (in een heel ruime betekenis gaat het om de verplichting tot handelen in andermans belang en niet in eigen belang, die zelfs aanwezig kan zijn bij personen die enkel advies geven en niet zelf handelen voor rekening van een ander; hier wordt de term in een iets beperktere betekenis gebruikt).

(81) Toepassingen waarbij de begunstigde een loutere schuldeiser is, maar er een zekere band be-

⁷⁰ Vgl. H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren in België”, *TPR* 1992, (1097) 1099 nr. 2 en 1100-1101 nr. 4. Voor een recente bespreking van de *fiduciary duty* in het Nederlands, zie L.D. VAN SETTEN, *De commissionair in effecten*, Kluwer Deventer 1998, 110 v.

staat tussen zijn rechten en - de waarde van - één of meer bepaalde goederen, en dus ook een re-
kenschapsplicht (*fiduciary duty*) vinden we bv. bij de klassieke vastgoedcertificaten⁷¹, bij beleg-
gingen in beleggingsvennootschappen anders dan als aandeelhouder, bij “*portage*” van aandelen
(waarbij de *porteur* volledig eigenaar wordt, maar er tussen hem en een derde een overeenkomst
bestaat met o.m. een verkoop- en/of – aankoopoptie)⁷², en dergelijke meer. Bepaalde verzeke-
ringsproducten zijn eveneens aan fiduciaire verplichtingen onderworpen.

Een vorm van fiduciaire eigendom is ook de niet-geïncorporeerde stichting (goederen die aan een
bepaalde persoon zijn overgedragen om voor een bepaald doel te worden aangewend, zonder dat
hiervoor een afzonderlijke rechtspersoon wordt opgericht).

Een bijzonder geval is ook de legataris onder last : wanneer er geen reservataire erfgenamen zijn, is
het aanstellen van een legataris met veel lasten tot uitkering van goederen en constructie om de
testamentuitvoerder de *saisine* te geven⁷³.

(81 *bis*) Aangezien de fiduciair in deze gevallen eigenaar is van de goederen, zijn de gemeenrechte-
lijke regels inzake lastgeving (aansprakelijkheid, re-
kenschapsplicht, voordeelsafdracht, regels in-
zake belangenconflicten, informatieplichten enzovoort) niet als dusdanig toepasselijk, maar zij
worden naar analogie toegepast, vermits dergelijke verplichtingen uit de aard van de overeenkomst
volgen (en dit onder voorbehoud van nadere regels, zoals die meer bepaald voor beleggingsonder-
nemingen gelden). Deze verplichtingen kunnen wel geen beperking vormen voor de beschikkings-
bevoegdheid van de eigenaar.

(81 *ter*) Bij certificering van aandelen en soortgelijke effecten (meer bepaald certificering in België
van buitenlandse aandelen op naam⁷⁴, of certificering van Belgische aandelen door een administra-
tiekantoor⁷⁵) is de uitgever eveneens eigenaar, doch de certificaathouder geen loutere schuldeiser -

⁷¹ Zie o.m. H. SWENNEN, *TPR* 1992, (1097) 1107 v. nr. 9; V. DE SCHRYVER, “Effectisering van onroerend
goed”, *RW* 1997-98, 1200 v.

⁷² Zie o.m. K. GEENS & M. WYCKAERT, “Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-
overeenkomsten”, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Bruylant Brussel 1997, (129)
161 v. Deze schrijvers gaan uitvoerig in op de verzoenbaarheid van portage met art. 1855 BW, intussen art. 32
VennW 1999, met name de vraag of *portage* niet in strijd zou zijn met het beginsel dat elke vennoot moet delen
in het verlies. M.i. berust de hele discussie op een onzorgvuldige lezing van de wetsbepaling. Deze stelt immers niet
dat elke vennoot moet delen in het verlies, maar wel dat elke inbreng moet delen in het verlies. *Portage* doet daar-
aan geen afbreuk; of het nu de *porteur* is dan wel de achterman die het verlies lijdt vernadert niets aan het feit dat
de met hun aandelen overeenstemmende inbreng wel deelt in het verlies.

⁷³ Zie over deze figuren uitvoeriger R. ZIMMERMANN, “Heres fiduciarius ? Rise and Fall of the testamentary
Executor”, in *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective* (red. R. Helmholz & R. Zimmer-
mann), Duncker & Humblot Berlin 1998, p. (267) 295-296.

⁷⁴ In België sedert de jaren vijftig gebruikelijk – zie o.m. SWENNEN, *TPR* 1992, (1097) 1101 v. nr. 5; K.
GEENS & M. WYCKAERT, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (129) 131 v.

⁷⁵ Zie o.m. H. SWENNEN, *TPR* 1992, (1097) 1103 v. nr. 6-8; K. GEENS & M. WYCKAERT, in *Le trust et la
fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (129) 131 v.

althans niet bij certificatie van Belgische aandelen (zie de bespreking verder).

(82) Of de overdracht ten titel van beheer een handeling om niet of onder bezwarende titel uitmaakt, hangt af van de nadere inhoud van de overeenkomst. Voor zover de overdrager ook volledig begunstigde is, gaat het om een handeling onder bezwarende titel. Indien de overdrager de begunstiging geheel of gedeeltelijk doet toekomen aan een derde gaat het om een onrechtstreekse schenking, dus om een handeling om niet.

2. Mogelijke privaatrechtelijke gevolgen : voordelen.

(83) Deze constructies bieden als belangrijkste voordeel hun soepelheid. Denken we bv. aan de volgende mogelijkheden :

1° Het is mogelijk een derde te begunstigen, zonder dat deze derde reeds onmiddellijk een vast recht verkrijgt (dit veronderstelt wel dat de begunstiging “in waarde” geschiedt, en niet *in natura*. Indien de beheerder verplicht is de goederen zelf te bewaren en over te dragen aan de derde, gaat het om een beschikking “over de hand” die in beginsel nietig is).

Anders dan bij een rechtstreekse schenking, hoeft de onrechtstreekse schenking niet “dadelijk” te zijn, in de zin dat de derde-begunstigde niet noodzakelijk een dadelijk recht verkrijgt (hij verkrijgt immers geen recht op de overgedragen goederen, maar enkel een schuldvordering, zij het dat die kan verbonden zijn aan de waarde van de goederen). De verkrijger gaat weliswaar dadelijk jegens de bedinger een verbintenis aan om jegens de derde te presteren, maar de derde verkrijgt nog niet noodzakelijk dadelijk een recht op die prestatie. Hij verkrijgt dat recht slechts bij aanvaarding ervan.

Zo kan men door middel van een derdenbeding of een schenking of legaat onder last ook een derde die nog niet bestaat begunstigen. De derde moet wel bepaalbaar zijn. Zolang de derde niet aanvaard heeft (wat veronderstelt dat hij bestaat), wordt hij ook niet beschermd tegen een gebeurlijke herroeping van de begunstiging, minstens bij akkoord van de beide andere partijen (bij derdenbeding en schenking onder last). Een legaat onder last heeft het nadeel dat de legataris niet verplicht is te aanvaarden, en bij verwerping de goederen aan de wettige erfgenamen toekomen. Een onherroepelijke begunstiging van niet bestaande derden kan, behalve door middel van de toegelaten erfstellingen over de hand (zie hoger) enkel via een vereniging zonder winstoogmerk of stichting, maar in die gevallen verkrijgt de derde niet rechtstreeks een subjectief recht (vgl. hoger).

Wel is het zoals bij een rechtstreekse schenking, niet meer mogelijk een door de begunstigde aanvaarde begunstiging ongedaan te maken⁷⁶ (tenzij in de gevallen waarin ook een rechtstreekse schenking kan worden herroepen, bv. tussen echtgenoten). Maar het is wel mogelijk om de aan-

⁷⁶ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nr. 111; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, XII nr. 174. De oplossing is betwist; zo bv. kan vlg. F. LAURENT, *Principes* XV nr. 570, de bedinger de overeenkomst ontbinden wegens wanprestatie, zij het dat de begunstigde dan verhaal heeft op de bedinger.

vaarding door de begunstigde te doen uitstellen, en zodoende de begunstiging herroepelijk te houden tot op de dag waarop de prestatie door de beheerder (fiduciaris) opeisbaar wordt. Zolang de derde de begunstiging niet heeft aanvaard, kan ze immers ongedaan worden gemaakt (of dit eenzijdig kan door de bedinger of niet, hangt af van de overeenkomst). Het herroepingsrecht kan men beschouwen als een beschikkingsrecht over de “waarde” van de goederen. Minstens in sommige gevallen is dit beschikkingsrecht niet vatbaar voor beslag, “*konkursfest*”, enzovoort – zo bv. het recht tot herroeping van de begunstiging van een levensverzekering (art. 112, lid 3 Landverzekeringsovereenkomstenwet 25 april 1992). In die zin zou men kunnen zeggen dat de schuldvordering op de verzekerde prestaties bij levensverzekering een goed onder “*dual ownership*” vormt, meer nog een soort *discretionary trust* in handen van de verzekeringnemer.

De begunstigde loopt wel het gevaar dat de belover de overeenkomst ontbindt wegens wanprestatie van de bedinger, en heeft in dat geval hooguit recht op schadevergoeding vanwege de bedinger.

NB. Anders dan een loutere schuldvordering, kan een zakelijk recht niet zwevend zijn. Vandaar dat bij een fiduciaire constructie zonder volle eigendomsoverdracht (zoals in verder te bespreken figuren), het zakelijk recht van de begunstigde rechtstreeks van de overdrager naar de begunstigde moet gaan, en dus ofwel in het vermogen van de ene ofwel in dat van de andere valt.

2° Er kan een opeenvolging in de tijd zijn van meerdere begunstigten, elk voor een bepaalde periode. Wanneer de begunstigde een zakelijk recht heeft, kan dit slechts door een opsplitsing van het eigendomsrecht in naakte eigendom en beperkt recht (bv. vruchtgebruik) of door middel van een *fideicommiss* waar deze geldig is (zie verder).

3° Verder kunnen de begunstigten gemakkelijker anoniem blijven ten aanzien van de wederpartij (medecontractant) van de beheerder-eigenaar (inbegrepen de vennootschap die de effecten heeft uitgegeven die door de fiduciaris worden beheerd).

4° Voor goederen waarvan de overdracht aan bijzondere formaliteiten of kosten is onderworpen, zoals met name bij onroerend goed (publiciteit, registratierechten, toepasselijkheid bodemsaneringsdecreet, enzovoort), kan men aldus het recht op de “waarde”, d.i. de economische opbrengst van het goed overdragen zonder aan de vereisten voor overdracht van het goed zelf te moeten voldoen (of dergelijke “roerendmaking” ook met behoud van het eigendomsrecht op het goed zelf mogelijk is, komt verder nog ter sprake).

5° Het faillissement van de begunstigde (niet-overdrager) en soortgelijke toestanden hebben geen invloed op het beheer (“*konkursfest*” karakter). Het faillissement van de overdrager heeft slechts invloed voor zover de overdracht zelf niet-tegenwerpelijk is aan de schuldeisers, omwille van de *actio Pauliana* of gelijkaardige vorderingen.

6° Voor zover de eigendom van de beheerder ook een volledige beschikkingsbevoegdheid inhoudt, heeft ook dit het voordeel van de zekerheid in het verkeer. De verkrijger dient dan immers geen nader onderzoek te verrichten. Dit voordeel vermindert natuurlijk naarmate men beperkingen van

de beschikkingsbevoegdheid aanvaardt.

3. Mogelijke privaatrechtelijke gevolgen : nadelen.

(84) Indien ze niet bijzonder wordt versterkt, zal de positie van de begunstigde in deze constructies wel erg zwak zijn. Wanneer de bewindvoerder (fiduciaris) *ex hypothesi* beschikt over de volle eigendom van de goederen, niet bezwaard door een zakelijk recht van de fiduciant / begunstigde, dan is zijn rechtsverhouding tegenover de begunstigde zuiver verbintenisrechtelijk.

1° In geval van faillissement van de bewindvoerder en andere gevallen van samenloop (inbegrepen bv. het overlijden, telkens wanneer de nalatenschap niet zuiver en eenvoudig wordt aanvaard) vallen de goederen in zijn boedel, en is de begunstigde / fiduciant gewoon chirografair schuldeiser. De goederen vormen geen afgescheiden vermogen. Zij maken deel uit van de nalatenschap, ev. ook huwelijksgemeenschap van de "trustee". Spreken van zakelijke subrogatie heeft geen zin, vermits de begunstigde geen zakelijk recht heeft over de goederen.

2° Beperkingen aan de bestuurs- of beschikkingsbevoegdheid van de fiduciaire eigenaar werken niet zakelijk, d.w.z. kunnen niet worden ingeroepen tegen derden (behoudens via de derde-medeplichtigheid) noch in geval van samenloop. Komt de bewindvoerder (fiduciaris) zijn verplichtingen tegenover de fiduciant / begunstigde niet na, dan is dit weliswaar wanprestatie, maar is de fiduciant / begunstigde daartegen helemaal niet zakenrechtelijk beschermd.

Omgekeerd is de eigendom van de fiduciaris ook niet zakenrechtelijk beperkt, en is deze persoon dus volledig beschikkingsbevoegd : ook al zou hij niet mogen vervreemden, hij kan dit wel, en het verbod heeft geen zakelijke werking. Aangezien de fiduciaire eigenaar beschikkingsbevoegd is, is de derde-verkrijger beschermd ook indien hij niet aan de gewone eisen voor bescherming van verkrijgers te goeder trouw voldoet (zie hoger over deze vraag). De begunstigde heeft geen volgrecht. Weliswaar kan de omweg van de leer der derde-medeplichtigheid dit in sommige gevallen oplossen, maar de aanspraak van de begunstigde tegen de derde blijft een zuiver verbintenisrechtelijke aanspraak die niet bestand is tegen samenloop (niet "*konkursfest*") met andere schuldeisers van de derde. Via de *actio Pauliana*, wanneer zij mogelijk is, ontsnapt men wel aan andere schuldeisers van de derde, maar niet aan samenloop met de andere schuldeisers van de beheerder/ fiduciaris.

3° Ook hebben de schuldeisers van schulden die voor het beheer van die goederen zijn aangegaan géén voorrang op de andere schuldeisers van de bewindvoerder, vermits de goederen ook hier geen afgescheiden vermogen vormen, maar "bruto" in de boedel vallen van de bewindvoerder.

4° Omgekeerd ontsnappen de goederen aan de schuldeisers van de begunstigde / fiduciant, zij het dat die natuurlijk wel de schuldvorderingen die de begunstigde heeft op de bewindvoerder, kunnen innen of verzilveren.

5° Hierboven (nr. 83) kwamen reeds een aantal gevallen ter sprake, waarin de begunstiging van de

derde kan worden herroepen of ongedaan gemaakt.

6° Tenzij in het geval waarin de beheerder slechts een vruchtgebruik heeft, is er bij het einde van de beheersperiode een nieuwe overdracht nodig om de begunstigde / bestemming eigenaar te maken (tenzij door de werking van een ontbindende voorwaarde). Ook een vervanging van de fiduciaris veronderstelt een overdracht in eigendom - wat niet het geval is indien de beheerder geen eigenaar is. Voor goederen waarvan de overdracht aan bijzondere vormen of kosten is onderworpen, zoals met name bij onroerend goed, is dit een belemmering.

(85) Uit al deze gevolgen blijkt dat deze constructies wat de rechtsgevolgen betreft weinig met een *trust* te maken hebben. Zij beantwoorden ook niet aan de eisen die het Haags *Trust*verdrag stelt voor de erkenning van een *trust*, aangezien er geen afgescheiden vermogen is, en de goederen deel uitmaken van het vermogen van de *trustee*. De beheerder wordt volwaardig eigenaar van de goederen en kan er in beginsel vrijelijk over beschikken. Weliswaar dient hij de opbrengst van de goederen aan een andere (de overdrager of een derde-begunstigde) te doen toekomen (van fiduciaire eigendom spreken we maar wanneer de schuldvordering van de begunstigde verbonden is aan de waarde of opbrengst van één of meer goederen) - doch daarbij gaat het om een zuivere schuldvordering (het zgn. "fiduciair passief") - vandaar is de term "economische eigendom" in ons recht inderdaad misleidend⁷⁷.

4. Versterking van de positie van de begunstigde.

a) Mechanismen met zakelijke werking.

1° Zakelijk recht van de begunstigde.

(86) De positie van de begunstigde wordt vanzelfsprekend versterkt wanneer hem een zelfstandig zakelijk recht wordt toegekend. Verder in deze bijdrage bestuderen we dan ook de verschillende constructies waarin de begunstigde zo een zakelijk recht heeft, met name de gevallen waarin hij eigenaar of mede-eigenaar is. Bijzondere, *trust*achtige, gevallen van opsplitsing van de eigendom vinden we bij de toegelaten gevallen van erfstelling over de hand (*fideicommiss*) en bij de kwaliteitsrekening en aanverwante. Deze laatste wordt verderop besproken.

Deze komen verderop kort ter sprake.

(87) Een wettelijk georganiseerde splitsing van het eigendomsrecht, die we "fideicommissair bewind" kunnen noemen, vinden we bij de geoorloofde erfstellingen over de hand zoals geregeld door art. 1048 v. BW en bij het *fideicommiss de residuo*. Deze komen verderop kort ter sprake.

(88) Ook het nu verdwenen "dotaal stelsel" van huwelijksgoederenrecht kende een opsplitsing van het eigendomsrecht.

⁷⁷ Vgl. P.A. FORIERS, "La fiducie en droit belge", in C. WITZ & B. OPPETIT (red.), *Les opérations fiduciaires*, Feduci - LGDJ, Parijs 1985, p. (263) 281.

2° Zakelijke werking van een ontbindende voorwaarde.

(89) Wanneer het gaat om goederen die afkomstig zijn van de begunstigde (fiduciant) of van een bedinger te zijnen gunste, kan de positie van de begunstigde worden versterkt door een *ontbindend beding in de titel* waarmee de fiduciaris de goederen verkrijgt. De ontbinding heeft in ons recht immers in beginsel zakelijke werking (zij het dat deze sterk werking ten aanzien van de schuldeisers van de fiduciaris vaak maar geldt indien aan publiciteitsvoorwaarden is voldaan). De ontbinding helpt de begunstigde evenwel niet, wanneer zij als resultaat heeft dat de goederen terugkeren naar de oorspronkelijke bedinger en niet naar de begunstigde. De overdracht onder ontbindende voorwaarde brengt immers geen opsplitsing van het eigendomsrecht meer : de bedinger heeft niet zoiets als een “eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde” (in het Duits *Anwartschaftsrecht* genoemd), dat zou kunnen worden overgedragen aan de begunstigde op dergelijke wijze dat de begunstigde niet alleen de ontbinding zou kunnen vorderen, maar daarmee tevens zou bereiken dat de goederen van rechtswege aan hem toekomen (zonder dat ze eerst langs het vermogen van de bedinger of zijn erfgenamen moeten passeren). Wel kan men tegelijk een tweede overdracht overeenkomen onder opschortende voorwaarde van vervulling van de eerstgenoemde voorwaarde. In dat geval vindt er bij verwezenlijking van de eerstgenoemde (de ontbindende) in beginsel een dubbele overdracht plaats⁷⁸. Is de oorspronkelijke bedinger intussen failliet gegaan, dan blijft de begunstigde wel in de kou staan.

Een ontbindende voorwaarde kan aldus de verbintenis van de fiduciaris verstevigen; dit veronderstelt natuurlijk wel dat die verbintenis geldig is. Hoger werden zo reeds de grenzen besproken van aan een verkrijger opgelegde vervreemdingsverboden en dergelijke. Ook kan men uit de rechtspraak in verband met de zekerheidsoverdracht (hoger besproken) afleiden dat de beschikkingsbeperkingen van de fiduciaris niet zover kunnen gaan, dat zijn eigendomsrecht afhankelijk wordt, en het goed dus in feite uit het handelsverkeer verdwijnt.

3° Zakelijk recht van de certificaathouder

(90) Certificatie van aandelen, winstbewijzen, converteerbare obligaties en warrants in een NV, Comm.V op aandelen of BVBA is sinds kort in de artikelen 242 en 503 VennW (voorheen 124 ter en 43 bis zoals ingevoegd bij wet van 15 juli 1998, in werking sinds 1-11-1998). Volgens art. 503 § 1 lid 5 VennW (voorheen 43 bis) en 242 § 1 lid 6 VennW (voorheen 124 ter) is het de uitgever van certificaten verboden om de aandelen e.d. waarvoor certificaten zijn uitgegeven te vervreemden, behoudens andersluidende overeenkomst. Dit verbod wordt versterkt doordat de certificaathouder (fiduciant) de certificatie in beginsel steeds ongedaan kan maken door de certificaten om te wisselen tegen de effecten waarop zij betrekking hebben (nieuwe art. 503 § 1 lid 6 en 242 § 1 lid 7

⁷⁸ Dit is het geval bij de tontine in enge zin. In geval van tontine zullen de registratierechten bij die tweede overdracht wel maar worden geheven op het bijkomend deel dat de overlevende verkrijgt, waardoor de tontine gelijk wordt behandeld met de aanwasovereenkomst. Zie Aanschrijving nr. 17 van 22-10-1992, *T. Not.* 1994, 94 = *RGEN* 1993 nr. 24.189.

VennW).

Weliswaar bepaalt de wet dat het administratiekantoor eigenaar is van de gecertificeerde effecten, maar ook al zou dit zo zijn, dan nog verkrijgt de begunstigde dus wél een eigendom onder opschortende voorwaarde, die - als *accessorium* van zijn schuldvordering op het kantoor - met het certificaat kan worden overgedragen. Nog juist is het o.i. te stellen dat de certificaathouder wel degelijk een zakelijk recht heeft, dat men als een soort *Anwartschaftsrecht* kan beschouwen. Immers, de omwisselbaarheid (tegenwerpelijk aan de schuldeisers van het administratiekantoor) geldt ook wanneer de effecten niét vooraf door de certificaathouder aan de uitgever werden overgedragen. We vinden hier dus veeleer een vorm van opsplitsing van het eigendomsrecht, die wellicht onder de *trust*definitie van het Haags *Trust*verdrag valt. Het recht van de certificaatouder heeft wel betrekking op een aandeel van het geheel van de gecertificeerde effecten (een soort mede-eigendom dus) en niet op individuele effecten. Bovendien lijkt de wetgever elk volgrecht van de certificaathouder uit te sluiten (dus in beginsel ook indien de derde-verkrijger niet zou voldoen aan de voorwaarden van art. 2279 BW), zij het dat een onrechtmatige vervreemding door het administratiekantoor in geval van bedrog wel door middel van de *actio Pauliana* kan worden aangevochten (met de desbetreffende zakelijke werking, zie hoger).

4° Klassieke zakelijke zekerheidsrechten.

(91) De positie van de begunstigde kan worden versterkt door een klassieke zakelijke zekerheid, bv. een pandrecht op de goederen die onder het beheer staan van de fiduciant. Doch de inpandgeving van lichamelijke goederen en effecten aan toonder vereist een buitenbezitstelling van de fiduciaire eigenaar, bv. door een bewaargeving in handen van derden. Inpandgeving van aandelen of andere vorderingen die op naam (van de fiduciaris) staan, vereist in beginsel géén formaliteiten, maar toch zal in geval van botsende rechten de (oudste) kennisgeving aan de debiteur van de in pand gegeven schuldvordering de doorslag geven, en is deze dus sterk aan te bevelen (zie art. 1690 BW, ruim uitgelegd door de rechtsleer). Wanneer de begunstigde een pandrecht heeft op de goederen, kan ook zakelijke subrogatie spelen, zij het binnen bepaalde grenzen (*tracing* houdt op wanneer er een omzetting in geld plaatsvindt).

(Noord-)Nederland kent bv. een wettelijk pandrecht van de certificaathouders op de gecertificeerde aandelen. De art. 242 en 503 VennW kiezen zoals gezegd voor een ander stelsel, nl. de mogelijkheid tot omwisselen, die niet kan worden gelijkgesteld met een pandrecht, maar veeleer met een *Anwartschaftsrecht*.

b) Andere mechanismen.

1° Publiekrechtelijk toezicht.

(92) De positie van de begunstigde kan feitelijk worden versterkt door de uitbouw van een publiekrechtelijk toezicht op de eigenaar-beheerder, zoals geschiedt in de wetgeving op de kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, instellingen voor collectieve belegging e.d. Daarop wordt

hier niet ingegaan⁷⁹. In beginsel gaat het hier om alle gevallen waarin iemand beroepsmatig geld of financiële instrumenten ontvangt. Overdracht van andere goederen in eigendom ten titel van beheer valt daar meestal buiten. Deze regels zijn voor een groot deel evenmin van toepassing op administratiekantoren (uitgevers van certificaten van effecten), behoudens de regels die gelden in geval van publiek beroep op het spaarwezen (bij openbare uitgifte van certificaten).

2° Privaatrechtelijke, quasi-vennootschapsrechtelijk toezicht.

(93) In sommige gevallen wordt ook het privaatrechtelijk toezicht van de begunstigen/ schuldeisers georganiseerd. We kunnen dan spreken van quasi-vennootschapsrechtelijke constructies : algemene vergadering van certificaathouders, enzovoort⁸⁰. Het gaat daarbij om een nadere uitwerking van de rekenschapsplicht van de fiduciaris. In dergelijke constructies kan de algemene vergadering ook een wijzigingsbevoegdheid verkrijgen⁸¹.

3° Verplichting tot onderbrenging in afzonderlijke rechtspersonen

(94) De versterking kan er ook in bestaan dat de eigenaar een rechtspersoon is, die geen andere bedrijvigheden mag uitoefenen (waaronder de zgn. *special purpose vehicles*). Dit kan een vennootschap zijn of een vereniging (vzw, stichting en dergelijke, bv. administratiekantoor). Voor de gereglementeerde activiteiten gaat het steeds om vennootschappen, die aan nadere voorwaarden (bv. kapitaal) moeten voldoen. Bovendien wordt de cumulatie van mogelijke activiteiten in de meeste gevallen zwaar beperkt⁸². Aldus wordt samenloop met de privé-schuldeisers van de beheerder/natuurlijke persoon vermeden. Er is natuurlijk nog steeds samenloop met de schuldeisers van de vennootschap zelf, doch daarbij zou het in beginsel enkel om beheersschulden mogen gaan. Meestal zal er overigens zelfs achterstelling zijn van de begunstigen ten aanzien van de andere schuldeisers van de vennootschap : hun schuldvordering wordt immers bepaald door het resultaat van de belegging.

Een variante op deze bescherming vinden we bij de wettelijk geregelde compartimentering (bv. bij verzekeringsondernemingen).

4° Verbod van beheerseigendom.

⁷⁹ Zie voor vermogensbeheer in het bijzonder het KB van 5 augustus 1991, met onder meer regels inzake beheer in het uitsluitend belang van de cliënt, belangenconflicten, enz.

⁸⁰ Zie o.m. F. BOUCKAERT & J. VERSTAPPEN, "Dossier administratiekantoren", *T.Not.* 1999, Dossier, m.b. p. 13 v.

⁸¹ Zie verder V. DE SCHRYVER, *RW* 1997-98, (1200) 1201 v.

⁸² Zie voor dit alles de werken over financieel recht, onder meer B. FERON & B. TAEVERNIER, *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Larcier 1997; verder *De hervorming van de financiële markten en bemiddelaars*, Bruylant Brussel 1997, waarin o.a. (p. 431 v.) A. WINCKELMANS DE CLETY, "Les sociétés de gestion de fortune, les sociétés de courtage en instruments financiers et les sociétés de conseil en placements".

(95) In vele gevallen blijft het toevertrouwen van het eigendomsrecht aan de beheerder een onwenselijke constructie⁸³. Daarom zal de wetgever deze buiten de gereglementeerde constructies in grote mate verbieden of vermijden, en de *trustee* verplichten de goederen zo te beheren dat het eigendomsrecht van de belegger behouden blijft. Dat geldt althans zo het gaat om het beroepsmatig beheren van financiële instrumenten (m.i.v. instrumenten voor belegging in grondstoffen) en/of ontvangen van gelden. "Beleggingsondernemingen" (dit begrip omvat zowel de beursvennootschappen als de vennootschappen voor vermogensbeheer⁸⁴ als de vennootschappen voor financiële makelarij; het gaat dus niét om zgn. "beleggingsvennootschappen", die instellingen voor collectieve belegging zijn; in Noord-Nederland spreekt men van "effecteninstellingen" in plaats van beleggingsondernemingen) zijn zo in beginsel verplicht de hen toevertrouwde gelden en financiële instrumenten *qualitate qua* toe te vertrouwen aan een derde-bewaarnemer (zie art. 77 v. Beleggingsdienstenwet 6-4-1995), zodat het eigendomsrecht van de belegger behouden blijft (zie verder de bespreking van de kwaliteitsrekening onder D. 4.)⁸⁵. Ook daarbuiten dient men m.i. de toestand waar mogelijk zo te ontleden dat het eigendomsrecht aan de begunstigde wordt toegekend, en slechts het beheer aan de fiduciaris. Deze alternatieven komen nu dan ook ter sprake.

⁸³ Vgl. W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 144 p. 466.

⁸⁴ Vermogensbeheer wordt door deze wet evenwel slechts gereglementeerd voor zover het om het beheer van financiële instrumenten gaat en om beroepsmatige handelingen gaat. De omschrijving komt uit de Beleggingsdienstenrichtlijn EG 93/22 van 10 mei 1993. Het beheer van andermans onroerend goed, handelsfonds of roerende zaken of vorderingen, voor zover het daarbij niét om financiële instrumenten gaat, valt buiten deze wet (behoudens de beleggingen in grondstoffen, bij KB gereglementeerd op grond van art. 117 van de Wet van 6 april 1995). Het beheer van financiële instrumenten door andere gereglementeerde beroepen (bv. advocaten, notarissen) op bijkomstige wijze valt eveneens buiten deze reglementering.

⁸⁵ Dit geldt niet voor kredietinstellingen, verzekeraars, instellingen voor collectieve belegging en enkele anderen, die wel eigenaar (kunnen) worden van de toevertrouwde gelden, doch aan een streng bestuurlijk toezicht onderworpen zijn.

D. De begunstigde is volle eigenaar, de fiduciaris louter (middellijk) vertegenwoordiger.

(96) Naast de oprichting van een rechtspersoon en de eigendom ten titel van beheer, kunnen ook *trustachtige* constructies worden uitgebouwd waarbij de begunstigde in één of andere vorm eigenaar of mede-eigenaar is van de beheerde goederen.

Daarbij wens ik op de eerste plaats de mogelijkheden van de vertegenwoordiging te onderzoeken buiten het geval van mede-eigendom. Verderop (E.) zal nagegaan worden welke mogelijkheden de vertegenwoordiging, in het bijzonder de middellijke, bijkomend biedt in samenhang met de mede-eigendom.

1. Beginselen en vormen van vertegenwoordiging.

(97) Ons recht kent hoofdzakelijk twee vormen van vertegenwoordiging. Bij de gewone of onmiddellijke vertegenwoordiging handelt de vertegenwoordiger als lasthebber in enge zin, namelijk in naam van de lastgever. Bij middellijke vertegenwoordiging (*représentation indirecte* of *imparfaite*) handelt de vertegenwoordiger in eigen naam (*proprio nomine*) voor andermans rekening. Ons recht erkent deze rechtsfiguur op algemene wijze⁸⁶. Het optreden kan daarbij zowel openlijk voor andermans rekening zijn, d.i. *qualitate qua*, dan wel verborgen, d.i. naamlening. Schoolvoorbeelden van openlijke middellijke vertegenwoordigers voor rekening van een opdrachtgever (principaal) zijn de commissionair en de beursmakelaar.

(98) Bij het optreden van een onmiddellijke vertegenwoordiger wordt de opdrachtgever rechtstreeks schuldeiser en schuldenaar van de derde. De opdrachtgever kan zich tegenover de wederpartij als schuldeiser gedragen en deze rechtstreeks aanspreken.

Wanneer een middellijke vertegenwoordiger handelt, dan ontstaan er verbintenisrechtelijke en vennootschapsrechtelijk in beginsel géén rechtstreekse verhouding (schuldvorderingen c.q. lidmaatschapsrechten) géén schuldvorderingen tussen zijn opdrachtgever en de wederpartij, maar enkel tussen de middellijke vertegenwoordiger en de wederpartij enerzijds en tussen de middellijke vertegenwoordiger en de opdrachtgever anderzijds⁸⁷ (een rechtstreekse verhouding kan wel het gevolg zijn van latere gebeurtenissen, zoals een overdracht van schuldvordering door de vertegenwoordiger). Uit het eerste volgt dat verbintenisrechtelijk de middellijke vertegenwoordiger enkel

⁸⁶ Vgl. reeds P.A. FORIERS, in C. WITZ & B. OPPETIT (red.), *Les opérations fiduciaires*, (263) 265 v. en 299 v. - die evenwel ten onrechte verdedigt dat de middellijke vertegenwoordiger in de meeste gevallen wél eigenaar is van de goederen. Voor Frankrijk, zie recent F. LEDUC, "Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite", *RTDCiv* 1999, 283 v.

⁸⁷ Zie voor het openlijk voor rekening van derden optreden (commissie) o.m. Cass. 25-10-1963, *RW* 1963-64, 1216 = *Pas.* I, 20; Cass. 22-10-1976, *RW* 1976-77, 1273 = *Pas.* I, 229. Dit geldt ook bij naamlening (het verborgen op naam van derden optreden), zie de terechte argumentatie - en kritiek op DE PAGE II nr. 620 en 632 en V nr. 478 - van o.m. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *JT* 1980, 417 v., meer bepaald 419-420; de wederpartij heeft géén keuze zoals bij veinzing, aangezien er (althans verbintenisrechtelijk) helemaal geen ontveinsde (gedissimuleerde) werkelijkheid is.

zichzelf verbindt. Uit het tweede leidt men af dat de schuldvorderingen die de middellijke vertegenwoordiger verkrijgt in beginsel zijn eigendom zijn - al zullen we hieronder zien dat dit duidelijk moet worden geschakeerd en in zekere zin veeleer het omgekeerde geldt.

(99) Zakenrechtelijk aanvaardt ons recht - i.t.t. sommige andere rechtsstelsels - dat de eigendomsoverdracht en andere zakenrechtelijke rechtsgevolgen *r e c h t s t r e e k s* plaatsvinden tussen de opdrachtgever (vertegenwoordigde) en de derde-wederpartij⁸⁸, ook al ontstaat er in beginsel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Wanneer de middellijke vertegenwoordiger goederen levert of ontvangt, gaat de eigendom in ons recht⁸⁹ rechtstreeks over tussen wederpartij en opdrachtgever, althans voorzover aan de overige voorwaarden voor dergelijke eigendomsoverdracht is voldaan⁹⁰. Bij lichamelijke goederen is daartoe bv. in beginsel vereist dat deze geïndividualiseerd zijn, maar als dat niet het geval is, dan kan het nog zijn dat er toch een rechtstreekse eigendomsovergang plaatsvindt, maar dan wel van een onverdeeld aandeel in een bepaalde hoop goederen (dit zien we duidelijk bij een giraal effectendepot : effecten die onder het giraal effectenverkeer vallen⁹¹ worden door de beursmakelaar aangekocht voor rekening van zijn opdrachtgever; deze verwerft in werkelijkheid een onverdeeld aandeel van het giraal depot van effecten van die aard - juister nog een aandeel in een aandeel van een effectendepot, zie verder nr. 128).

⁸⁸ In die zin W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 150, p. 489-490; L. SIMONT, "Le problème de la représentation dans le contrat de commission sur marchandises", *JCB* 1956, p. (129) 135 nr. 9 en 147 nr. 16 (argument uit o.m. het voorrecht van de commissionair) doch niet meer zo in "Exposé introductif", in *Les intermédiaires commerciaux*, Jeune Barreau Brussel 1990, (7) 19 nr. 13); L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, I, nr. 177; VAN RYN-HEENEN, *Traité de droit commercial*, IV, nr. 62; VAN GERVEN-STUYCK, *Handels- en economisch recht I, Ondernemingsrecht B*, Story Brussel (3) 1989, nr. 518; vgl. reeds F. LAURENT, *Principes*, XXIV, nr. 210. Anders P.A. FORIERS, in C. WITZ & B. OPPETIT (red.), *Les opérations fiduciaires*, p. (263) 300-301. De onjuistheid van de andere stelling blijkt m.i. reeds uit art. 103, 2 FaillW, minstens voor alle gevallen waarin de commissionair openlijk als dusdanig optreedt. Vgl. ook art. 9 bis en 10, lid 5 van KB nr. 62 van 10-11-1967 (zoals gewijzigd bij W. 7-4-1995 en W. 15-7-1998) voor effectenrekeningen (effectenhandel via beursmakelaars). Een bijkomend argument is dat de kommissionair een voorrecht - eigenlijk een wettelijk pandrecht - heeft op de goederen, wat inhoudt dat hij geen eigenaar is.

⁸⁹ Dat is ook zo in het (Noord-)Nederlandse recht (zie art. 3:110 NBW; L. GROEFSEMA, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, Kluwer 1993) en in het Franse recht (zie F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 309 nr. 31 met verwijzingen naar Cassatie- en andere rechtspraak). In het Duitse recht is dit slechts onder zeer strikte voorwaarden het geval, en vindt er in beginsel een dubbele eigendomsoverdracht plaats (tenzij bij *Geheißerwerb (Geschäft für den, den es angeht)* en overdracht van toekomstige schuldvorderingen). Dit sluit niet uit dat de fiduciant in sommige gevallen zakenrechtelijk wordt beschermd doordat de goederen juridisch afgezonderd blijven van het vermogen van de tussenpersoon.

⁹⁰ Zoals bv. de specificatie, indien het soortzaken betreft.

⁹¹ D.i. het stelsel van KB nr. 62 van 10-11-1967 Giraal effectenverkeer (zoals verruimd en gewijzigd door art. 103 van de Wet van 4-12-1990 betreffende de financiële markten en de financiële verrichtingen (Beurswetboek), art. 35 W. 6-8-1993 en art. 11 Beleggingsdienstenwet 7-4-1995). De effecten vallen daaronder wanneer de beursmakelaar is aangesloten bij een erkende vereffeninginstelling (met name de Interprofessionale Kas, afgekort CIK, opgeslorpt door de Brusselse Beurs (B.Ex.), en het effectenclearingstelsel van de Nationale Bank van België) en de deponent heeft ingestemd met het vervangbaar stellen van de effecten.

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

Rechtstreekse verkrijging van vermogensvoordelen door middel van een middellijk vertegenwoordiger vinden we ook wanneer de vertegenwoordiging uitsluitend het optreden ten processe betreft⁹².

Niet alleen wordt de begunstigde daardoor eigenaar en dus zakenrechtelijk beschermd. Nog belangrijker wellicht is dat door het toekennen van het eigendomsrecht aan de fiduciant en niet aan de beheerder, de schuldeisers van de fiduciant niet in de kou komen te staan⁹³. Omgekeerd wordt de beheerder meestal zakenrechtelijk beschermd door zijn retentierecht.

Tenslotte dient te opgemerkt dat bij middellijke vertegenwoordiging, inbegrepen zuivere naamgeving, art. 1321 BW (keuze voor de wederpartij) niét van toepassing is op verbintenisrechtelijk vlak : de wederpartij heeft niet de keuze of hij de "vertegenwoordiger" of de vertegenwoordigde wil aanspreken, hij heeft enkel verhaal op de tussenpersoon. Er is ook geen simulatie op verbintenisrechtelijk vlak : de vertegenwoordiger verklaart zichzelf te verbinden en verbindt ook zichzelf⁹⁴. Art. 1321 BW zou eventueel een rol kunnen spelen op zakenrechtelijk vlak naargelang de middellijke vertegenwoordiger al dan niet openlijk voor een - doorgaans niet nader genoemde - ander optreedt : geschiedt dit openlijk, dan is er in ieder geval geen keuzemogelijkheid voor de derde, anders mogelijks wel⁹⁵, nl. wanneer de wederpartij zou gehandeld hebben in vertrouwen op het feit dat de eigendom verkregen werd van of geleverd werd aan de tussenpersoon⁹⁶.

2. Nadere bespreking van de rechtsgevolgen; voordelen en beperkingen

⁹² Zie daarvoor mijn "Rechtsofvolgning onder bijzondere titel tijdens het burgerlijk geding in België en Nederland", *RW* 1993-94, (169) 172 v.

⁹³ Zie verder mijn genoemde bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v., nr. 13 en 22 = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. 277 v., nr. 13 en 22.

⁹⁴ Vgl. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *J.T.*, 1980, (417) 419-420; F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, 283 v.

⁹⁵ Zo ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 311 nr. 32.

⁹⁶ Waar De PAGE zondigt door het ene uiterste, namelijk elke naamgeving als simulatie te beschouwen, zondigen sommige andere schrijvers door het andere uiterste, nl. door te stellen dat veinzing gewoon niet mogelijk is in die gevallen (b.v. P.A. FORIERS, "Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite", *J.T.*, 1980, 417 e.v.; L. SIMONT, "Exposé introductif", in *Les intermédiaires commerciaux*, (7) 14 nr. 11). Deze schrijvers verwarren de verbintenisrechtelijke gevolgen, waarvoor hun stelling juist is, en de zakenrechtelijke gevolgen, waarvoor ze onjuist is.

a) Omvang van de bevoegdheid van de vertegenwoordiger.

(100) De bevoegdheid van de vertegenwoordiger kan bij overeenkomst (of wettelijk, of door de rechter, enz.) worden omschreven; dit geldt zowel voor middellijke als onmiddellijke vertegenwoordiging. Het is niet duidelijk of de regels inzake belangenconflicten al dan niet een beperking van de bevoegdheid inhouden⁹⁷.

b) Rechtstoestand en verplichtingen van de vertegenwoordiger.

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

Verder zijn de gemeenrechtelijke regels van lastgeving van toepassing betreffende de verplichting tot rekenschap en verantwoording (inbegrepen voordeelsafdracht van krachtens zijn beheer verkregen voordelen), de belangenconflicten, en dergelijke meer - onder voorbehoud van bijzondere wettelijke regels⁹⁸.

De vertegenwoordiger heeft in beginsel ook de verplichting om de goederen van de opdrachtgever afgezonderd te houden van zijn persoonlijk vermogen. Deze verplichting is - zoals hoger reeds gesteld - uitdrukkelijk in de wet opgenomen voor "beleggingsondernemingen" (d.i. beursvennootschappen, vennootschappen voor vermogensbeheer en vennootschappen voor financiële makelaarij), voor zover het om het beroepsmatig beheer van financiële instrumenten (of instrumenten voor belegging in grondstoffen) gaat - zie art. 77 v. Beleggingsdienstenwet 6-4-1995. Het beheer van andermans onroerend goed, handelsfonds of roerende zaken of vorderingen, voor zover het daarbij níet om financiële instrumenten gaat, valt zoals gezegd buiten deze wet (behoudens de beleggingen in grondstoffen, bij KB gereguleerd op grond van art. 117 van de Wet van 6 april

⁹⁷ De *Principles of european contract law* hebben hiervoor een duidelijke en pragmatische regeling in art. 3:205: Conflict of Interest :

(1) *If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interest of which the third party knew or could not have been unaware, the principal may avoid the contract according to the provisions of Articles 4:112 to 4:116.*

(2) *There is presumed to be a conflict of interest where:*

(a) *the agent also acted as agent for the third party; or*
 (b) *the contract was with itself in its personal capacity.*

(3) *However, the principal may not avoid the contract:*

(a) *if it had consented to, or could not have been unaware of, the agent's so acting; or*

(b) *if the agent had disclosed the conflict of interest to it and it had not objected within a reasonable time.*

⁹⁸ Zoals in art. 36 Beleggingsdienstenwet van 6-4-1995 en in de uitvoeringsbesluiten van art. 79 § 3 van die Wet, op dit ogenblik nog te vinden in het KB van 5-8-1991 op het vermogensbeheer (bv. verbod van delegatie van bevoegdheid, regels inzake belangenconflicten, rapporteringsplicht e.d.)

1995). Het beheer van financiële instrumenten door andere gereguleerde beroepen (bv. advocaten, notarissen) op bijkomstige wijze valt eveneens buiten deze reglementering.

c) Rechtstoestand van de opdrachtgever en diens schuldeisers.

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

Weliswaar kunnen er een aantal botsingen tussen zakelijke rechten ontstaan (bv. de vertegenwoordiger gaat zijn bevoegdheid te buiten door te vervreemden aan een derde te goeder trouw⁹⁹; of nog, schuldeisers van de middellijke vertegenwoordiger die voortgaan op zijn schijnbare solvabiliteit doordat hij in eigen naam andermans goederen beheert; en dergelijke meer), maar dat betreft een meer algemeen vraagstuk, dat ook buiten elke fiduciaire of *trust*achtige verhouding om bestaat.

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

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

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

(103) Verder bestaat er - althans bij openlijke vertegenwoordiging - geen gevaar voor benadeling van de schuldeisers van de opdrachtgever, vermits bij faillissement van de opdrachtgever de goe-

⁹⁹ Daarbij kan worden opgemerkt dat de bescherming van de (volle) eigenaar tegen derde-verkijgers te goeder trouw in ons recht bij roerende goederen zelfs minder ver gaat dan de bescherming van een loutere *equitable owner* (*beneficiary*) in het Engelse recht - wat aantoonde dat het geen zin heeft om in een *equitable interest* veel minder te zien dan een echt eigendomsrecht, zij het onder bewind van een derde.

deren in beginsel diens boedel vallen, en hij ze omgekeerd kan revindiceren uit de boedel van de bewindvoerder.

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

Wel zal de opdrachtgever de vertegenwoordiger in beginsel moeten vergoeden voor de beheerskosten, doch dit hangt af van de inwendige rechtsverhouding tussen hen. Ook zal hij gebeurlijk, wanneer de goederen bij een derde in bewaring zijn gegeven, een retentierecht van die derde moeten ondergaan, tot zekerheid van de schuldvorderingen van die derde die met de goederen verband houden (bewaringskosten en dergelijke).

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

d) (On)herroepelijkheid van de volmacht.

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

Art. 2004 BW bepaalt dat de volmacht ten allen tijde kan worden herroepen, ook al is ze van bepaalde duur of voor een specifieke handeling (waar de éenzijdige opzegbaarheid in het algemeen verbintenissenrecht enkel geldt voor overeenkomsten van onbepaalde duur). De regel geldt niet wanneer de volmacht niet of niet enkel in het belang van de opzeggende lastgever, maar wel of ook in het belang van mede-lastgevers, van een derde of van de lasthebber (onnauwkeurig "mandaat van gemeenschappelijk belang genoemd")^{100, 101}.

¹⁰⁰ Het "belang" in de term "mandaat van gemeenschappelijk belang" is niet het belang dat de ene of de andere partij heeft bij het contract van lastgeving (zo heeft een bezoldigd lasthebber altijd belang bij de lastgeving, maar dat maakt het niet tot een mandaat in zijn eigen belang) maar het belang dat de gevolmachtigde moet behartigen (normatief belang) : dient hij uitsluitend in het belang van de lastgever te handelen (*fremdnützig*), in het belang van beiden, of in eigen belang (*eigennützig*) (dat laatste sluit natuurlijk niet uit dat zoals in elke contractuele verhouding men ook rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, d.w.z. te goeder trouw moet handelen). Of nog : mag hij zijn beslissingen al dan niet mede door zijn eigen belangen laten leiden ?

¹⁰¹ Zie voor nadere ontleding en rechtsgevolgen 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.* 1996-1, dit n.a.v. het cassatie-arrest van 28-6-1993 (*Dupuis*), ook besproken door I. DEMUYNCK, "Het mandaat "van gemeenschappelijk belang" en zijn herroepbaarheid", *Recente cassatie* 1993, 191 v.; A. van OEVELEN, "De principiële onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang", *RW* 1993-94, 1426 v. Zie voor vergelijkbare overwegingen bij de beëindiging van een fiduciair bewind ook L. THEVENOZ, "La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme", *ZSR/RDS* 1995, (253) 339 v.

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

Zeker is dat het algemeen overeenkomstenrecht (herroeping kan worden uitgesloten) geldt voor de onderliggende overeenkomst. Ook indien de opzegbaarheid dwingend zou zijn, sluit dit niet uit dat er schadevergoeding verschuldigd is wegens wanprestatie aan de onderliggende overeenkomst, op grond waarvan de volmacht was toegekend. Voor de volmacht zelf, d.i. de bevoegdheid, geldt er minstens in het Franse en Noord-Nederlandse recht een bijzondere regel (nl. principiële opzegbaarheid), die dwingend is zolang de bevoegdheid in het uitsluitend belang van de opzeggende partij moet worden uitgeoefend¹⁰².

Voor zover de volmacht onherroepelijk kan zijn (d.i. minstens wanneer ze niet in het uitsluitend belang van de lastgever moet worden uitgeoefend) kan de overeenkomst ook inhouden dat de eigenaar het beheer evenmin terug in handen mag nemen wanneer de vertegenwoordiger overlijdt, wanprestatie pleegt of zelf opzegt (gronden die normaal de lastgeving beëindigen), maar ook dan nog het beheer aan een vertegenwoordiger – zij het een andere persoon – moet overlaten. Dit is dus niet uitsluitend bij de echte *trust* te vinden, of bij de verderop besproken gebonden mede-eigendom. Indien de volmacht onherroepelijk is, moet men dan ook steeds goed nagaan wie zich jegens wie verbonden heeft tot het onder het beheer van een vertegenwoordiger stellen van de goederen. De mogelijke onherroepelijkheid vloeit namelijk niét voort uit de aard van het mandaat als dusdanig, maar uit iets daarbuiten, nl. de daaraan voorafgaande verhoudingen en afspraken van partijen, waarvan het onder andermans beheer stellen van de goederen eigenlijk slechts een uitvoering vormt¹⁰³.

e) In beginsel geen zakelijke of privatieve werking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

¹⁰² Dezelfde regel vinden we in art. 3:74 lid 1 NBW. Zie ook BGB § 168 II.

¹⁰³ Inzake lastgeving werd dit probleem scherp gesteld door SALLE DE LA MARNIERRE, "Le mandat irrévocable", *RTDCiv* 1937, (241) 257 v., die de onherroepelijkheid van de volmacht afleidt uit het feit dat de verlening ervan aan de lasthebber tot doel heeft de uitvoering te verzekeren van een verbintenis van de lastgever ten voordele van de lasthebber of van een derde : "Le mandat est irrévocable par nature lorsqu'il a pour but, grâce à l'exercice par le mandataire de son pouvoir de faire des actes juridiques pour le compte du mandant, d'assurer l'exécution d'une obligation de ce dernier, à son profit ou à celui d'un tiers" (p. 260). Ik ben het dan ook niet eens met A. van OEVELEN, *RW* 1993-94, 1429, waar hij deze definitie onvolledig noemt en onvoldoende concreet. Het is integendeel de enige die alle gevallen dekt en terecht de nadruk legt op het feit dat de oorzaak van de onherroepelijkheid "van nature" b u i t e n d e l a s t g e v i n g z e l f moet worden gezocht.

(107) De verlening van bevoegdheid aan een vertegenwoordiger werkt evenwel in beginsel niet zakelijk. Het is als regel niet mogelijk op deze wijze de opdrachtgever-eigenaar de macht te ontnemen om zelf nog op te treden. Anders gezegd : de bevoegdheid van de vertegenwoordiger is (zakelijk) niet privaatief; het kan zijn dat de eigenaar volgens de beheersovereenkomst niet meer zelf over de goederen mag beschikken, maar hij kan het nog wel. Weliswaar kan de overeenkomst hem een verbod opleggen, maar dat werkt niet zakelijk, anders gezegd het maakt de eigenaar niet beschikkingsonbevoegd. Bij overeenkomst kan men immers geen zakelijk werkende beperkingen van het eigendomsrecht scheppen (*numerus-clausus*-beginsel). Ook al is een volmacht onrechtmatig ingetrokken, zodra de derde weet heeft van die intrekking kan hij de vertegenwoordiger niet meer bevoegd achten - tenzij de onherroepelijkheid precies in het voordeel van die derde is bedongen¹⁰⁴.

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Uitzonderlijk is het ook mogelijk dat een derde die na de onrechtmatige intrekking met de opdrachtgever zelf handelt, medeplichtig is aan de wanprestaties van de opdrachtgever.

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

Buiten al deze gevallen is het in ons recht echter niet mogelijk om de beschikkingsbevoegdheid over één of meer goederen aan een ander toevertrouwen, met een (geheel of bijna geheel) uitsluiten van zichzelf. Hoogstens kan men onrechtstreeks een zakelijke werking verkrijgen in die gevallen waarin het eigendomsrecht van de opdrachtgever/begunstigde verkregen werd krachtens een titel die een ontbindende voorwaarde bevat voor het geval de eigenaar zelf over de goederen zou beschikken in plaats van dit aan de beheerder over te laten (en dit slechts voor zover het beding van onvervreemdbaarheid geldig is volgens de hoger genoemde maatstaven).

(108) De bevoegdheid van de middellijke vertegenwoordiger is verder in beginsel ook niet tegen bestand tegen faillissement van de eigenaar/begunstigde of een andere vorm van samenloop van diens schuldeisers¹⁰⁵. Zij is niet "*konkursfest*" (faillissementsvast). Bij faillissement of een andere vorm van samenloop van de schuldeisers van de opdrachtgever, hoeven deze laatste zich niet te storen aan de lastgeving of opdracht (commissie, enz.) en kan de *curator* deze zonder meer beëindigen, om volgens de normale regels de onder beheer gestelde goederen te verzilveren (dit wordt pas anders wanneer de eigendom van de begunstigde een gezamenhands karakter krijgt, zie verder).

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

(109) Is er meer dan één lastgever of opdrachtgever, dan hebben hun rechten in beginsel ook geen gebonden noch een gezamenhands karakter: elk van hen kan in beginsel steeds de verdeling vorderen (geen gebonden karakter), en tijdens de onverdeeldheid zou elk van hen zelfs (overeenkomstig het verder besproken cassatie-arrest van 9 september 1994) zijn aandeel in afzonderlijke goederen kunnen vervreemden (geen gezamenhands karakter, maar een gewone onverdeeldheid). Hieronder bespreken we figuren waar dat anders is, en die dan ook veel dichter bij de *trust* komen. Wél is het zo dat - op verbintenisrechtelijk vlak - de regel van de onherroepelijkheid niet meer zal gelden wanneer de volmacht in het belang van meerdere lastge-

¹⁰⁵ Vgl. hiervoor H.C.F. SCHOORDIJK, "De rechtsgevolgen van de onherroepelijkheid van een volmacht", *WPNR* 1990 nr. 5965, p. (393) 394.

vers dient te worden uitgeoefend (vgl. hoger).

(110) Uit dit alles valt ook af te leiden dat het loutere beheer door een middellijk vertegenwoordiger geen *trust* doet ontstaan in de zin van het Haags *Trust*verdrag, afgezien wellicht van de nog te bespreken gevallen als de kwaliteitsrekening en de gebonden mede-eigendom, alsmede, naargelang de kwalificatie die men eraan geeft, de certificatie.

Nochtans mag men het onderscheid tussen de middellijke vertegenwoordiging gegrond op een onherroepelijke volmacht en de Anglo-Amerikaanse *trust* niet overroepen : in het engelse recht geldt dat zo het recht van de begunstigde onvoorwaardelijk is, en de begunstigde handelingsbekwaam, deze ten allen tijde de *trust* kan beëindigen (en overdracht van de goederen vorderen); zijn er meerdere *beneficiaries*, dienen ze wel allemaal akkoord te gaan¹⁰⁶. De bijkomende mogelijkheden van rechtsstelsels met een klassieke *trust* zijn dus bijna uitsluitend te vinden in de gevallen waarin de begunstigde slechts voorwaardelijke rechten heeft¹⁰⁷.

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

f) Certificering van onroerend goed via middellijke vertegenwoordiging.

(112) Middellijke vertegenwoordiging biedt ook een mogelijkheid om onroerend goed te certificeren zonder de eigendom ervan over te dragen. Ons recht kent namelijk in beginsel de mogelijkheid om onroerende zakelijke rechten te belichamen in een waardepapier (order- of toonderpapier). Het gaat dan niet meer om een schuldorderpapier (zoals bv. wisselbrief, obligatie en dergelijke), maar om een zakenrechtelijk waardepapier (zoals bv. voor roerend goed het *cognossement*, de *ceel* en de *warrant*). Een toepassing daarvan is ook de hypothecaire *grosse* aan order of toonder¹⁰⁸. Zo kan in beginsel ook het eigendomsrecht van een onroerend goed in certificaten worden belichaamd, dit door middel van een akte (*splitsingsakte*), die op het hypotheekkantoor wordt overgeschreven, en waarbij bepaald wordt dat de persoon op wiens naam het goed staat ingeschreven (met name de beheerder van het goed) slechts optreedt als lasthebber voor de houders van de certificaten. De eigendom staat met andere woorden ten name van de beheerder *qualitate qua* ingeschreven. De certificaathouders zijn evenwel onverdeelde mede-eigenaars. De certificaten zouden in beginsel de vorm moeten hebben van een *grosse* aan order of toonder (de rechtsgevol-

¹⁰⁶ Zie *Saunders v. Vautier*, (1841° 4 Beav. 115, 49 E.R. 282, affirmed (1841) Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482.

¹⁰⁷ De Verenigde Staten, Alberta en Manitoba, kennen deze Engelse regel echter niet.

¹⁰⁸ Zie daarover L. RAUCENT, "Des créances hypothécaires à ordre ou au porteur", *R. Prat. Not.* 1966, 137; P. van OMMESLAGHE, in *La transmission des obligations*, p. (81) 124, nr. 39; H. COUSY, "Hypothecaire lening en hypothecair krediet. Actuele en toekomstige evolutie", in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Kluwer Antwerpen 1990, p. (320) 352-355; Hof Gent 22-12-1978, *BRH* 1979, II, 413 (met kritische noot L. GALAUDE, "Tegenstelbaarheid aan derden van de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen aan order"); Hof Bergen 19-9-1989, *JT* 1990, 185.

gen van certificaten met een onderhandse vorm zijn betwist : volgens sommige gaan het in dat geval uitsluitend om schuldvoorderingspapieren en blijft de uitgever fiduciair eigenaar; anderen leiden uit de omschrijving van soortgelijke gevallen in de wetgeving - zie art. 107 en 111 § 1 Beurswetboek 1990 - af dat ook bij dergelijke onderhandse effecten de houder ervan eigenaar is en niet louter een schuldeiser van de uitgever). Deze certificaten mogen niet worden verward met de bestaande vastgoedcertificaten op de markt, die slechts een schuldvoordering op de opbrengst van het goed belichamen en niet het eigendomsrecht.

3. Nadere ontleding van het statuut van de voordering op de derde, die de vertegenwoordiger verwerft.

1° De rechtsregels.

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

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

Ter vergelijking wil ik wijzen op de bepaling van de *Principles of European contract law*, art. 3:302. *Intermediary's Insolvency or Fundamental Non-performance to Principal*¹⁰⁹:

“If the intermediary becomes insolvent, or if it commits a fundamental non-performance towards the principal, or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance:

¹⁰⁹ Het toepassingsgebied van deze bepaling volgt uit het daaraan voorafgaande *Article 3.301: Intermediaries not acting in the name of a Principal* :

“ (1) Where an intermediary acts:

(a) on instructions and on behalf, but not in the name, of a principal, or

(b) on instructions from a principal but the third party does not know and has no reason to know this, the intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in Articles 3:302 to 3:304.”

(a) on the principal's demand, the intermediary shall communicate the name and address of the third party to the principal; and
 (b) the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the intermediary, subject to any defences which the third party may set up against the intermediary”.

Hier wordt er van uitgegaan dat de middellijke vertegenwoordiger de schuldvordering verkrijgt “voor rekening van” de opdrachtgever en dat deze laatste deze schuldvordering onder nadere voorwaarden ook zelf kan uitoefenen; zolang aan die voorwaarden niet is voldaan kan dit niet. De *Principles* spreken zich niet uit over zakenrecht, maar ze beschrijven wel de inwendige zijde van de verbintenisrechtelijke verhouding tussen vertegenwoordiger en wederpartij, inwendige zijde die zoals gezegd in beginsel ook zakelijk werkt.

Vergelijkbaar is ook de regel van art. 7:420 van het NBW¹¹⁰.

2° Hun verklaring.

(114) De meer traditionele verklaring van de regel van art. 103 lid 2 FaillW. is zaaksvervanging (zakelijke subrogatie). Voor zover de regel enkel het gevolg zou zijn van zakelijke subrogatie, speelt die slechts wanneer de schuldvordering in de plaats komt van een zaak (dus vanaf de eigendomsovergang van de verkochte zaak – m.a.w. de schuldvordering ontstaat niet in hoofde van de opdrachtgever bij het sluiten van de overeenkomst, maar gaat over op de opdrachtgever bij de rechtelijke levering van het goed, al kant dit wel op hetzelfde ogenblik geschieden¹¹¹), maar wel ongeacht of de middellijke vertegenwoordiger openlijk als dusdanig - dit is *qualitate qua* - optreedt of verborgen (als naamlener).

(115) Wat hierbij evenwel ontbreekt, is een verklaring voor het feit dat de gesubrogeerde, d.i. de opdrachtgever, zijn schuldvordering blijkbaar niet zomaar kan uitoefenen, maar enkel wanneer de vertegenwoordiger insolvable is. Zolang dat niet het geval is, kan uitsluitend de vertegenwoordiger de schuldvordering uitoefenen. Men kan hierin een op volmacht gegronde bevoegdheid zien, en betogen dat deze volmacht impliciet onherroepelijk is, behalve bij insolvableiteit van de vertegenwoordiger. Maar volmacht op zichzelf verschaft de vertegenwoordiger geen zakelijk recht op de vordering, zodat bij faillissement van de opdrachtgever diens schuldeisers daaraan niet gebonden zijn, en de bevoegdheid van de vertegenwoordiger dus zou vervallen bij faillissement van de opdrachtgever¹¹². Dit is echter niet het geval. Daaruit moet men afleiden dat de vertegenwoordiger wel een zakelijk recht heeft op de vordering.

¹¹⁰ Voor een uitvoerige bespreking daarvan, zie L.D. VAN SETTEN, *De commissionair in effecten*, p. 264 v.

¹¹¹ In dat geval vindt de overgang door subrogatie een “logische sekonde” later plaats dan het ontstaan van de schuldvordering in hoofde van de vertegenwoordiger, maar wel gelijktijdig met de eigendomsovergang van de goederen

¹¹² Zie hierover mijn bijdrage in *T. Not.* 1996, 7 v.

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

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

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

Ik durf dan ook stellen dat de middellijke vertegenwoordiger ook de schuldvorderingen die hij verkrijgt, verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever, wat wil zeggen dat de opdrachtgever eigenaar is van de vordering - in die zin is er in de FaillW. wel degelijk sprake van een “terugvordering” en niet van een zuivere naasting – maar de vertegenwoordiger een zakelijk werkend bewindsrecht heeft¹¹³.

(118) Wanneer men hiertegen zou opwerpen dat een vertegenwoordiger wel bestaande goederen rechtstreeks voor zijn opdrachtgever zou kunnen verkrijgen door levering, maar niet een goed oor-

¹¹³ Tor min of meer gelijkaardige besluiten, zij het met een verschnillende redenering, komt ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, (283) 300 v. nr. 23. Voor F. AUCKENTHALER, “Commettant, commissionaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant”, *D.* 1998, 53 v. is de opdrachtgever eigenaar van de schuldvordering.

spronkelijk in hoofde van zijn opdrachtgever kan doen ontstaan, dan toonden de voorbeelden van de loonfabricage (*façonnage*) en de middellijke vertegenwoordiging ten processe reeds aan dat dit onjuist is.

(119) Wanneer men hiertegen tenslotte zou opwerpen dat met het bewindsrecht een zakelijk recht wordt uitgevonden, dat in ons op een *numerus clausus* van zakelijke rechten gegrond zakenrecht niet wordt erkend, wijs ik op het vergelijkbare verschijnsel dat we aantreffen bij bepaalde vormen van mede-eigendom (huwgemeenschap, maatschap, feitelijke vereniging, beleggingsfonds, giraal effectendepot). Bij schuldvorderingen hoeft dit verschijnsel niet tot deze gevallen van mede-eigendom te worden beperkt, precies omdat het kan worden verklaard vanuit de inwendige structuur zelf van de schuldvordering. Waar men voor het overige kan beweren dat in ons recht een opsplitsing van eigendom in vermogensrecht en bewindsrecht – en dus een *dual ownership* zoals we dat vinden bij de echte *trust* – bij zaken slechts mogelijk is in het kader van een wettelijke georganiseerde vorm van mede-eigendom¹¹⁴, dan geldt deze beperking daarom nog niet voor schuldvorderingen.

(120) Het resultaat is dan ook een bewindsrecht van de vertegenwoordiger, dat de opdrachtgever kan beëindigen overeenkomstig de voorwaarden die door de inwendige verhouding zijn bepaald. Dit verschijnsel vinden we niét bij de gewone vertegenwoordiging, waar de schuldvordering op de wederpartij onbezwaard aan de opdrachtgever toekomt.

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

Dit laatste sluit dan ook weer aan bij de toepassing van art. 1321 BW, die zoals hoger gezegd bij middellijke vertegenwoordiging niet speelt op verbintenisrechtelijk vlak, maar wel op zakenrechtelijk vlak. Met andere woorden : wanneer de vertegenwoordiging niet openlijk gebeurt (de zuivere naamgeving), hebben derden de keuze om de vertegenwoordiger dan wel de opdrachtgever als eigenaar van de vordering te beschouwen¹¹⁵. Dit heeft bv. gevolg voor de mogelijkheid tot schuldvergelijking over te gaan¹¹⁶.

(121) Gevolg van het bewindsrecht van de vertegenwoordiger is verder ook dat de schuldenaar niet bevrijdend kan betalen aan de rechthebbende (opdrachtgever), en dat er zonder het akkoord

¹¹⁴ Zie voor deze discussie i.h.b. W. van GERVEN, "Van 'croupiers' in de zin van art. 1861 CC et 'trustees' ", *Droit in beweging, Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder R. Victor*, Kluwer Antwerpen, II, 1159 v.

¹¹⁵ Vgl. ook F. LEDUC, *RTDCiv* 1999, 283 v.

¹¹⁶ Vergelijkbaar L.D. VAN SETTEN, *De commissionair in effecten*, p. 295.

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

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

4. De kwaliteitsrekening.

a. Mogelijke kwalificaties.

(123) Een bijzondere toepassing van de middellijke vertegenwoordiging is m.i. ook de reeds genoemde kwaliteitsrekening. Een kwaliteitsrekening is per definitie een rekening (die een verbintenisrechtelijke verhouding is) die door de rekeninghouder wordt “gehouden” (beheerd) *qualitate qua*, d.i. niet voor eigen rekening, maar voor rekening van één of meer andere personen¹¹⁷ (of, voor zover het recht dit erkent, een afgezonderd vermogen dat niet aan een persoon zou toebehooren)¹¹⁸. De rekeninghouder is met de schuldenaar van de vordering (rekeningvoerende instelling) overeengekomen dat hij de rekening houdt “voor rekening van derden”. De rekening staat evenwel niet op naam van de rechthebbende-begunstigde, en de schuldenaar van de rekening (d.i. de bank) heeft in beginsel geen verbintenisrechtelijke verhouding met de rechthebbende-begunstigde. Anders gezegd, de rechthebbende-begunstigde is geen “schuldeiser” jegens de bank en in beginsel niet bevoegd om over de schuldvordering jegens de bank (het rekeningtegoed) te beschikken.

Géén kwaliteitsrekening is bv. een rekening op gemeenschappelijke naam, waarbij de vordering mede-eigendom is van de rekeninghouders zelf, of waarbij de ene rekeninghouder eigenaar is en de

¹¹⁷ Waarbij de rekeninghouder wel één van die personen kan zijn.

¹¹⁸ Omzeggens alle afgescheiden vermogens die ons recht kent, zijn ofwel gevallen van mede-eigendom (maatschap, feitelijke vereniging, huwelijksgemeenschap, enz.) ofwel rechtspersonen (vennootschap met rechtspersoonlijkheid, vzw, stichting). M.i. kan men hoogstens in sommige gevallen van rechtspersoon in oprichting spreken van een dergelijk, in zekere mate door het recht erkend, afgescheiden vermogen.

andere pandhouder of vruchtgebruiker van de vordering (zo bv. is een “geblokkeerde rekening” van een huurwaarborg geen kwaliteitsrekening). Evenmin een kwaliteitsrekening is een rekening op naam van een rechtspersoon, al kan natuurlijk enkel het bevoegde orgaan van die rechtspersoon daarover beschikken (bv. de rekening van een vereniging van mede-eigenaars, waarover de “*syndicus*” bevoegd is). Evenmin een kwaliteitsrekening in eigenlijke zin is een rekening op naam van een gebonden mede-eigendom, wat inhoudt dat over de goederen van die mede-eigendom slechts kan worden beschikt volgens de regels die voor het bestuur van die mede-eigendom gelden, al lijkt dit wel op een kwaliteitsrekening in die gevallen waarin de afzonderlijke mede-eigenaars geen bestuursbevoegdheid hebben. Dit laatste is bv. het geval bij een feitelijke vereniging (vereniging zonder rechtspersoonlijkheid)¹¹⁹; staat de rekening op naam van die vereniging, dan behoort het tegoed tot het verenigingsvermogen, dat in gebonden mede-eigendom is tussen de leden. De lasthebber handelt niet in eigen naam of *qualitate qua*, maar in naam van de (leden van de) vereniging. De rechtsverhoudingen moeten daardoor ten dele anders worden ontleed. Om die reden laten we deze rekeningen hier eveneens buiten beschouwing.

Bij vele beroepen en bedrijvigheden is men wettelijk verplicht om derdengelden – en in sommige gevallen ook andere goederen, zoals effecten - slechts via zo’n kwaliteitsrekening te beheren (advocaten, notarissen, vermogensbeheerders, beursmakelaars, en dergelijke). Daarbuiten kan ook overeengekomen zijn dat dit gebeurt (bv. de *escrow*-rekeningen).

(124) Nu komt het erop aan de zakelijke rechten van de betrokken partijen, d.i. enerzijds de rekeninghouder *qualitate qua* en anderzijds de rechthebbenden, te bepalen¹²⁰. We bespreken daarbij met name de kwaliteitsrekening die een tegoed in geld betreft, waarbij dus de “zakelijke” rechten op de schuldvordering (het rekeningtegoed) moeten worden bepaald (is de kwaliteitsrekening een girale effectenrekening, die wordt aangehouden bij een bij een erkend effectenvereffeningsstelsel aangesloten beursmakelaar, dan is dit geen probleem, aangezien de wet zelf bepaalt dat de rechten van de bewaargevers “onlichamelijke zakelijke rechten” op de gedeponeerde effecten zijn¹²¹). Welnu, indien de gerechtigde géén zakelijk recht heeft op de schuldvordering (en dit recht kan o.i. enkel een eigendomsrecht zijn, zie verder), valt de vordering in volle eigendom in het vermogen van de rekeninghouder en geniet de begunstigde géén zakenrechtelijke bescherming. Indien hij wel een zakelijk recht heeft, dient te worden nagegaan of ook de rekeninghouder een zakelijk werkend recht kan hebben, zoals bij middellijke vertegenwoordiging mogelijk is (zie hierboven), dan wel of hij enkel een obligatoor recht heeft (volmacht). Wat in ons recht echter niet kan, is stellen dat de

¹¹⁹ Het is bv. ook het geval bij een beleggingsfonds, een giraal effectendepot, enz. Bij een maatschap en een huwelijksgemeenschap daarentegen zullen de mede-eigenaars meestal wel elk afzonderlijk over de rekening kunnen beschikken.

¹²⁰ Men kan deze vraag niet oplossen door op voorhand te zeggen dat er maar van een kwaliteitsrekening sprake is wanneer de rekeninghouder ook eigenaar is, en dat het daarbuiten om een pseudo-kwaliteitsrekening zou gaan (zoals S. KORTMANN & N. FABER, “De kwaliteitsrekening en art. 22 van het ontwerp van de Wet op het notarisambt”, *WPNR* 1998, 6303 p. 137 v.); de vraag is immers precies wat bij het soort rekeningen dat wij gemeenlijk kwaliteitsrekeningen noemen het zakelijk statuut is.

¹²¹ Art. 9bis en 10 KB nr. 62 van 10-11-1967 zoals gewijzigd bij W. 7-4-1995 en W. 15-7-1998.

rekeninghouder de volle eigendom heeft van de schuldvordering, maar dat ze desondanks niet in zijn vermogen valt.

(125) Nu is het inderdaad goed mogelijk dat iemand voor derden bestemde gelden beheert in eigen naam en dat hij volle eigenaar is van de schuldvordering op de bank. Wanneer de rekeninghouder krachtens de inwendige verhouding met de bank de volle eigenaar is van de schuldvordering op het tegoed, dan is dat misschien jammer voor de rechthebbende-begunstigde, maar dan is dat zo. Enkel is het zo dat de rekeninghouder in een heel aantal gevallen verplicht is ervoor te zorgen dat dit niet zo is. Hij is verplicht om ervoor te zorgen dat de inwendige rechtsverhouding met de bank dusdanig is, dat de schuldvordering niet in zijn vermogen valt¹²². Deze verplichting bestaat zoals gezegd voor notarissen, advocaten, en dergelijke, voor vermogensbeheerders, voor beursmakers, enzovoort.

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

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

Welnu, het afzonderlijk boeken van een tegoed op een afzonderlijke rekening, betekent op zichzelf enkel dat er sprake is van een afzonderlijke schuldvordering, een afzonderlijk goed, dat op zichzelf voorwerp kan zijn van zakelijke rechten (eigendom, pandrecht en dergelijke). Zolang er geen afzonderlijke rekeningen zijn, zijn er geen afzonderlijke schuldvorderingen, en is althans bij geldrekeningen het zakelijk statuut van het tegoed jegens die schuldenaar noodzakelijk éénvormig : het is dan niet mogelijk dat een deel van dat tegoed zakenrechtelijk een ander statuut zou hebben dan een ander deel ervan¹²³. In die zin is het houden van gescheiden rekeningen een noodzakelijke

¹²² Zie in dit verband A.M. STRANART e.a. “La saisie-arrêt bancaire”, in *RPDB Compl.* VIII, nr. 61.

¹²³ De afbakening van schuldvorderingen als eenheid is weliswaar louter bepaald door de inwendige verhouding (tussen schuldeiser en schuldenaar), maar dat betekent niet dat het zakenrechtelijk eenheidsbeginsel helemaal niet meer speelt (vgl. hoger).

– doch geen voldoende – voorwaarde om de rechthebbende van de gelden een zakenrechtelijke bescherming te kunnen bieden. Is er een afzonderlijke rekening, dan maakt omgekeerd ook de voortdurende schuldvergelijking dat er ook altijd slechts één enkele schuldvordering, één enkel goed is, en geen meerdere schuldvorderingen betreffende (delen van) dezelfde rekening.

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

Dat ons recht in een aantal gevallen afgescheiden vermogens kent, betekent helemaal niet dat er een zakenrechtelijke bescherming zou ontstaan zonder zakelijk recht, en evenmin dat het recht op of aandeel in dat vermogen niet in het privé-vermogen van de rechthebbende, deelgenoot en dergelijke zou vallen. Bij een afgescheiden vermogen zijn er meerdere rechthebbenden, en van elk van hen valt het recht als een goed in hun (privé-)vermogen¹²⁴. De huwelijksgemeenschap is een afgescheiden vermogen, en dat betekent dat het aandeel van elke echtgenoot daarin tot het vermogen van die echtgenoot behoort en diens eigen schuldeisers zich daar in beginsel op kunnen verhalen. De maatschap is een afgescheiden vermogen, en dat betekent dat het aandeel van elke maat daarin tot het vermogen van die maat behoort en diens privé-schuldeisers zich daar in beginsel op kunnen verhalen. Wanneer derdengelden op een afzonderlijke rekening zijn geplaatst, dan valt de schuldvordering daarop nog altijd noodzakelijkerwijze in het vermogen van een welbepaalde persoon (zij het in eigendom, zij het in beperkt recht, zij het volledig dan wel voor een aandeel) en kunnen diens schuldeisers zich daarop in beginsel verhalen. Ook met een afgescheiden vermogen – voor zover daar al sprake van zou kunnen zijn bij een kwaliteitsrekening – ontsnapt men er dus niet aan dat de schuldvordering op het tegoed toekomt aan een bepaalde persoon en diens schuldeisers zich daarop kunnen verhalen. Spreken van vermogensafscheiding ontslaat er ons niet van om duidelijk te zeggen welke zakelijke rechten enerzijds de rekeninghouder en anderzijds de rechthebbende op de schuldvordering hebben, en de rechtsgevolgen daarvan uit te spreken, name-

¹²⁴ Het is natuurlijk mogelijk dat de wetgever bepaalt, zoals in Québec (zie art. 1261 CCQ), dat dit vermogen eigendom is van niemand, maar ook dan kan men er niet onderuit dat de verschillende bestanddelen die tesamen het eigendomsrecht vormen, nog altijd aan iemand worden toebedeeld, en dat men dus in werkelijkheid toch met een gedeelde eigendom zit.

lijk dat het zakelijk recht dat de ene en/of de andere heeft ook door diens schuldeisers in beslag kan worden genomen en in de boedel valt bij diens faillissement.

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

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

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

selijk. Voor zover er een pandrecht is in de werkelijk voorkomende gevallen, berust het ook veeleer bij de “rekeninghouder” tot zekerheid van de door hem gemaakte kosten¹²⁵.

(128) M.i. dient de rechthebbende derde dan ook te worden beschouwd als eigenaar (of bij meerdere rechthebbenden mede-eigenaar) van de schuldvordering in een kwaliteitsrekening¹²⁶; dit is de enige in ons recht mogelijke én werkbare constructie die de gerechtigde een zakelijke bescherming biedt. Ook *de lege ferenda* dient men voor een dergelijke constructie te kiezen. De redenen hiervoor heb ik *mut. mut. elders*¹²⁷ uiteengezet.

Bij de regeling van een bijzondere vorm van kwaliteitsrekening, nl. de effectenrekening van de beursmakelaar (bij KB nr. 62 giraal effectenverkeer 10-11-1967) heeft de wetgever duidelijk hiervoor gekozen (het betreft hier wel een vrij verschillende soort kwaliteitsrekening, aangezien het niet gaat om geld, maar om effecten, waardoor de *confusio nummorum* niet speelt en de gerechtigden niet zozeer eigenaar zijn van de vordering van de beursmakelaar op de houder van de effecten, als wel eigenaar van een aandeel in het effectendepot zelf, of juist nog eigenaar van een aandeel in een aandeel van een effectendepot, een tweetrapsstelsel dus¹²⁸). Minder duidelijk is de regeling van de cliëntenrekeningen van de beleggingsondernemingen in art. 77 § 2 en 3 Beleggingsdienstenwet 6-4-1995 (de wet kent een voorrecht toe wanneer de cliënt de gelden niet kan terugvorderen, doch verduidelijkt niet wanneer terugvordering al dan niet mogelijk is; dat houdt in dat voor deze rekeningen geen bijzondere regels gelden. M.i. dient dit te worden begrepen als gelden daar dezelfde regels als bij andere kwaliteitsrekeningen).

Ook de Noord-Nederlandse wetgever kiest - in de hangende ontwerp-notarisambtwet - voor het eigendomsrecht van de begunstigde¹²⁹.

¹²⁵ Een ander voorbeeld van zo'n rekening onder gemeenschappelijke naam betreft het tegoed van een in pand gegeven vordering die geïnd wordt door de pandhouder, maar dat deze nog niet voor zich mag houden omdat zijn met het pand verzekerde vordering nog niet opeisbaar is.

¹²⁶ In die zin voor de kwaliteitsrekening van de notaris bv. H. DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 267; verdere verwijzingen bij E. DIRIX, in *Inzake kwaliteit*, Kluwer Deventer 1998, (3) 10. *Contra* (voor de cliëntenrekeningen van beleggingsondernemingen) M. GREGOIRE, “La ségrégation des dépôts auprès des sociétés de bourse”, in verder *De hervorming van de financiële markten en bemiddelaars*, Bruylant Brussel 1997, (625) 628 v.

¹²⁷ Zie mijn bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v. = in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. 277 v.

¹²⁸ De bewaargever heeft namelijk een aandeel in de “hoop” van de aangeslotene bij wie hij een effectenrekening heeft, en deze “hoop” bestaat op zijn beurt uit enerzijds de door de aangeslotene bewaarde effecten en anderzijds het aandeel van de aangeslotene in de “hoop” effecten van die aard bij de effectenvereffeningsinstelling (in België de CIK (opgeslorpt door de B.Ex. - Brussels exchanges, d.i. de gefuseerde Brusselse beurs) of het effectenclearingstelsel van de Nationale Bank van België). De bewaargever bezit dus een aandeel van een hoop die voornamelijk een aandeel in een grotere hoop omvat.

¹²⁹ Zie de - afkeurende - bespreking door KORTMANN & FABER, *WPNR* 6303 p. 140 v. De 6 tegenargumenten van deze schrijvers worden in onderhavige bijdrage beantwoord. Kort samengevat: 1. Een rechtstreekse verkrijging van vorderingsrechten via een middellijk vertegenwoordiger is wel mogelijk. 2. Daarbij heeft de vertegenwoordiger een zakelijk bewindsrecht, dat hem exclusief het beheer toekent. 3. Aangezien het om eigendom van schuldvorderingen gaat, is het volmaakt mogelijk dat de verkoper eigenaar van de schuldvordering is onder ontbindende voor-

b) Nadere regels en gevolgen.

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

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

(130) Wat de verhouding met de bank betreft is het in beginsel voldoende dat de rekeninghouder de rekening openlijk *qualitate qua* aanhoudt¹³⁰. Door de rekening *qualitate qua* aan te houden treedt hij immers op als middellijke vertegenwoordiger van de derden in verhouding tot de bank. Het is juist dat de leer van de rechtstreekse levering tussen de opdrachtgever en de wederpartij van een middellijk vertegenwoordiger hier niet speelt¹³¹. De schuldvordering op de bank wordt immers niet verkregen door een cessie aan de rekeninghouder *q.q.*, maar doordat de bank zich jegens de rekeninghouder heeft verbonden (meestal kan men daarin het gevolg van een delegatie zien). Doch het gaat wel om schuldvorderingen die de vertegenwoordiger *q.q.* heeft verkregen. Volgens de hoger gemaakte ontleding komen dergelijke schuldvorderingen in eigendom toe aan de opdrachtgever, doch bezwaard met een zakelijk werkend bewindsrecht van de vertegenwoordiger. Toegepast op de kwaliteitsrekening betekent dit dat de rechthebbende derde eigenaar (of zo er meerdere gerechtigden zijn mede-eigenaar) is van de schuldvordering, maar de rekeninghouder een zakelijk werkend bewindsrecht heeft. Als bewindvoerder “houdt” de rekeninghouder de schuldvordering niet voor zichzelf, maar voor rekening van de rechthebbende(n) (houderschap of detentie wordt hier weliswaar in overdrachtelijke zin gebruikt, maar dit analogisch gebruik van bezitsbegrippen bij schuldvorderingen is m.i. doorgaans wel zinvol). De rechthebbende kan de schuldvordering dan ook “revindiceren” bij faillissement van de rekeninghouder (vgl. Art. 103, lid 2 FaillW.). Indien de vordering toch zou worden geïnd door de curator en dergelijke, dan dient dit geld te worden terugbetaald en vormt deze verplichting een “boedelschuld”.

waarde en de koper eigendom van eenzelfde schuldvordering onder opschortende voorwaarde. 4. Verrekening met schulden van de rechthebbende is veelal niet mogelijk, omdat het eigendomsrecht van de rechthebbende op de vordering met een zakelijk bewindsrecht bezwaard is; is er geen reden meer voor het bewind, dan kan het ook geen kwaad indien verrekening mogelijk is (vgl. hiermee DIRIX, *TPR* 1996, p. 85 nr. 15). 5. Er is geen moeite voor nodig om te aanvaarden dat het beslag door schuldeisers van de koper op diens tegoed slechts een beslag op een voorwaardelijke vordering is. 6. Bij een algemene kwaliteitsrekening stelt het bestuur ervan geen andere problemen dan bij het bestuur van andere vormen van gebonden mede-eigendom, zoals bv. een beleggingsfonds of een feitelijke vereniging.

¹³⁰ Vgl. de Duitse rechtspraak in verband met kwaliteitsrekeningen. Opdat de rekening buiten het vermogen van de rekeninghouder zou vallen is vereist dat de bank weet dat het gaat om gelden die fiduciaire *c.q.* voor andermans rekening worden gehouden; een onderzoekslast heeft de bank niet. BGH 25-6-1973, 61. *BGHZ*, 72 v. nr. 13.

¹³¹ Dit wordt als argument gehanteerd door S. KORTMANN & N. FABER, *WPNR* 6303 p. 140.

(131) Wel is het niet zo dat een rekeninghouder zomaar voor zichzelf kan beslissen dat hij een bepaald tegoed vanaf nu voor een derde gaat houden¹³². Ook aan de rechtsverhouding tussen rekeninghouder en rechthebbende worden bepaalde eisen gesteld. De rekeninghouder moet namelijk in een welbepaalde rechtsverhouding staan tegenover de rechthebbende krachtens dewelke hij de schuldvordering houdt voor rekening van de rechthebbende. Art. 103 FaillW. geldt immers alleen bij middellijke vertegenwoordiging, en er moet dus een bron zijn voor dergelijke vertegenwoordiging: een lastgevings- of opdrachtovereenkomst, een overeenkomst van bewaargeving, of een soortgelijke rechtsverhouding krachtens dewelke hij de schuldvordering op het tegoed houdt voor rekening van die opdrachtgever(s). De rekeninghouder kan zichzelf niet éézijdig tot middellijk vertegenwoordiger aanstellen - althans niet op zakenrechtelijk vlak. Wellicht is het evenmin voldoende dat hij door een schuldenaar van de rechthebbende of een *solvens* wordt aangesteld zonder medeweten van de rechthebbende zelf (of diens eerdere vertegenwoordiger).

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, is de rechthebbende in beginsel eigenaar van de schuldvordering. Wel dient men erover te waken dat de bank geen beding van eenheid van rekening (tussen de kwaliteits- en andere rekeningen van dezelfde rekeninghouder) kan invoeren, omdat dan het recht van de rechthebbenden door vermenging teniet zou gaan, althans de bank schuldvergelijking zou kunnen toepassen met schuldvorderingen op de rekeninghouder.

(132) De gerechtigde kan het bewindsrecht slechts beëindigen voor zover de inwendige rechtsverhouding met de rekeninghouder (de lastgevingsovereenkomst) dat mogelijk maakt, en is bestand tegen een faillissement van de gerechtigde. In de meeste gevallen zal, in afwijking van de gewone regel bij lastgeving, de vertegenwoordiging, en dus ook het bewindsrecht, niet éézijdig *ad nutum* herroepbaar zijn, omdat ofwel de vertegenwoordiger ofwel een derde er recht op heeft dat de begunstigde niet zelf over het tegoed kan beschikken en de bevoegdheid van de lasthebber dus niet in het uitsluitend belang van de gerechtigde dient te worden uitgeoefend (zgn. “mandaat van gemeenschappelijk belang”, zie hoger¹³³). De vertegenwoordiging kan dan slechts worden opgezegd onder de voorwaarden die door die onderliggende verhouding zijn bepaald, dan wel bij instemming van of ernstige tekortkoming van de partij die er recht op heeft dat vertegenwoordiger niet zelf over het tegoed beschikt.

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

(133) Vermits de schuldvordering niet in het vermogen valt van de rekeninghouder (omdat hij geen eigenaar is), kan ze door zijn schuldeisers ook niet in beslag worden genomen. Aangezien niet is

¹³² Het louter “bestemmen” van de gelden is niet voldoende - zie bv. Hof Brussel 9-7-1957, *RW* 1957-58, 455; Hof Brussel 16-4-1987, *JT* 1987, 575; Hof Antwerpen 20-4-1993, *R.Not.B.* 1993, 454.

¹³³ En mijn eerder genoemde bijdrage in *T. Not.* 1996-1, 7 v.

uit te sluiten dat op de kwaliteitsrekening ook gelden van de rekeninghouder zelf staan, zal de bank waaronder beslag wordt gelegd tegen de rekeninghouder wel melding moeten maken van de kwaliteitsrekening, doch ook van het kwaliteitskarakter daarvan¹³⁴, wat inhoudt dat het tegoed in beginsel niet tot het vermogen van de beslagen rekeninghouder behoort.

Omgekeerd is het aandeel van de rechthebbende in de schuldvordering op de bank in beginsel wél vatbaar voor derdenbeslag, maar anders dan bij een beslag op schuldvorderingen die ook op naam staan van de rechthebbende, zal het beslag hier moeten worden gelegd onder de bewindvoerder; de bank kent immers de naam van de rechthebbende niet, of in ieder geval niet diens precieze rechten. Normaal legt men derdenbeslag weliswaar bij de schuldenaar van de in beslag genomen schuldvorderingen, d.i. de bank, omdat normaal de schuldenaar de “houder” is van de schuldvordering (in overdrachtelijke zin). Bij een kwaliteitsrekening is er evenwel sprake van een twee-trapshouderschap. De bank houdt de schuldvordering voor de rekeninghouder, die deze op zijn beurt niet voor zichzelf houdt, maar voor de rechthebbende. Aldus is het de rekeninghouder die de verklaring moet doen en desnoods eenvoudig schuldenaar kan worden verklaard¹³⁵.

Een dergelijk meertrapsstelsel vinden we zoals gezegd in een bijzondere wettelijke geregelde kwaliteitsrekening, nl. de effectenrekening van de beursmakelaar (zie art. 9 KB nr. 62 giraal effectenverkeer 10-11-1967). Een vergelijkbare regeling vinden we in art. 77 Beleggingsdienstenwet 6-4-1995 voor cliëntenrekeningen van beleggingsvennootschappen.

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

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

(135) Tenslotte is het ook goed mogelijk dat de rekeninghouder één enkele rekening voert voor meerdere rechthebbenden uit verschillende verrichtingen of rechtsverhoudingen. Men noemt dit ook een algemene of generale derdenrekening tegenover de speciale derdenrekening, die slechts tegoeden van één gerechtigde betreft. Notarissen houden in beginsel afzonderlijke rubriekrekeningen

¹³⁴ Zie hierover nader E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen”, *TPR* 1996 (71) 84 nr. 14 = “Les comptes rubriqués et qualitatifs”, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. (175) 188 nr. 14.

¹³⁵ De bespreking van het beroepsgeheim valt buiten het bestek van deze bijdrage. Zie daarvoor mijn bijdrage “Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès - Professional ethics and procedural fairness”, Belgisch rapport voor het IXe Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra/Lissabon augustus 1991, in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines, IXième Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Kluwer Antwerpen 1992, p. 3 v. Samengevat meen ik dat het beroepsgeheim (verschoningsrecht) enkel de gegevens betreffende de oorsprong en de bestemming van de gelden dekt, niet het feit zelf van het aanhouden ervan.

voor elke verrichting (zie ook KB 14 december 1935), maar daarnaast toch ook een algemene derdenrekening; bij beleggingsvennootschappen zijn beiden mogelijk (art. 77 Beleggingsdienstenwet 6-4-1995); advocaten daarentegen hebben behalve voor erg belangrijke bedragen meestal maar één derdenrekening, waarop de verschillende derdengelden vermengd zijn (zie Art. 1 Reglement van de Nationale Orde van advocaten van 19-1-1989; art. 3.8.1. Europese Code van deontologie).

In zo'n geval ontstaat er een mede-eigendom tussen de verschillende rechthebbenden, elk in verhouding tot de crediteringen die de rekeninghouder voor rekening van elk van hen heeft verkregen (min de debiteringen die voor rekening van elk van hen geschieden). Is er een tekort op de rekening, dan wordt dit door alle rechthebbenden evenredig gedragen. Vergelijkbare toestanden vinden we ook bij de effectenrekeningen van beursmakelaars (zie KB nr. 62 giraal effectenverkeer 10-11-1967), bij de sommenrekeningen van beheerders van beleggingsfondsen, en dergelijke meer.

Een interessante vraag in deze gevallen is of de evenredige verdeling van het tekort onverminderd geldt wanneer ook de rekeninghouder zelf één van de gerechtigden is. Volgens een bepaalde redenering wordt de rekeninghouder geacht bij afhaling of overboeking van tegoeden eerst zijn eigen tegoed te hebben afgehaald. Hij is immers krachtens de rechtsverhouding met de gerechtigden “gebonden” om het tegoed eerst voor de anderen te houden. In zo'n geval wordt een tekort eerst aan hem aangerekend en pas nadien evenredig verdeeld over de gerechtigden¹³⁶.

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

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

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

Volgens sommigen zou er wel een “tracing” mogelijk zijn, op grond van zakelijke subrogatie. Dit veronderstelt dan wel dat het geld niet is afgehaald (geld kan niet worden gerevindiceerd), en dat

¹³⁶ Deze redenering vinden we in het *common law* terug wat gelden van een *trust* betreft. Daar wordt dergelijk vermoeden echter via de figuur van een *constructive trust* van rechtswege gemaakt en kan het aan derden worden toegeworpen. Zie F.P. van KOPPEN, “Bestaan er echte trustverhoudingen in Nederland, Duitsland en Luxemburg”, *WPNR* nr. 5906-5907, p. 130; mijn bijdrage in *RW* 1996-97, randnr 21 = in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, randnr. 21. Vgl. ook art. 25 VennW (voorheen 1848 BW), art. 8, lid 3 van de W. 22-7-1991 Deposito- en thesauriebewijzen, art. 471 (voorheen 52octies/3) lid 4 VennW en art. 10 lid 4 KB nr. 62 van 10-11-1997.

de rekeninghouder zelf in de plaats van de schuldvordering op de kwaliteitsrekening een andere schuldvordering heeft verkregen. Hoewel het verdedigbaar is dat de rekeninghouder in dat geval die nieuwe rekening ook *qualitate qua* aanhoudt, zal dit toch niet aan derden tegenwerpelijk zijn indien dit niet openlijk gebeurt.

Een verdergaande *tracing* kent ons privaatrecht niet, tenzij dan in het geval van toewijzing aan de benadeelde van een strafrechtelijke verbeurdverklaring. Het betreft hier evenwel een zeer betwistbaar voorrangsmechanisme ten gunste van één bepaalde schuldenaar van de dader ten nadele van diens andere schuldenaars, en er is geen reden om dit ruimer toe te passen dan door de (straf)wet wordt vereist¹³⁷.

E. Bijkomende regels wanneer de begunstigen mede-eigenaars zijn.

(137) Zoals aangekondigd, moeten we tenslotte nagaan welke mogelijkheden – vnl. voor vermogensbeheer - bepaalde vormen van mede-eigendom, al dan niet in samenhang met middellijke vertegenwoordiging, te bieden hebben. Anders dan bij het beheer van schuldvorderingen, is het beheer van lichamelijke goederen een *trust* in ons recht immers in het algemeen maar te benaderen in geval van mede-eigendom.

Daarbij wil ik eerst de verschillende vormen van mede-eigendom onderscheiden. Meer bepaald moet men twee onderscheidingen maken, die elkaar gedeeltelijk doorkruisen : deze tussen vrije en gebonden mede-eigendom en deze tussen mede-eigendom van afzonderlijke goederen en gezamenhandse mede-eigendom.

1. Soorten mede-eigendom.

a) Vrije en gebonden mede-eigendom.

(138) Een eerste vraag is of de mede-eigendom al dan niet gebonden is. Is de mede-eigendom niet gebonden, dan kan elke mede-eigenaar ten allen tijde de verdeling vorderen, en is een andersluitende afspraak noodzakelijk in de tijd beperkt (art. 815 BW, 5 jaar).

Deze regel geldt zonder twijfel voor toevallige mede-eigendom, zoals door vererving.

Zij geldt zonder twijfel niet voor door de wet georganiseerde “gebonden” gemeenschappen, zoals de huwelijksgemeenschap, de (burgerlijke of handels-)maatschap, de stille vennootschap (d.i. de maatschap met stille vennoten, vroeger vereniging in deelneming genoemd)¹³⁸, het openbaar be-

¹³⁷ E. DIRIX, *TPR* 1996, p. (71) 86 nr. 18 = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (175) 190 nr. 18, is wel voorstander van een ruimere toepassing.

¹³⁸ Soms wordt betoogd dat bij een stille vennootschap, en in het bijzonder bij de *croupier*, de stille vennoot geen eigenaar zou zijn van de goederen, maar slechts schuldeiser van de beheerder (zoals de zuivere fiduciaire eigendom). Men verwacht de vraag naar de eigendom wellicht met die naar de uitoefening van de lidmaatschapsrechten, in

leggingsfonds¹³⁹ en de burgerlijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (feitelijke vereniging). In al die gevallen is er een op een gemeenschappelijk doel berustende gebondenheid om in gemeenschap te blijven totdat de gemeenschap volgens de daarvoor geldende regels wordt “ontbonden”. Na de ontbinding gaat het ook hier om vrije mede-eigendom (zie bv. art. 1430, lid 3 BW en 55 VennW (voorheen 1872 BW)). Bij andere gevallen van mede-eigendom, zoals het effectendepot, kan men geen algehele verdeling vorderen, maar wel een gedeeltelijke verdeling, nl. in de vorm van uitlevering van zijn aandeel in “papier” vraagt (althans zo het niet om gedematerialiseerde aandelen gaat).

Doch ook daarbuiten geldt de regel van art. 815 zeker niet voor de vrijwillige mede-eigendom, waarbij partijen vrijwillig één of meer goederen in gemeenschap brengen,¹⁴⁰ Immers, art. 577-2 § 1 BW verwijst slechts naar de regels inzake erfrecht (waaronder art. 815 BW) “bij ontstentenis van overeenkomsten”. Buiten het erfrecht is de regel van art. 815 BW dan ook niét dwingend. De schrijvers die het tegendeel beweren¹⁴¹, redeneren daarbij op grond van het Franse recht, dat evenwel géén gelijkaardige bepaling bevat als art. 577-2 § 1 en dus niet terzake is voor het Belgische recht. Overigens is de hele discussie overtrokken, vermits iedereen het erover eens is dat art. 815 BW niet geldt tijdens de duur van een vereniging of maatschap, en zodra partijen enig gemeenschappelijk doel hebben, hun onderlinge overeenkomst, waarbij zij er zich toe verbinden niet op gelijk welk ogenblik uit onverdeeldheid te treden, kan worden gekwalificeerd als een vorm van

het geval het gaat om het beheer van aandelen (in een andere vennootschap). Weliswaar kan alleen de beheerder de lidmaatschapsrechten uitoefenen, maar dit betekent nog niet dat zakenrechtelijk de aandelen geen eigenaar zouden zijn van de stille vennoot. Art. 38 VennW (voorheen 1861 BW) onderscheidt duidelijk lidmaatschapsrechten van deelgenootschap (het laatste betekent gebonden mede-eigendom); de *croupier* is dus voor een bepaald aandeel mede-eigenaar van die gemeenschap (vgl. de toestand bij aandelen die in de huwgemeenschap vallen – art. 1401, lid 5 BW en hoger randnr. 37).

¹³⁹ Art. 111 en 116 v. Beurswetboek 4-12-1990 spreken immers van mede-eigenaars. Vgl. verder L. CORNELIS & PEETERS, “De gemeenschappelijke beleggingsfondsen en -vennootschappen”, in *De nieuwe beurswetgeving*, p. (285 321-322. Zie ook K. GEENS & M. WYCKAERT, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (129) v. Wel geldt er een uitzondering op het gebonden karakter bij beleggingsfondsen met een veranderlijk aantal rechten van deelneming : de houders hebben daarbij het recht te vorderen dat hun aandeel wordt ingekocht ten laste van de activa van het fonds (art. 110, 4^e Beurswetboek 4-12-1990). Dit komt neer op een gedeeltelijke verdeling. Om die reden beschouwt men het beleggingsfonds met een veranderlijk aantal rechten van deelneming soms veeleer als een niet-gebonden gemeenschap dan als een gebonden gemeenschap.

De “besloten” (d.i. niet-openbare) beleggingsfondsen zijn niet wettelijk geregeld en dan ook veeleer onder te brengen bij de vereniging, maatschap of vereniging in deelneming naargelang het geval. Zie verder A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie*, 119 v.

¹⁴⁰ Voor de niet-toepasselijkheid : F. LAURENT, *Principes*, X nr. 233 v.; DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V, nr. 1165 bis; DEHAY, *La nature juridique de l'indivision* (1968); G. DELVOIE, “Multi-eigendom”, *RW* 1972-73, 1841 v.; G. BAETEMAN, *RCJB* 1971, 209 v.; H. CASMAN, *RCJB* 1974, 546 v.; DONNAY, *RGEN*, nr. 21.754; VILEYN, “Het appartementenrecht en de mede-eigendom”, *TPR* 1983, (50) 51; VAN RYN-HEENEN, *Principes de droit commercial*, III nr. 151; DERINE-VANNESTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, Zakenrecht*, II nr. 769.

¹⁴¹ Zoals LECHIEN & PIRSON, “L’article 815 du Code civil et l’indivision volontaire à titre principal”, in *La copropriété* (red. P. Dehan), Bruylant 1985, 228 v.; en J. LEVY-MORELLE, “La copropriété partagée dans le temps. Indivision volontaire, société ou association”, in *La copropriété*, p. 53 v.

maatschap of vereniging.

1° Gevolgen van gebonden mede-eigendom.

(139) Tijdens de duur van een dergelijke gebonden gemeenschap (d.w.z. tot aan de ontbinding) spreekt het vanzelf dat over de afzonderlijke goederen van deze gemeenschap maar kan worden beschikt overeenkomstig de regels die voor het bestuur van die gemeenschap gelden. Het bestuur over die goederen is dan ook wettelijk geregeld. De beschikkingsbevoegdheid is hier dus beperkt tot de bestuursbevoegdheid (“vertegenwoordigingsmacht”). Een beschikking over een goed van de gemeenschap in strijd met die regels, en evenmin gedekt door schijnvertegenwoordiging en dergelijke is dan ook niet tegenwerpelijk aan de mede-eigenaars. Deze regels verschillen naargelang de soort gemeenschap (deze regels kunnen ook bepaalde vormen van nietigheid inhouden, zie bv. art. 1422 BW voor de huwelijksgemeenschap).

(140) De bijzondere regels voor elk van die gemeenschappen bepalen ook in welke mate elke deelgenoot kan beschikken over zijn onverdeeld aandeel in de gehele gemeenschap. Beschikken omvat hier met name vervreemden (overdragen) en bezwaren met zakelijke rechten (met name verpanden, aangezien het aandeel een onlichamelijk goed is).

- Bij de huwelijksgemeenschap is dit (met name vervreemden van de helft van de huwelijksgemeenschap) uitgesloten en kan men enkel de ontbinding vorderen (door echtscheiding, scheiding van tafel en bed of minnelijke of gerechtelijke scheiding van goederen).

- Bij een (burgerlijke of handels-)maatschap, tijdelijke vennootschap of stille vennootschap is geen uittreding mogelijk zonder ontbinding, tenzij anders is bepaald in de overeenkomst (statuten) - waarbij mogelijks nadere vereisten gelden (goedkeurings- en voorkoopbedingen); de overeenkomst is immers in beginsel *intuitu personae*. Wel kan men een “*croupier*”-verhouding aangaan met een derde (art. 38 VennW, voorheen 1861 BW). Dit laatste houdt m.i. in dat men wel de eigendom van het aandeel in de vennootschap of maatschap kan vervreemden, maar niet de lidmaatschapsrechten.

- Bij een vereniging (zonder rechtspersoonlijkheid) is uittreding wel mogelijk zonder ontbinding van de vereniging (dit volgt uit art. 2 W. 25-5-1921 op de vrijheid van vereniging), maar geeft deze géén recht op een vermogensaandeel¹⁴².

- Bij een (openbaar) beleggingsfonds is het mogelijk zijn aandeel in het fonds te vervreemden (ongeacht of dit een vast of een veranderlijk aantal rechten van deelneming heeft). Het betreft immers een overeenkomst *intuitu pecuniae*.

Voor zover een deelgenoot kan beschikken over zijn onverdeeld aandeel in de gehele gemeenschap, gaat het wel steeds over een *netto*-aandeel in het gemeenschappelijk vermogen. Dergelijk aandeel dient als een onlichamelijk goed te worden beschouwd. De verhouding tussen de deelge-

¹⁴² De PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, IV-2, nr. 34.

noten kan in dergelijk geval ook maken dat een onverdeeld aandeel kwantitatief kan worden opgesplitst (in “*coupures*”).

(141) Ook de schuldeisers kunnen, zolang de gemeenschap niet ontbonden is, de verdeling niet vorderen. Om verdeling te bekomen, moet men vooraf de ontbinding bekomen (in vereffening stellen).

(141 bis) De ontbinding van een dergelijke gebonden gemeenschap vindt plaats bij het einde van de termijn of de zaak waarvoor ze is aangegaan (art. 39, 1° en 2° VennW), alsmede door overeenkomst tussen alle mede-eigenaars.

Bij een vennootschap die voor onbepaalde duur is aangegaan, kan iedere mede-eigenaar ze ten allen tijde (mits redelijke opzeggingstermijn) éenzijdig opzeggen, tenzij er een voortzettings- of een verblijvensbeding is overeengekomen ten gevolge waarvan de gemeenschap onder de anderen (al dan niet met een nieuwe mede-eigenaar) wordt voortgezet. In een beleggingsfonds is er steeds een beding waardoor de uittreder zijn aandeel uitbetaald krijgt en het fonds tussen de overblijvenden wordt voortgezet. Een vereniging impliceert meestal eveneens een verblijvensregeling. Bij de huw-gemeenschap is eenzijdige opzegging niet mogelijk (maar kan scheiding van goederen onder bepaalde voorwaarden eenzijdig worden gevorderd).

Bij een vennootschap vindt in beginsel eveneens ontbinding plaats bij overlijden, handelingsonbe-kwaamheid, faillissement of kennelijk onvermogen van een mede-eigenaar, eveneens behoudens voortzettings- of verblijvensregeling; terwijl een vereniging daardoor niet hoeft te worden getroffen (zij wordt voortgezet, al dan niet met uitkering van zijn aandeel aan de betrokkene). Bij een openbaar beleggingsfonds leidt dit opnieuw enkel tot uitbetaling van de betrokkene.

Tenslotte kan de gemeenschap in beginsel ook ontbonden worden wegens tekortkoming van één van de betrokkenen aan de verbintenissen uit de overeenkomst die aan de gemeenschap ten gronde ligt.

2° Gevolgen van vrije mede-eigendom (onverdeeldheid).

(142) Een van de belangrijkste rechtsgevolgen van de toevallige mede-eigendom of onverdeeldheid is het recht om verdeling te vorderen. Dit recht kan hooguit voor een periode van 5 jaar worden uitgesloten (art. 815 BW). De wijze van verdeling wordt geregeld door art. 816 v. BW. Zoals gezegd zijn deze bepalingen niet dwingend wanneer de oorsprong van de onverdeeldheid niet “toevallig” is (nalatenschap), maar conventioneel. Het huwelijksvermogensrecht kent gedeeltelijk een eigen regeling. De overeenkomst van maatschap, vereniging en dergelijke kan eveneens afwijken van de regels van art. 816 v. BW voor wat betreft de afwikkeling van de verdeling.

De verdeling werkt in beginsel terug tot op het ogenblik waarop de onverdeeldheid ontstond (art. 883 BW, 577bis § 8 en 1872 BW). Voor de nalatenschap is dat het openvallen ervan (door overlijden), bij gebonden gemeenschappen (huwelijksgemeenschap, maatschap) het ogenblik waarop ze ontbonden werden (en dus omgezet in een loutere onverdeeldheid; voor meer gedetailleerde regels betreffende de huwelijksgemeenschap zie de art. 1396, 2 BW, 1472 BW, 1278, 2-3 en 1304, 2 Ger.W.).

(143) Voor het bestuur van de onverdeeldheid is er (behalve bij de appartementsmede-eigendom) slechts een beperkte, maar niet dwingende, wettelijke regeling, meer bepaald in art. 577-2 § 5, lid 2 en § 6.

Samenlopende bevoegdheid is er voor daden van behoud en voorlopig beheer. Voor al het overige geldt in beginsel de regel van gemeenschappelijk bestuur (eensgezindheid). Aangezien deze regel niet dwingend is, kan ervan worden afgeweken door middel van een reglement van mede-eigendom of een andere overeenkomst waarin partijen aan elkaar, één van hen of een derde volmacht geven voor het bestuur of bepaalde daden van bestuur (beschikking inbegrepen). De toestand is dus dezelfde als die van het appartementsrecht voor de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen op 1-8-1995.

Ook voor de bijdrageplicht in de lasten, en de onderlinge rechten en plichten betreffende gebruik en genot van de goederen vinden we een summiere regeling in art. 577-2, met name § 3 en § 5, lid 1.

b) Mede-eigendom van afzonderlijke goederen en mede-eigendom van een geheel van goederen (gezamenhandse eigendom).

(144) Het eigendomsrecht in gebonden gemeenschappen heeft ook een “gezamenhands” (gezamenlijk) karakter (*Gesamthand, propriété collective*); het slaat op een aandeel in het geheel van de goederen en niet op een aandeel in afzonderlijke goederen. Voorwerp van het mede-eigendomsrecht is niet een afzonderlijk goed, maar wel een “boedel” (*masse*), die naast *activa* ook *passiva* omvat¹⁴³.

Over een aandeel in de afzonderlijke goederen kunnen de deelgenoten dan ook niet beschikken (bv. de helft verkopen die men bezit in één van de goederen van de gemeenschap).

Het bestuur van een vermogen wordt immers onmogelijk, wanneer de rechthebbenden zouden

¹⁴³ Het is niet uitgesloten dat de gemeenschap in het begin maar uit één goed bestaat. Doch het gaat slechts om een gemeenschap (en niet slechts om een onverdeeldheid van één enkele zaak) wanneer die gemeenschap potentieel op een veelheid van goederen kan slaan, bv. ingevolge zakelijke subrogatie (zie hierover H. CASMAN, “Gemeenschap beperkt tot één goed?”, in *Liber amicorum Edmond Bouttiau & Jacques Demblon* (1987), 27 v., i.h.b. 37 nr. 16).

kunnen beschikken over hun aandeel in afzonderlijke goederen van dat vermogen. Dit wordt met name duidelijk wanneer er verschillende rechthebbenden zijn. Te dikwijls gaat men er bij ons bij ontleding van de *trust* van uit dat er normaal één rechthebbende is, om dan tot het besluit te komen dat wij geen *trust* kennen. Het beeld verandert echter wanneer men de gevallen met meerdere rechthebbenden erin brengt. Een duidelijk voorbeeld daarvan is een gemeenschappelijk beleggingsfonds.

Dergelijk “gezamenhands” (eigendoms)recht slaat op een aandeel in het geheel van de goederen en niet op een aandeel in afzonderlijke goederen (*ut singuli*). Het voorwerp van het gezamenlijk (eigendoms)recht is dan ook te beschouwen als een onlichamelijk goed (dit blijkt *a fortiori* uit art. 1696 v. BW). Men spreekt ook van een “abstract” aandeel om dit uit te drukken.

Het aandeel als onlichamelijk goed kan op zichzelf wel het voorwerp vormen van beschikkingen door de rechthebbende : hij kan het vervreemden, inpandgeven, in vruchtgebruik geven en dergelijke meer. De rechtverkrijgers verkrijgen dan een recht van dezelfde aard, nl. een abstract aandeel in het gemeenschappelijk vermogen.

Het aandeel kan ook het voorwerp uitmaken van een tontinebeding in de verkrijgingstitel of van een aanwasovereenkomst (verblijvensbeding).

(145) Betwisting bestaat er wel over de vraag of dit gezamenhands karakter ook geldt wanneer de gemeenschap eenmaal ontbonden is of wanneer het gaat om een vrije mede-eigendom van een geheel van goederen (bv. een nalatenschap). Deze betwisting is evenwel voor deze bijdrage minder interessant.

2. Mede-eigendom met afgescheiden vermogen nader bekeken.

(146) Wat er ook van deze laatste betwisting zij, duidelijk is wel dat een gezamenhandse gebonden mede-eigendom een afgescheiden vermogen impliceert. Door dit afgescheiden vermogen komen deze vormen van mede-eigendom zeer dicht in de buurt van een *trust*.

De aanwezigheid van een afgescheiden vermogen blijkt meer bepaald uit de voorrang voor bepaalde schuldeisers ten aanzien van andere. De mede-eigenaars zowel als hun privé-schuldeisers worden achtergesteld op de “gemeenschappelijke” schuldeisers, wat maakt dat het eigendomsrecht van de maten, beleggers, enz. beperkt blijft tot de *netto*-waarde van het gemeenschappelijk vermogen. Hun privé-schuldeisers kunnen slechts op dit *netto*-aandeel verhaal nemen. Dit volgt duidelijk uit het cassatie-arrest van 28-2-1985¹⁴⁴. Weliswaar betrof dit een “tijdelijke vennootschap”, doch er is geen enkele reden waarom er voor die vorm van gebonden mede-eigendom een afzonderlijke regel zou gelden. Ook in de andere gevallen gaat het dus om afgescheiden vermogens.

¹⁴⁴ *RW* 1985-86, 997

a) Verhaalbaarheid van schulden.

(147) De juiste regels kunnen verschillen naargelang de aard van de gemeenschap, maar het grondschema is het volgende :

1° Gemeenschapsschuldeisers.

(148) Enerzijds zijn er gemeenschapsschulden, of schulden van de boedel, die op alle (beslagbare) goederen van de gemeenschap kunnen worden verhaald. Zij omvatten de schulden die aangaan voor of voortspuitend uit het beheer van het gemeenschappelijk vermogen of het gemeenschappelijk doel.

(149) Wanneer het beheer gegrond is op een gewone vertegenwoordiging, kunnen deze schulden daarnaast meestal ook worden verhaald op de rest van het vermogen van de deelgenoten zelf (de “eigen vermogens”), zij het in uiteenlopende mate :

- a) De vennoten van een handelsmaatschap of van een tijdelijke handelsvennootschap zijn hoofdelijk en onbeperkt aansprakelijk.
- b) De maten van een burgerlijke maatschap of tijdelijke vennootschap zijn slechts aansprakelijk evenredig met hun aandeel (art. 1863 BW), maar wel onbeperkt.
- c) De echtgenoten zijn in beginsel ook met hun eigen vermogen (onbeperkt) aansprakelijk voor de gemeenschappelijke schulden, met een reeks uitzonderingen voor de niet-contracterende echtgenoot (art. 1414 B.W).
- d) De leden van een feitelijke vereniging zijn in beginsel onbeperkt aansprakelijk, elk voor een gelijk aandeel. Wel is het zo dat verenigingsschulden zeldzaam zijn, omdat dit vereist dat de contracterende partij binnen zijn vertegenwoordigingsmacht handelde¹⁴⁵.

Bij een beheer gegrond op middellijke vertegenwoordiging daarentegen, verbindt de beheerder in beginsel enkel zichzelf (vgl. hoger de algemene regels inzake middellijke vertegenwoordiging) en zijn de vertegenwoordigden slechts “aansprakelijk” tot beloop van hun inbreng (en evenredig met hun aandeel).

- a) Bij een stille vennootschap zijn verbintenisrechtelijk in beginsel slechts de beherende vennoten aansprakelijk (indien er meerdere zijn, zijn ze hoofdelijk aansprakelijk bij handelsbedrijvigheden en deelbaar bij burgerlijke bedrijvigheden). Bij openlijk *qualitate qua* optreden, kunnen zij de aansprakelijkheid voor de schulden aangaan voor het beheer van de goederen beperken tot verhaal op het bestuurde vermogen alleen - mits toestemming van de wederpartij. De stille vennoten zijn niet aansprakelijk, juister : hun aansprakelijkheid is beperkt tot hun inbreng (zij kunnen enkel hun aandeel in de gemeenschap verliezen).
- b) De beheerder van een beleggingsfonds verbindt zich in de praktijk in eigen naam voor rekening van de mede-eigenaars van het fonds en treedt dus eveneens op als middellijk vertegenwoordiger,

¹⁴⁵ Zie verder DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, IV-2, nr. 38 B.

qualitate qua. Dat de aansprakelijkheid van de mede-eigenaars beperkt is tot hun aandeel in het fonds werd intussen ook in de wet ingeschreven¹⁴⁶. De anonimiteit van de beleggers kan eveneens worden gewaarborgd¹⁴⁷.

2° Eigen schulden van de mede-eigenaars.

(150) Daarnaast zijn er de eigen schulden van één (of meerdere) van de deelgenoten¹⁴⁸. Deze kunnen enkel op hun eigen vermogen worden verhaald. Dit eigen vermogen omvat weliswaar ook het aandeel van de deelgenoot in het gemeenschappelijk vermogen, doch enkel het *netto*-aandeel, d.w.z. het aandeel in het saldo van de baten dat overblijft nadat alle gemeenschapsschulden zijn betaald. Dit betekent dus dat op de goederen van de gemeenschap, de gemeenschapsschuldeisers voorrang hebben op de privé-schuldeisers¹⁴⁹. Deze laatste noemt men om die reden ook soms “postconcurrente schuldeisers” (achtergestelde schuldeisers, zo men wil). Ook de mede-eigenaars zelf zijn achtergesteld bij de gemeenschapsschuldeisers, ook in de gevallen waarin ze zelf niet aansprakelijk zijn voor die schulden.

Of het *netto*-aandeel van de deelgenoot als dusdanig (d.i. als geheel) beslagbaar is tijdens de duur van de gemeenschap (d.i. voor de ontbinding ervan), hangt ook weer af van de aard van de gemeenschap. In beginsel is het aandeel beslagbaar indien het overdraagbaar is en niet beslagbaar als het niet overdraagbaar is. Beslagbaar zijn wel de rechten die de deelgenoot op grond van zijn aandeel verkrijgt, met name de uitkeringen die verschuldigd zijn door de maatschap en dergelijke.

b) Veralgemeende zakelijke subrogatie.

(151) Het gezamenlijk karakter van de eigendom van de deelgenoten bij een gebonden gemeenschap brengt ook een veralgemeende zakelijke subrogatie mee. Deze werd hoger reeds besproken. Wanneer een goed in de plaats komt van een gemeenschapsgoed, dan gaat het deel uitmaken van die gemeenschap.

c) Andere kenmerken van de mede-eigendom met afgescheiden vermogen .

(152) De vorming van een afgescheiden vermogen maakt dat deze soorten mede-eigendom dichter

¹⁴⁶ Art. 111 Beurswetboek 4-12-1990 § 5 lid 1, zoals ingevoegd bij art. 6 W. 12-12-1996.

¹⁴⁷ Art. 111 Beurswetboek 4-12-1990 § 5 lid 3, zoals ingevoegd bij art. 6 W. 12-12-1996.

¹⁴⁸ In bepaalde vormen van gemeenschap bestaat er nog een tussencategorie. Zo kunnen bepaalde eigen schulden van echtgenoten ook op de huwelijksgemeenschap worden verhaald - zie daarvoor art. 1410 v. BW. En volgens art. 96 FaillW. (1997) kunnen de (eigen) schulden van een echtgenoot ingeval van faillissement ook worden verhaald op het gemeenschappelijk vermogen.

¹⁴⁹ Meerdere wetsbepelingen stellen dat de *activa* als dusdanig niet voor beslag vatbaar zijn (althans niet tijdens de duur van de gemeenschap), bv. de *activa* van een beleggingsfonds (Art. 111 Beurswetboek 4-12-1990 § 5 lid 2, zoals ingevoegd bij art. 6 W. 12-12-1996, of de effecten in een effectendepot. Deze onbeslagbaarheid geldt niet voor het *netto*-aandeel van de mede-eigenaars.

in de buurt komen van een *trust*. Ik wil dan ook even de juridische regeling ervan samenvatten, dit ter vergelijking met de hoger beschreven rechtsfiguren. Omdat zij het meest in aanmerking komen voor vermogensbeheer, heb ik het daarbij voornamelijk over de (burgerlijke en handels)maatschap enerzijds, en het beleggingsfonds en de stille vennootschap anderzijds (de eerste gaat gepaard met gewone vertegenwoordiging, de laatste met middellijke vertegenwoordiging). De feitelijke vereniging is immers een samenwerkingsverband zonder winstoogmerk, en wat de huwelijksgemeenschap betreft, kan deze misschien voor sommigen een goede belegging zijn, doch ik denk niet dat men ertoe neigt om het huwelijk als een beleggingsproduct te willen verkopen.

Onder meer door het zeer beperkt aantal dwingende bepalingen (op verbintenisrechtelijk vlak) worden de maatschap en stille vennootschap gekenmerkt door een soepelheid die niet moet onderdoen voor die van de zuiver fiduciaire eigendom. Daarnaast bieden zij sterkere waarborgen voor de begunstigten. Ook blijven diens privé-schuldeisers niet in de kou staan; zij kunnen weliswaar geen verhaal uitoefenen op de in gemeenschap gebrachte goederen, maar dan toch op het (netto-)aandeel van hun schuldenaar in dat vermogen.

(153) Zolang de mede-eigendom niet is ontbonden, blijven de goederen in beginsel buiten het vermogen van de bestuurder/beheerder ervan. Dit sluit niet uit dat de beheerder schijnbaar eigenaar kan zijn van de goederen, en bij faillissement van de beheerder diens schuldeisers op die grond toch enig verhaal kunnen uitoefenen (bv. wanneer onroerend goed ten name van de beheerder persoonlijk en niet ten name van de maatschap of van de beheerder *q.q.* staat ingeschreven in de hypotheekregisters) (vgl. hoger het zakenrechtelijk verschil tussen openlijke middellijke vertegenwoordiging en verborgen middellijke vertegenwoordiging of zuivere naamgeving).

(154) De mede-eigenaars kunnen wel over hun aandeel beschikken in de voorwaarden die de overeenkomst (statuten, enzovoort) bepaalt, maar geen verdeling vorderen, noch het beheer onmogelijk maken door over hun aandeel in slechts welbepaalde goederen van het geheel te beschikken (bv. het kan natuurlijk niet dat de mede-eigenaar van een beleggingsfonds zijn aandeel in één van de beleggingen verkoopt in plaats van zijn aandeel in het geheel der beleggingen). Zij hebben dus geen beschikkingsbevoegdheid over de gemeenschappelijke goederen, tenzij na ontbinding van de gemeenschap.

(155) De mede-eigenaars kunnen de bestuursbevoegdheid van de beheerder slechts herroepen in overeenstemming met de vestigende overeenkomst, of door ontbinding te verkrijgen van de gemeenschap.

Wat ten eerste de éézijdige herroeping van de volmacht betreft, kan deze in beginsel worden uitgesloten, minstens bij het aangaan van de maatschap of stille vennootschap (art. 33 lid 2 VennW).

Herroepbaarheid van de volmacht valt niet samen met ontbindbaarheid van de mede-eigendom. Het onderscheid tussen enerzijds de persoon aan wie de bevoegdheid wordt toevertrouwd en anderzijds het feit dat de bevoegdheid namens de gemeenschap dient te worden uitgeoefend (en niet door elk afzonderlijk) kan ook buiten de gebonden mede-eigendom voorkomen (in het mandaat

van gemeenschappelijk belang, zie hoger). Anders dan bij de gewone middellijke vertegenwoordiging heeft deze beperking van de bevoegdheid van de mede-eigenaars om zelf over (hun aandeel in) de goederen te beschikken bij een gebonden mede-eigendom evenwel ook een uitwendige of zakelijke werking. Het faillissement van een mede-eigenaar heeft geen gevolgen voor het beheer, tenzij in die gevallen waarin de mede-eigendom een *intuitu personae* karakter heeft en om die reden de ontbinding van de gemeenschap veroorzaakt (zoals bij de maatschap het geval is behoudens andersluidende overeenkomst, zie hoger). In die zin is het gezamenlijk bewind over de gemeenschapsgoederen “*konkursfest*” wanneer er een voortzettings- of verblijvensregeling geldt, en krijgen we een scheiding tussen beheer en vermogensrechten die in de buurt komt van deze bij de *trust*.

(156) Omgekeerd hebben de beperkingen aan de bevoegdheden van de bestuurders om over de goederen van de gemeenschap te beschikken in beginsel ook uitwendige werking. Ook dit is natuurlijk niet waterdicht, meer bepaald bij toepassing van de vertrouwensleer (schijnvertegenwoordiging) en in geval van bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw (zoals hoger reeds werd betoogd voor middellijke vertegenwoordiging in het algemeen). Deze tegenwerpelijheid van bevoegdheidsbeperkingen is nadelig voor de zekerheid in het rechtsverkeer, maar is ook bij de Anglo-Amerikaanse *trust* niet geheel afwezig.

(157) De “inbreng” in gemeenschap is in beginsel een handeling onder bezwarende titel, en dus niet onderworpen aan de beperkingen die gelden voor handelingen om niet. Natuurlijk moet worden nagegaan of er niet tegelijk of nadien een beschikking om niet over het aandeel in de gemeenschap plaatsvindt (bv. ingevolge een verblijvensbeding). Maar op de eerste plaats ontstaat er altijd een “*trust*” ten gunste van de inbrenger zelf, nooit rechtstreeks in hoofde van een derde (wel zullen de goederen die de beheerder nadien *q. q.* verkrijgt, rechtstreeks toekomen aan de personen die op dat ogenblik mede-eigenaars zijn).

F. Enkele bijzondere vormen van begunstigingsbewind over de nalatenschap.

(157 *bis*) Een wettelijk georganiseerde splitsing van het eigendomsrecht, die we “fideicommissair bewind” kunnen noemen, vinden we zoals gezegd bij de geoorloofde erfstellingen over de hand zoals geregeld door art. 1048 v. BW en bij het *fideicommiss de residuo*. Het gaat inderdaad om uitzonderlijke gevallen waarin ons recht een splitsing kent van het eigendomsrecht¹⁵⁰, waarbij de ene partij een tijdelijk eigendomsrecht heeft (dus géén louter vruchtgebruik) en de andere partij een eigendomsrecht onder opschortende termijn, dat als een onlichamelijk zakelijk recht op de door de eerste partij beheerde “boedel” moet worden beschouwd - dit volgt uit de veralgemeende zakelijke subrogatie waarvan de “verwachter” geniet^{151, 152}.

¹⁵⁰ Zie bv. A. PITLO, *Het erfrecht* (1971), p. 58 v., 174 v., 184 v.

¹⁵¹ In die zin H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, 1991, p. 541 nr. 1317.

¹⁵² Een andere mogelijk ontleding is dat de verwachter zijn eigendomsrecht wel degelijk afleidt van de bezwaarde, doch deze door de aanvaarding van de beschikking een verbintenis tot geven aangaat jegens de vervreemder (bij een *fideicommiss de residuo* hoogstens een natuurlijke verbintenis) en reeds *ipso facto* instemt met de doorlevering er-

Wat de beschikkingsbevoegdheid betreft is er wel een groot verschil tussen beide gevallen : bij het *fideicommiss de residuo* is de bezwaarde bevoegd te beschikken over de zaak zelf - zij het mogelijks enkel onder bezwarende titel -, bij de eigenlijke erfstelling over de hand is hij slechts bevoegd om te beschikken over zijn tijdelijk (eigendoms)recht op de zaak. Hoewel het hier gaat om bevoegdheidsbeperkingen die bij rechtshandeling worden ingesteld, wordt erkend dat zij in beginsel zakelijke werking hebben.

In beide gevallen maken de bezwaarde goederen geen deel uit van de nalatenschap van de bezwaarde eigenaar (bij een *fideicommiss de residuo* veronderstelt de bezwaring wel dat het voorbehouden erfdeel van de bezwaarde eigenaar niet is aangetast door die bezwaring, zoniet kan hij in korting vorderen om de goederen vrij en onbelast te verkrijgen).

Hoewel het *fideicommiss de residuo* precies door de veralgemeende zakelijke subrogatie, zeker voor sommige gevallen de rol van de *trust* kan vervullen, wordt de figuur zelden gebruikt omdat het statuut ervan onvoldoende zeker wordt geacht (teveel aan betwisting onderhevig is), meer bepaald wat betreft de sterkte van de zakelijke werking van het recht van de "verwachter". M.i. zou nochtans duidelijk moeten zijn dat de tegenwerpelijke aan derden van het zakelijk recht van de verwachter door dezelfde regels wordt bepaald als die van andere zakelijke rechten (en dit zowel t.a.v. derde-verkrijgers als t.a.v. schuldeisers). Zo kunnen de schuldeisers zich in beginsel slechts verhalen op het tijdelijke recht van de bezwaarde. Een tweede reden voor de zeldzaamheid is dat, door het vereiste dat de verwachter reeds moet bestaan ten tijde van de beschikking, het *fideicommiss de residuo* bijna een variante is op het vruchtgebruik, met dien verstande dat de beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde veel ruimer is dan die van de vruchtgebruiker.

(157^{ter}) Een zekere zakelijk werking heeft ook het recht van de testamentuitvoerder, waaraan de testator de *saisine* heeft toegekend. Dit kan enkel voor roerende goederen en gedurende hoogstens één jaar. Men kan dit een bewindsrecht noemen (de *saisine* wordt m.i. ten onrechte met bezitsrecht vertaald, omdat dit de indruk geeft dat het iets te maken heeft met bezit in de zin van de tegenstelling tussen (eigendoms)recht en bezit). Het werkt ten aanzien van die goederen zakelijk, dus privaat. Bovendien kunnen de erfgenamen - zo die er zijn - het bewind (*saisine*) steeds ongedaan maken door zekerheidstelling. Het gaat hier dus bijna meer om een zekerheidsrecht van de testamentuitvoerder dan om een normaal bewindsrecht. Zoals gezegd gelden deze beperkingen niet voor zover de *testator* een algemeen legataris kan aanstellen (d.i. bij gebrek aan erfgenamen, dan wel enkel voor het beschikbaar gedeelte) : deze verkrijgt de *saisine* wel zonder deze beperkingen, ook al gaat het algemeen legaat gepaard met ruime lasten voor de legataris, zodat de algemene legataris economisch gezien een testamentuitvoerder is.

van op termijn; gedurende die termijn (in beginsel die van zijn leven) is hij nog eigenaar net zoals in andere gevallen een vervreemder die reeds heeft ingestemd met de eigendomsoverdracht onder opschortende termijn.

III. Belgisch internationaal privaatrecht.

A. De verwijzingsregels

1. Inleiding : binnenlandse tegenover internationale verhoudingen.

(158) Aan de regels van het Belgisch privaatrecht kan men in zekere mate ontsnappen in internationale (transnationale) verhoudingen, nl. in zoverre dan andersluidende regels van een buitenlands rechtsstelsel toepasselijk zijn. In hoeverre dit kan, hangt af van de regels van internationaal privaatrecht. De toepasselijke regels van IPR zijn daarbij die van het *forum*, d.i. de aangesproken rechtbank. In deze bespreking wordt er dan ook van uitgegaan dat het geschil komt voor een Belgische rechtbank of een rechtbank die soortgelijke regels van IPR als de Belgische hanteert (wat voor de meeste landen van het Europees vasteland het geval is).

De toepassing van het IPR veronderstelt eerst en vooral dat het niet om een zuiver binnenlandse (maar wel om een internationale) verhouding gaat. In bepaalde rechtsdomeinen wordt dit nader gedefinieerd.

- in het EVO (Europees verdrag op verbintenissen uit overeenkomst toepasselijk recht, Rome 1980) wordt daarbij vereist dat er een buitenlands bestanddeel is, ander dan alleen maar de keuze van een buitenlands recht en/of een buitenlandse rechtbank.

- in het Haags *trust*verdrag (door België niet bekrachtigd) wordt daarbij vereist dat er een buitenlands bestanddeel is, ander dan de plaats van bestuur van de *trust* en de gewone verblijfplaats van de *trustee*; deze zijn immers niet voldoende om landen die nauwer bij de *trust*goederen of -begunstigden betrokken zijn tot erkenning te verplichten (art. 12). Doorslaggevend blijken toch te zijn de ligging van de *trust*goederen en de plaats waar de *trust*doeleinden moeten worden verwezenlijkt (plaats van uitvoering) (dit volgt uit de vergelijking van art. 7 en 12).

2. Verbintenissenrecht

a) Overeenkomstenrecht.

(159) Voor zover het om een internationale verhouding gaat, hebben partijen op zuiver verbintenissenrechtelijk vlak een grote autonomie om het toepasselijke recht te kiezen (zie art 3 EVO). Aan de gewone dwingende regels van het anders toepasselijke recht ontsnapt men dan, behalve in een aantal gevallen, waaronder vnl. een reeks verbruikersovereenkomsten (art. 5 EVO). Voor zover er diensten - bv. beleggingsdiensten - worden verstrekt aan niet-beroepsmatige gebruikers en deze diensten geheel of gedeeltelijk worden verstrekt in het land waar deze zijn gewone verblijfplaats heeft, zal het dwingend recht van dat land in beginsel van toepassing blijven ten gunste van de verbruiker (uitzondering : wanneer de verbruiker de dienst op eigen initiatief in het buitenland bestelt en dergelijke meer, zie art. 5 EVO).

Men ontsnapt verder niet aan de exceptie van internationale openbare orde (art. 16 EVO, vgl. art. 18 Haags *trust*verdrag), noch aan de “voorrangsregels” (*règles d’application immédiate*) van het land van de rechter (art. 7 EVO, vgl. art. 16 Haags *trust*verdrag), tenzij dan wanneer deze regels op grond van hogere normen terzijde worden gesteld (bv. wegens ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van goederen en diensten binnen de EG).

(160) Bekijken we de verbintenisrechtelijke regels die in deel I. zijn besproken, dan rijzen er vnl. vragen bij de kwalificatie van volgende regels :

1° Beperkingen aan bedingen van onvervreemdbaarheid of onoverdraagbaarheid bij lichamelijke goederen.

Hoewel het hier een verbintenisrechtelijke vraag geldt, lijkt hier toch het recht van de ligging van het goed (d.i. het recht dat het zakenrechtelijk statuut regelt) van toepassing te zijn. Vermits het EVO dit evenwel schijnt in te sluiten in het verbintennisrecht (behalve voor zover het gaat om vervreemdingsbeperkingen in het kader van een *trust*, waarvoor de zaak in het EVO wordt opengelaten), lijkt het dat deze regels als *règles d’application immédiate* (politiewetten) moeten worden gekwalificeerd. Dat brengt dan weer mee dat de buitenlandse rechter (d.i. buiten het land van de ligging) met deze regels geen rekening moet of zelfs niet mag houden¹⁵³.

2° Beperkingen aan bedingen van onvervreemdbaarheid of onoverdraagbaarheid bij schuldverordeningen.

Gezien de geldigheid van vereniging in deelneming en *croupier*-verhoudingen in ons recht, is er een zekere loskoppeling van eigendomsrecht en lidmaatschapsrecht mogelijk bij aandelen (hoever dat kan gaan werd hoger besproken). Maar uit art. 1861 BW blijkt wel dat er grotere soepelheid is wat de vermogensrechten betreft dan wat de lidmaatschapsrechten betreft. Het past dan ook beide opzichten afzonderlijk te bespreken. We hebben het hier voorlopig enkel over de verbintenisrechtelijke geldigheid (niet over een mogelijke zakelijke werking).

Voor zover het enkel om de overdraagbaarheid van de vermogensrechten gaat, geldt de *lex contractus*, bepaald op grond van het EVO. In beginsel geldt dus de rechtskeuze van partijen (behoudens bij statutaire beperkingen, waar de *lex societatis* geldt).

Voor zover evenwel de uitoefening van lidmaatschapsrechten tot het voorwerp van een overeenkomst wordt gemaakt (stemafspraken, art. 74 ter VennW en dergelijke), gelden de regels van het Belgische vennootschapsrecht voor alle lidmaatschapsrechten in Belgische vennootschappen. Het EVO is hier niet van toepassing (zie art. 1, 2, e), en de contractsvrijheid evenmin. Ofwel is de *lex societatis* hier de aanknopingsfactor, ofwel moet de Belgische vennootschapswet op dit punt als een politiewet worden gekwalificeerd.

(161) Schenkingen vallen, anders dan erfrecht en testamenten en overeenkomsten over niet opengevallen nalatenschappen, wel onder het EVO. De *lex contractus* is dus van toepassing, behou-

¹⁵³ Naargelang het land van de rechter het voorbehoud m.b.t. art. 7, 2 EVO al dan niet heeft gemaakt. België is één van de weinige landen die dit voorbehoud niet heeft gemaakt, en dus de mogelijkheid laat aan de rechter om buitenlandse voorrangsregels (*règles d’application immédiate*) toe te passen.

dens wat betreft bv. de inbreng en inkorting en de schenking van een niet opengevallen nalatenschap.

b) Onrechtmatige daad.

(162) In deze kontekst speelt de onrechtmatige daad vnl. een rol in het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan wanprestatie (dus aan schending van een verbintenis door de schuldenaar ervan). Denken we aan de fiduciaire verplichtingen en vervreemdingsverboden, bij schending, waarvan de fiduciant in beginsel niet zakenrechtelijk beschermd is. Denken we ook aan andere geldige, maar niet “zakelijk” werkende overdrachtsbeperkingen en vervreemdingsverboden en dergelijke meer.

De onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van de plaats van de onrechtmatige daad. Voor derde-medeplichtigheid is er evenwel een wanprestatie nodig van de schuldenaar, en die vraag wordt bepaald door de wet die de verbintenis beheerst (de *lex causae*, in geval van overeenkomst *lex contractus*). Indien het beding krachtens dat recht ongeldig is, kan een derde natuurlijk niet aansprakelijk zijn wegens derde-medeplichtigheid aan de schending ervan.

3. Zakenrecht en erfrecht

a. Algemeen.

(163) In het zakenrecht bestaat er in beginsel geen rechtskeuze. Het zakenrechtelijk statuut van goederen wordt bepaald door het recht van de ligging, tenzij voor zover bij wijze van uitzondering in zekere mate de toepassing van buitenlands zakenrecht wordt toegestaan (op grond van een zekere contractsvrijheid) of erkend (vnl. van belang bij verplaatsing van roerende goederen uit het buitenland).

(164) Eenzelfde beginsel vinden we in het erfrecht. De erfrechtelijke devolutie en wat eruit voortvloeit wordt in beginsel bepaald door het recht van de woonplaats van de erflater voor roerend goed en door dat van de ligging voor onroerend goed (behoudens *renvoi* naar het land van de woonplaats door het IPR van het land van de ligging)¹⁵⁴. Het zakenrechtelijk statuut van een goed kan dus wel worden aangetast door toepassing van een ander recht dan dat van de ligging, nl. door toepassing van de regels van het erfrecht van de woonplaats van de eigenaar (bij diens overlijden) en zelfs van vorige eigenaars (bij inkorting van beschikkingen om niet).

(165) Ook het Haags *Trust*verdrag wijzigt deze regels in beginsel niet. Het Verdrag bepaalt immers uitdrukkelijk in art. 15 dat het door de passende verwijzingsregel aangewezen toepasselijke recht blijft gelden voor o.m. c) de erfopvolging krachtens testament of wet, in het bijzonder het wettelijk erfdeel, d) de eigendomsoverdracht en zekerheidsrechten, e) de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie en f) de bescherming van derden te goeder trouw in andere

¹⁵⁴ In het EVO wordt *renvoi* uitgesloten; in het erfrecht daarentegen is het doorgaans aanvaard.

opzichten. Natuurlijk kan elke bekrachtigende staat wel eenzijdig afstand doen van de toepassing van zijn eigen zakenrecht of erfrecht onder nader te bepalen voorwaarden (bv. voor goederen die deel uitmaken van een in het buitenland gevestigde *trust*); doch dit volgt niet uit het Verdrag.

(166) Ook op andere domeinen worden er slechts zeer moeizaam erkenningsregels ontwikkeld in het zakenrecht (denken we aan het gebrek aan succes van pogingen tot erkenning van in het buitenland gevestigde zakelijke zekerheden op roerende goederen).

(167) Het zakenrechtelijk en erfrechtelijk statuut van goederen wordt dus in beginsel helemaal niet gewijzigd door het beheer ervan in het buitenland (d.i. buiten het land van de ligging *c.q.* van de woonplaats van de erflater) te laten plaatsvinden. Het buitenlandse recht zal in zo'n gevallen enkel een rol kunnen spelen voor o.m. verbintenissenrechtelijke opzichten, de vraag of een rechtspersoon bestaat, of het faillissement van de beheerder (w.b. niet louter zakenrechtelijke opzichten).

b. Schuldvorderingen

1° Algemeen (schuldvorderingen op naam)

(168) Ook in het IPR vormen schuldvorderingen zakenrechtelijk een apart geval, omdat zij als onlichamelijke goederen geen ligging hebben in materiële zin. Wanneer we het dus over de eigendom van een schuldvordering hebben (zakenrechtelijk statuut), komt het erop aan het begrip “ligging” daaraan aan te passen. Het zakenrechtelijk statuut van een schuldvordering kan immers niet worden bepaald op grond van het EVO, dat uitdrukkelijk enkel verbintenissenrecht betreft.

Van belang is wel dat de “inwendige” beperkingen van de schuldvorderingen, die zoals gezien een quasi-zakelijk effect hebben (althans voor zover geen abstractie is gemaakt van die inwendige verhouding door belichaming in een toonderpapier), worden geregeld door het recht dat de verbintenissenrechtelijke verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar beheerst (zie EVO art. 12 lid 2). Men spreekt hier van de “*lex causae*”. Inderdaad, zoals men (onder Belgisch recht) in het algemeen een schuldvordering moet nemen zoals ze is (behoudens abstractie), moet men ze ook onder (Belgisch) IPR nemen met de “nationaliteit” waaronder ze is ontstaan.

(169) Over het eigenlijk zakenrechtelijk statuut in enge zin bestaan er traditioneel betwistingen. Laten we het eerst hebben over de algemene regel (los van bijzondere vragen voor toonderpapieren). Twee aanknopingsfactoren zijn mogelijk¹⁵⁵ : opnieuw de *lex causae*, dan wel het recht van de woonplaats van de schuldenaar (*lex domicilii debitoris*). Hoewel in België traditioneel de laats-te oplossing werd verdedigd, lijkt mij dit niet meer houdbaar sinds 1987. Nu voor de verhouding

¹⁵⁵ Een derde aanknopingsfactor is zeker onjuist, nl. dat het eigendomsrecht van de vordering zou worden beheerst door de *lex contractus* van de overeenkomst tussen de partijen die over dit recht contracteren, bv. overdrager en overnemer. Het is totaal onbegrijpelijk dat de (Noord-)Nederlandse Hoge Raad in zijn arrest van 16-5-1997, *RvdW* 126, gemeend heeft deze te moeten afleiden uit het EVO (dat het zakelijk statuut niet eens regelt en overigens enkel met de keuze voor de *lex causae* spoort).

met de schuldenaar zelf niet het recht van zijn woonplaats geldt, maar de *lex causae* (art. 12 EVO), moet dit *a fortiori* gelden voor de verhouding *erga omnes*. Ook zakenrechtelijk in enge zin moet men een vordering nemen onder het recht waaronder ze is ontstaan. Men kan daartegen weliswaar opwerpen dat het de schuldenaar is die de vordering “houdt” (in detentie heeft); maar hij “houdt” deze toch maar onder de modaliteiten bepaald door de *lex causae*. Deze laatste bepaalt bv. aan wie hij moet betalen.

Bij aandelen (op naam) in een vennootschap is de discussie overigens niet relevant : de *lex societatis* is immers zowel *lex causae* als *lex domicilii debitoris*.¹⁵⁶

(170) Zoals bij roerende lichamelijke goederen kan het zakenrechtelijk statuut wel worden aangetaast door toepassing van de regels van het erfrecht van de woonplaats van de eigenaar (bij diens overlijden) en zelfs van vorige eigenaars (bij inkorting van beschikkingen om niet).

2° Schuldvorderingspapieren

(171) In hoeverre blijven deze regels gelden wanneer schuldvorderingen worden belichaamd in een waardepapier (aan toonder of order) ? Het antwoord is in ieder geval niet zo simpel als soms wordt gegeven, nl. dat in dergelijk geval de wet van de ligging van het papier (*lex cartae sitae*) het zakenrechtelijk statuut zou beheersen. De oplossing van onze vraag ligt integendeel in het maken van het juiste onderscheid, te beginnen met het onderscheid tussen “het recht op het papier” en het “recht uit het papier”.

1° Het “recht op het papier” wordt beheerst door het recht van de ligging van het papier (*lex cartae sitae*). Het recht van de ligging bepaalt bv. hoe eigendom en zakelijke rechten op het papier worden verkregen en verloren¹⁵⁷. Het bepaalt ook welke zakelijke rechten op het papier mogelijk zijn (bv. pandrecht, *trust*, bewindsrecht en dergelijke).

2° Het “recht uit het papier” heeft evenwel slechts waarde in zoverre het ook een “recht uit het papier” oplevert, een recht op de schuldvordering die in het papier zou zijn belichaamd, in zoverre het recht “doorwerkt” in de obligatore verhouding met de schuldenaar. En de vraag of het recht op het papier inderdaad doorwerkt, dus een recht uit het papier, een recht op een schuldvordering tegen de uitgever van het papier oplevert, wordt niét bepaald door de *lex cartae sitae*, maar door de *lex causae* van die schuldvordering¹⁵⁸. Het is ook de *lex causae* die de verbintenisrechtelijke vragen regelt, met name de tegenwerpelijke aan de eigenaar van het papier van verweermiddelen uit de oorspronkelijke verhouding tussen de schuldenaar (uitgever van het papier) en de oorspronkelijke schuldeiser (eerste eigenaar van het papier).

¹⁵⁶ Vgl. K. GEENS & M. WYCKAERT, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (129) 146.

¹⁵⁷ K. GEENS & M. WYCKAERT, in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, (129) 146; H. BATIFFOL, noot onder Cass. Fr. 17-10-1972, *RCDIP* 1973, 520 v.

¹⁵⁸ Tenzij men vasthoudt aan de *lex domicilii debitoris* als zakenrechtelijke aanknopingsfactor.

(172) Passen we dit even toe op aandelen aan toonder.

1° De *lex societatis* (als *lex causae*) bepaalt of de rechten in een papier kunnen worden belichaamd, m.a.w. aan toonder of order kunnen worden gesteld, zodat “het recht uit het papier het recht op het papier volgt”. Zij bepaalt bv. ook of het aandeel kan worden opgesplitst in kleinere *coupures* of niet. Zij bepaalt of er afzonderlijke papieren kunnen worden uitgegeven voor afzonderlijke zakelijke rechten op de schuldvordering.

2° De *lex societatis* bepaalt de mate waarin de rechten uit het papier geabstraheerd zijn, en dus bv. in hoever een statutaire vervreemdingsbeperking (indien ze geldig is) tegenwerpelijk is aan de verkrijger. Stel dat volgens de *lex causae* een (geldige) statutaire overdrachtsbeperking onder bepaalde voorwaarden ook tegenwerpelijk zou zijn bij aandelen aan toonder, dan kan de *lex cartae sitae* daaraan geen afbreuk doen (Een vervreemdingsbeperking die niet met de vennootschap zelf is overeengekomen heeft, zoals hoger uiteengezet, deze zakelijke werking hoe dan ook niet).

3° De *lex societatis* bepaalt in welke mate zakelijke rechten op het papier, die de *lex societatis* zelf niet kent, kunnen doorwerken in het recht uit het papier. Is het dan mogelijk om in het buitenland niet alleen die zakelijke rechten te vestigen die hier bekend zijn, zoals pand en vruchtgebruik, maar ook andere, bv. *legal & beneficiary ownership* (waar de *croupier*-verhouding en de vereniging in deelneming overigens al dichtbij komen) ? Het is in ieder geval zakenrechtelijk volmaakt mogelijk op het papier “aandeel aan toonder” (van een Belgische vennootschap) in het buitenland rechten te vestigen die hier niet bekend zijn. Zolang deze rechten slechts aanleiding geven tot geschillen tussen meerdere personen die beweren gerechtigd te zijn op het papier, is er geen moeilijkheid. Alleen is het zo dat ten aanzien van de schuldenaar (vennootschap) die rechten slechts verdeeld kunnen worden uitgeoefend voor zover deze verdeling in de *lex societatis* bekend is (bv. mede-eigendom) of door haar wordt erkend (bv. door middel van een rechtsregel die in bepaalde mate buitenlandse *trusts* erkent). En voor de lidmaatschapsrechten is het Belgische recht op dat punt een stuk strenger dan voor de vermogensrechten (dat blijkt bv. ook uit art. 1861 BW).

4° De *lex societatis* bepaalt de voorwaarden voor de uitoefening van de lidmaatschapsrechten t.a.v. de vennootschap¹⁵⁹ - zo bv. de transparantieregels die moeten worden nageleefd voor deelnemingen.

c. Zakenrechtelijke waardepapieren

(173) Een zeer gelijkaardige redenering geldt ook voor zakenrechtelijke waardepapieren, d.i. papieren waarin rechten op lichamelijke goederen (inbegrepen waardepapieren aan toonder of order) zijn belichaamd. Ook hier bepaalt het recht van de ligging van het papier wie recht heeft op het papier, maar het recht van de ligging van de zaak of het recht op het papier inderdaad ook een recht op de zaak oplevert.

¹⁵⁹ Cass. Fr. 17-10-1972, *RCDIP* 1973, 520 v.

d. Onlichamelijke aandelen in een afgescheiden vermogen

(174) Het is tenslotte ook het recht van de ligging van de goederen (*lex causae* bij vorderingen, in zekere mate *lex cartae sitae* bij waardepapieren) dat bepaalt of een goed als dusdanig het voorwerp is van eigendom of een ander zakelijk recht, dan wel deel uitmaakt van een afgescheiden vermogen, waarbij de rechthebbenden (eigenaars) slechts eigenaar zijn van een aandeel in het geheel der goederen. Dat recht bepaalt ook in welke mate men de buitenlandse regels erkent betreffende het bestuur over die goederen, wanneer dat afgescheiden vermogen in het buitenland wordt bestuurd, en soortgelijke vragen. Het is vooral op dit punt dat het Haags *Trust*verdrag nuttig is.

B. Privaatrechtelijke gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch recht.

1. Gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch erfrecht :

a) Voor testamentaire beschikkingen.

(175) De toepassing van het Belgisch erfrecht heeft tot gevolg dat de reservataire erfgenamen recht hebben op een erfdeel *in natura*. Het probleem met het onder *trust* plaatsen van goederen bij testament ligt inderdaad vooral daar; zo het recht op reserve *in natura* niet bestond, zou het geen probleem zijn om goederen bij testament onder *trust* te stellen ten gunste van de erfgenamen (een beschikking ten gunste van de *trustee* omvat immers ook de lasten van de *trustee* ten aanzien van de begunstigde en heeft dus in hoofde van de *trustee* een zeer beperkte “waarde”). Maar omwille van het recht op reserve *in natura* kan dit dus enkel onder levenden gebeuren.

Voor het beschikbaar gedeelte is er erfrechtelijk geen probleem¹⁶⁰.

Voor goederen gelegen in een *trustland* hebben de *trustee* en de *beneficiary* zakenrechtelijk de rechten en bevoegdheden bepaald door het aldaar toepasselijke recht. Zij kunnen die in beginsel ook voor de Belgische rechtbanken uitoefenen. Voor zover nodig (bv. om de bevoegdheid te bepalen op grond van het E.Ex.) worden de rechten van de *beneficiary* in beginsel als zakelijke rechten op de *trust*goederen beschouwd¹⁶¹.

Wel zal er een probleem rijzen van kwalificatie van de beschikking voor zover ze betrekking heeft op goederen gelegen in een niet-*trustland* (zie verder).

b) Voor eerdere handelingen onder levenden van de erflater.

(176) De toepassing van het Belgisch erfrecht heeft tot gevolg :

¹⁶⁰ Vgl. Rb. Brussel 31-5-1994, *RW* 1994-95, (677) 680 nr. 25.

¹⁶¹ Zie de besluiten van a.-g. Darmon voor HJEG 17-5-1994, nr. 294/92, *Webb v. Webb*.

1° dat eerdere overeenkomsten die naar Belgisch recht worden gekwalificeerd als “overeenkomsten niet opengevallen nalatenschappen” niet geldig zijn - en zij dus volledig worden genegeerd bij de toepassing van het Belgische erfrecht. Anders dan aan het dadelijk en onherroepelijk karakter van de schenking ontsnapt men hier niet aan door rechtskeuze.

2° Iets in *trust* steken is geen beschikking om niet wanneer men zelf begunstigde is. Het is wel een beschikking om niet voor zover een derde wordt begunstigd (dadelijk, dan wel vanaf het overlijden van de *settlor*). Indien goederen onder levenden onder beheer van een *trustee* worden geplaatst, moet men dus nagaan of het een beschikking om niet is of niet. Het is een beschikking om niet in de mate waarin de *settlor* niet de enige *beneficiary* is. De rechten die aan een derde toekomen, ook al is dat pas na het overlijden van de *settlor*, dienen dus te worden meegeteld bij de bepaling van de omvang van de nalatenschap (voor de berekening van de reserve).

2. Gevolgen van toepasselijkheid van Belgisch zakenrecht

a. Algemeen.

(177) Voor eigendomsoverdracht dient aan de Belgische vereisten te zijn voldaan (consensualisme tussen partijen, publiciteit ten aanzien van derden).

Het Belgisch recht aanvaardt ook de zakelijke werking van de ontbinding (voor zover de ontbinding volgens de *lex contractus* terugwerkende kracht heeft).

De *numerus clausus* van zakelijke rechten geldt. Er zijn geen afgescheiden vermogens buiten deze erkend door de wet. Mede-eigendom is slechts gezamenhands in de door de wet erkende gevallen (van afgescheiden vermogens)

Bedingen van onvervreemdbaarheid hebben geen zakelijke werking (tenzij “inwendig” bij schuldvorderingen, en dan nog voor zover er geen abstractie van is gemaakt). Allerlei andere beperkingen op de overdracht van goederen evenmin.

b. De herkwalificatie.

(178) Het gebruik van “vreemde” constructies, die bij ons niet bekend zijn (zie *a contrario* het overzicht in Deel II) leidt dus bijna noodzakelijk tot een herkwalificatie in door de Belgische rechter van in België gelegen goederen.

1° Vb.: goederen die onder het bewind van een *trustee* werden geplaatst.

(179) De positie van de *trustee* zal meestal worden geherkwalificeerd in die van een middellijk vertegenwoordiger, géén eigenaar¹⁶². Soms zal men echter de begunstigde als louter schuldeiser

¹⁶² Rb. Brussel 27-11-1947, *Pas.*, III 56.

kwalificeren - dit is meer bepaald het geval bij compartimentering en dergelijke.

Wat betreft de aard van het eigendomsrecht in geval van meerdere begunstigden, is zeker niet mogelijk dat de goederen “van niemand zijn” en door niemands schuldeisers in beslag kunnen worden genomen. De schuldeisers van de begunstigde kunnen diens rechten zeker in beslag nemen. Vraag is alleen of zij ze “*bruto*” dan wel “*netto*” in beslag kunnen nemen. Dat hangt van de herkwalificatie af.

Wat beheersbevoegdheden betreft is, voor zover de goederen door de herkwalificatie naar Belgisch recht wél een afgescheiden vermogen vormen, veel mogelijk.

Algemeen gesproken lijkt een herkwalificatie in een vereniging in deelneming het meest aangewezen.

(180) Bekrachtiging van Haags Verdrag zou België dwingen tot een soort herkwalificatie die gunstig is voor de *trust* op twee vlakken :

- de bevoegdheid van de *trustee* over de goederen zelf is *konkursfest* bij faillissement van de begunstigde (dit zou o.m. bij de vereniging in deelneming ook al zo moeten zijn);
- er is geen verhaal van de schuldeisers van de *trustee* op de goederen.

Nu bestaat er nog een gevaar op beide vlakken (voor het eerste in geval van herkwalificatie als eigendom van de begunstigden; voor het tweede in geval van herkwalificatie als eigendom van de *trustee*).

2° Vb. : buitenlands administratiekantoor.

(181) Hier is het probleem niet zakenrechtelijk : het administratiekantoor is immers volle eigenaar van de aandelen. Maar de kwalificatie als volle eigendom impliceert ook beschikkingsbevoegdheid, en - wat Belgische aandelen betreft - de mogelijke ongeldigheid van overdreven bevoegdheidsbeperkingen.

3° Vb. : kwaliteitsrekening.

(182) Bij een kwaliteitsrekening wordt de vraag of de rekeninghouder een verbintenis (tot betaling) heeft jegens de begunstigde bepaald op grond van het tussen hen geldende recht (*lex contractus*). Dit bepaalt bv. ook of die verbintenis voorwaardelijk is, opeisbaar, enzovoort.

Het zakenrecht dat de vordering op de bank beheerst (o.i. de *lex causae* van die vordering, dus de *lex contractus* tussen bank en rekeninghouder) bepaalt in welke mate derden die aanspraken hebben op de rekeninghouder, deze ook kunnen verhalen op het rekeningtegoed zelf (dus daarop een onlichamelijk zakelijk recht hebben). Het bepaalt omgekeerd ook of de rekeninghouder een zakelijk werkend recht heeft (eigendom dan wel een zakelijk bewindsrecht), dan wel de eigenaars van het tegoed de rekeninghouder buiten spel kunnen zetten door het tegoed rechtstreeks van de rekeningvoerende schuldenaar op te eisen.

IV. Besluit : in welke mate bestaan er trusts in het Belgische recht ?

(183) Uit de ontleding in deel II volgt m.i. dat er wel degelijk *trusts* in de zin van het Haags *Trust*-verdrag bestaan in het Belgische recht : de stille vennootschap en het openbaar beleggingsfonds. Dit veronderstelt wel dat men de bepaling van art. 2 *Trust*verdrag functioneel begrijpt en zich niet blindstaart op de Engelse betekenis van het woord *title/titre* in art. 2. Niemand twijfelt er bv. aan dat de *fiducie* van Québec een *trust* is in de zin van art. 2, hoewel de beheerder daar géén zakelijk recht heeft op de goederen, dus zeker geen eigendom.

Voor zover men aanvaardt dat het *trust*vermogen uit één enkel goed kan bestaan, vinden we de *trust* ook bij de kwaliteitsrekening, de schuldvordering van de middellijke vertegenwoordiger in het algemeen, en de schuldvordering op de verzekerde prestaties bij levensverzekering. De wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van aandelen e.d. (nu art. 242 en 503 VennW) heeft een bijkomende *trust*vorm ingevoerd, voor zover dat kantoor beschikkingsbevoegd wordt gemaakt en mits men bereid is om doorheen de omwisselbaarheid van de certificaten in aandelen een soort zakelijk recht van de certificaathouders te zien¹⁶³.

Tenslotte komt ook het *fideicommis*, waar het geldig is, zeer dicht in de buurt.

(184) Dan rijst de vraag of het ook mogelijk is een stille vennootschap op te zetten met één enkele begunstigde (stille vennoot). Volgens sommigen kan dit, mits de beheerder (beherende vennoot) zijn arbeid inbrengt en de stille vennoot de goederen (die hij meestal via de beheerder aankoopt) (zie de uitleg van art. 1861 BW, intussen art. 38 VennW geworden, door W. van Gerven¹⁶⁴). De beheerder moet dan wel delen in het gevaar, wat bv. het geval is wanneer hij met een percentage van de winst wordt vergoed. Anderen daarentegen aanvaardden slechts een stille vennootschap in geval van mede-eigendom.

(185) Dit alles belet niet dat het m.i. wenselijk zou zijn om een meer algemene *trust*figuur in ons recht in te voeren volgens dezelfde lijnen, d.w.z. een soort verruimde vorm van stille vennootschap. In dat model zijn de begunstigten te beschouwen als eigenaars of mede-eigenaars van een vermogen dat onder het bewind van een ander is gesteld – maar wel (mede-)eigenaars van een onlichamelijk en abstract (d.i. *netto*)recht op dit vermogen. De redenen om in ons recht deze constructie te verkiezen heb ik elders uitvoeriger uitgewerkt¹⁶⁵, en daarbij ook een wettekst voorgesteld. Met eerbied voor de eigen systematiek van onze rechtstraditie wordt zo de splitsing *tussen*

¹⁶³ De Toelichting stelt wel dat er geen splitsing van het eigendomsrecht wordt ingevoerd, maar in feite is die er natuurlijk wel. Het is merkwaardig welke huiver er bestaat, niet zozeer om nieuwe opsplitsingen van het eigendomsrecht in te voeren (dat is begrijpelijk), maar om te erkennen dat een bepaalde regeling een dergelijke opsplitsing inhoudt.

¹⁶⁴ W. van GERVEN, in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder R. Victor*, II, (1159) 1162.

¹⁶⁵ Zie verder mijn bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v. = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, 267 v.

legal title en *equitable interest/beneficial title* van de Anglo-Amerikaanse *trust* het best benaderd.

Een tussenkomst van de wetgever is wenselijk, want, hoewel de rechtspraak theoretisch ook in staat zou zijn dit uit te bouwen - door een ruimere uitleg van de stille vennootschap en de *croupier* -, heeft de Belgische rechtspraak in het verleden zelden van dergelijke scheppingskracht blijk gegeven. Bovendien zijn er een aantal beperkingen die enkel de wetgever kan opheffen, zoals meer bepaald de beperking in de tijd van al deze constructies, de onmogelijkheid om goederen bij testament onder bewind te stellen (omwille van de regel dat de reservataire erfgenamen recht hebben op een reserve *in natura*), en dergelijke meer.

Zolang de wetgever er niet toe komt een dergelijke figuur in te voeren, lijkt het ook beter om ons internationaal privaatrecht op dit punt niet te zeer te versoepelen en bij de bekrachtiging van het Haags Trustverdrag - die overigens wél wenselijk is - duidelijk te maken dat in de huidige stand van het Belgische recht de in art. 15 van het Verdrag genoemde onderwerpen inderdaad door het krachtens de gewone verwijzingsregels toepasselijke recht beheerst blijven (bv. de zakelijke rechtstoestand van goederen door de *lex rei sitae*, de inkortbaarheid van beschikkingen om niet door de *lex successionis*, enzovoort), en nog geen gebruik te maken van de mogelijkheid van art. 14 van dit Verdrag om regels van IPR in te voeren die “gunstiger” zijn voor de erkenning van *trusts*.

SAMENVATTING

In het eerste deel van deze bijdrage wordt nagegaan wat de belangrijkste hindernissen kunnen zijn - en grotendeels ook zijn - voor het gebruik van *trust*achtige figuren in het Belgische recht. In het tweede deel wordt een overzicht gegeven van de rechtsfiguren van Belgisch recht die analoge taken kunnen vervullen als de *trust*. In het derde deel wordt ingegaan op vragen van internationaal privaatrecht.

Bij de hindernissen die in het eerste deel wordt opgesomd wordt eerst aandacht besteed aan zakenrechtelijke beperkingen : de *numerus clausus* van zakelijke rechten, waardoor partijen slechts door het recht erkende opsplitsingen van de eigendom kunnen doorvoeren; het niet erkennen van een temporeel opgesplitst eigendomsrecht of van zakelijke rechten zonder titularis, de beperkingen van de zakelijke subrogatie vergeleken met de Angelsaksische *tracing of assets*, meer bepaald doordat er geen zakelijke subrogatie speelt wanneer *activa* zijn omgezet in louter geld, en de ongeldigheid van zekerheidseigendom.

Vervolgens wordt uitgewerkt dat de klassieke regels van het zakenrecht weliswaar in beginsel ook gelden voor schuldvorderingen (gezien als vermogensbestanddeel), maar bij schuldvorderingen op naam wel grotendeels terzijde worden gesteld doordat deze schuldvorderingen slechts bestaan voor zover ze tussen schuldeiser en schuldenaar gelden, zodat alle inwendige beperkingen of modaliteiten van een schuldvordering in beginsel externe werking hebben (bv. inwendig geldende onvervreemdbaarheden, opdeling in nieuwe schuldvorderingen, enz.).

Ook in het verbintenissenrecht zijn belangrijke beperkingen te vinden : de beperkingen aan de begunstiging van nog niet bestaande personen, het dadelijk en onherroepelijk karakter van schenkingen, het beginsel van de vrije omloop van de goederen (beperking van bedingen van onvervreemdbaarheid; verbod van beschikkingen om niet “over de hand”), e.d.m.

Belangrijke erfrechtelijke beperkingen zijn vervolgens natuurlijk het recht op een voorbehouden erfdeel (*reserve*) *in natura*, beteugeld met inkorting, en het verbod van overeenkomsten over niet opengevallen nalatenschappen.

Tenslotte zijn er nog een aantal belemmeringen te vinden in andere takken van het privaatrecht.

In het tweede deel wordt een vergelijking gemaakt tussen de verschillende rechtsfiguren waarmee goederen onder iemands bestuur kunnen worden geplaatst, terwijl iemand anders toch recht heeft op de waarde of opbrengst ervan : rechtspersonen - meer bepaald enerzijds vennootschappen en anderzijds verenigingen en stichtingen -, beheerseigendom (*fiducia cum amico*), middelrijke vertegenwoordiging, met bijzondere aandacht voor de kwaliteitsrekening, gebonden mede-eigendom. De belangrijkste rechtsgevolgen en de voor- en nadelen van deze mogelijkheden worden kort geschetst.

Zo wordt uitvoeriger ingegaan op de mogelijkheden van de middellijke vertegenwoordiging. Het statuut van de vordering op de derde, welke de vertegenwoordiger verkrijgt, wordt ontleed. Blijkt dat deze vordering onder bewind staat van de vertegenwoordiger, maar in eigendom toekomt aan zijn opdrachtgever. Deze ontleding wordt vervolgens toegepast op de derden- of kwaliteitsrekening.

Bij de bespreking van de mede-eigendom wordt ingegaan op het onderscheid tussen vrije en gebonden mede-eigendom, en op dat tussen mede-eigendom van afzonderlijke goederen en gezamenhandse mede-eigendom, d.i. mede-eigendom van een geheel van goederen.

In een derde deel worden de meest terzakelijke verwijzingsregels van het Belgisch internationaal privaatrecht besproken, alsmede de praktische gevolgen van een toepassing van het Belgisch recht op trustachtige verhoudingen met een buitenlands bestanddeel.