

HET „OP NAAM VEREISTE” BIJ DE VERTEGENWOORDIGING HONDERD JAAR NA SCHLOSSMANN

door

Prof. mr. H.C.F. SCHOORDIJK

Emeritus-hoogleraar (Anglo-Amerikaans) privaatrecht KUB en UvA

Het op naam vereiste als voorwaarde voor de vertegenwoordiging heeft — anders dan in België — in Nederland veel aandacht gehad. Nog steeds nemen de schrijvers aan dat er tussen het continentale vertegenwoordigingsrecht en dat van de common law landen grote verschillen bestaan. Schrijver betoogt dat zulks bij een normatieve uitleg van het op naam vereiste niet het geval is.

INHOUD

I. NAAR NEDERLANDS RECHT (1-15)

- A. De onevenredige Nederlandse aandacht voor het op naam vereiste bij de vertegenwoordiging (1)
- B. De Europese geschiedenis van de vertegenwoordiging en het op naam vereiste (2)
- C. Het wilsdenken van de negentiende en twintigste eeuw. De samenhang met het op naam vereiste (3)
- D. Onderscheid volmacht-lastgeving bij LABAND (4)
- E. Schlossmanns kritiek op het „op naam vereiste” (5)
- F. Van der Grinten en het op naam vereiste (6)
- G. Rümelins bijdrage (7)
- H. Het achteraf noemen van een naam (8)
- I. Derdenbeding, vertegenwoordiging en het op naam vereiste (9)
- J. Het op naam vereiste en de leer der toerekenbare schijn (10)
- K. Het op naam vereiste en het huwelijks- en het samenlevingsvermogensrecht (11)
- L. Wettelijke vertegenwoordiging en het op naam vereiste (12)
- M. Vertegenwoordiging in het zakenrechtelijk vlak (13)
- N. Het denken in termen van de „animus incertus” en de Anglo-Amerikaanse leer van de undisclosed agency (14)
- O. Samenvatting (16)

II. NAAR BELGISCH RECHT (16-18)

- A. Iets over het Belgische vertegenwoordigingsdenken (16)
- B. Het op naam vereiste bij Van Gerven (17)
- C. Een te geringe aandacht voor het begrip „op naam” (18)

I. Naar Nederlands recht

A. DE ONEVENREDIGE NEDERLANDSE AANDACHT VOOR HET OP NAAM VEREISTE BIJ DE VERTEGENWOORDIGING

1. „Recht is toerekening. Vertegenwoordiging is toerekening aan een ander dan de handelende persoon”, aldus Scholten in de eerste druk van zijn „Vertegenwoordiging en Rechtspersoon”(1). In deze definitie komt het „op naam van een ander handelen” als voorwaarde voor vertegenwoordiging niet uitdrukkelijk aan de orde. Elders in zijn boek — maar dan wel in hoogst beperkte mate — wordt van het voor een derde kenbaar handelen voor een ander onuitgewerkt gewag gemaakt. Hetzelfde geldt voor de tweede, in 1954 verschenen door Bregstein bijgewerkte, druk. Dit is geen toeval. Normatieve denkers zien in het „op naam vereiste” minder problemen dan juristen die het „openbaarheidsbeginsel” echt ernstig gaan nemen. Als Van der Grinten in 1959 na Bregsteins overlijden de bewerking van Scholtens meest karakteristieke boek in de Asser-serie op zich neemt, dan krijgt het kenbaarheidsvereiste dan ook veel meer relief. Het gaat zelfs een sta-in-de-weg vormen voor een — naar de mening van Van Schilf-gaarde(2) en mij — gezonde rechtsontwikkeling.

Deze verhevigde aandacht in de doctrine hing mede samen met het verschijnen van het eerste gedeelte van het Ontwerp Meijers (1954). Het „in naam” handelen kreeg daar wettelijke accent (art. 3.3.1 = art. 3:60 BW) niet slechts in het kader van de volmacht, maar ook krachtens de schakelbepaling (3.3.6 = art. 3:16b = 3:78 BW) in geval van wettelijke vertegenwoordiging. Het betreft een heilige koe. De moderne Nederlandse doctrine heeft zich, met uitzondering van slechts enkele auteurs, niet echt bewust gemaakt dat een begrip „handelen in naam van” verre van duidelijk is, een begrip dat weliswaar in de rechtspraktijk weinig problemen heeft opgeleverd, maar dat wel haaks lijkt te staan op het „recht der werkelijkheid”. Waarom ons dan druk gemaakt? De praktijk moge — veelal onbewust van dogmatische perikelen — haar eigen weg gaan maar onverbiddelijk kan zich casuïstiek van op zich eenvoudige aard voordoen welke een minder creatief advocaat of rechter doet zeggen dat de doctrine zwijgt. Zo valt in de literatuur op dat het kenbaar voor derden vereiste bij

(1) ASSER-SCHOLTEN, 1938.

(2) *Toerekening van rechtshandelen*, diss. Leiden, 1969, Deventer, 1969.

wettelijke vertegenwoordiging al weer veel minder vanzelf spreekt dan bij de volmacht maar hier nooit echt aandacht aan besteed is.

Zoals gezegd, dit algemene gebrek aan wetenschappelijke verwondering kan op een bepaald moment gaan opbreken. Als b.v. een volwassen zoon op verzoek van zijn vader — hetgeen niet kenbaar is voor een garagehouder — aan hem opdracht geeft om een auto die aan deze toebehoort door te smeren en cash daarvoor betaalt, dan zou het op het eerste gezicht de vader niet vrijstaan de garagehouder uit contract aan te spreken wanneer blijkt dat het werk onvakkundig of niet is uitgevoerd. Tenminste als wij zouden aannemen dat de zoon de vader slechts middellijk vertegenwoordigd heeft. Een krankzinnig resultaat dat te denken geeft over de werfkracht van de wettelijke regeling zoals door haar commentatoren kennelijk opgevat. Te velen vergeten dat het de garagehouder koud laat wie hem opdracht geeft. Als hij zijn geld maar krijgt. Dit inzicht dient de problematiek van de vertegenwoordiging te kleuren. Wie de problematiek van de al dan niet toerekening van het rechtshandelen van de een aan de ander wil beheersen, moet dynamisch denken, d.w.z. vooral gevoel hebben voor de maatschappelijke context, voor de belevingswereld van mensen en talloze andere factoren.

B. DE EUROPESE GESCHIEDENIS VAN DE VERTEGENWOORDIGING EN HET OP NAAM VEREISTE

2. Voor de dogmengeschiedenis van het leerstuk verwijs ik naar Coing I en II(3). Grof gezegd kan — met dank aan Coing (I, p. 424) — opgemerkt worden dat het Romeinse recht de vertegenwoordiging niet kende. Wel kende het Romeinse recht personen, die onder de „*patriae potestas*” stonden en slaven die „hun eigen winkel” hadden en de dominus konden binden. Laatsten konden met de „*actio adjecticiae qualitatis*” aangesproken worden.

In de Middeleeuwen en de periode daarna kwam — niet in het minst in de Italiaanse handelssteden — de commercie tot bloei. Zonder directe vertegenwoordigers had deze niet tot ontwikkeling kunnen komen. De eerste gevallen van directe vertegenwoordiging dienen zich dan aan. De glossatoren proberen nu „*hap snap*” vertegenwoordigingsfiguren in het Romeinse recht in te passen. Coing (I, p. 425) merkt hierover op: „*Einzelfragen, nicht das Problem der Stellvertretung*” krijgen de aandacht. Tot die „*Einzelfragen*” behoorde vooral het probleem hoe

(3) *Europäisches Privatrecht*, München, 1985 en 1989.

aan de romeinsrechtelijke regel te ontkomen dat een derdenbeding niet rechtsgeldig is (*alteri stipulari non potest*)?

Wellicht dat de lezer zich er over verbaast dat deze vraag in het kader van de vertegenwoordiging aan de orde komt. Verwonderen mag dit geenszins. Vragen van derdenbeding en vertegenwoordiging zijn tot aan Von Savigny (1779-1861) hand in hand gegaan(4). Eerst daarna is men gaan denken in termen van te onderscheiden rechtsfiguren die niets met elkaar uitstaande zouden hebben. Zelf heb ik in mijn dissertatie(5) — zonder toen nog kennis van deze historische ontwikkeling te hebben — de theoretische inbedding van het recht van de derde bij het toen nog door de wet (art.1353 BW oud, art. 1165 Belg. B.W.) verboden derdenbeding gezocht in het vertegenwoordigingsrecht. Alle schrijvers — de één naar de ander verwijzend — hebben tot in onze dagen deze visie afgewezen louter omdat de stipulator niet op naam van de derde zou handelen. Geen van de schrijvers gaf zich in deze context rekeningschap van wat onder dat op naam vereiste verstaan moet worden. Verder in mijn betoog werk ik dit uit. Voorts verwijs ik nog naar mijn recente monografie „Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zgn. driehoeksverhoudingen”(6). Ik kom daar met een beroep op doctrine en praktijk tot de conclusie dat zonder dit inzicht het denken over de structuur van hoogst belangrijke driepartijenverhoudingen ernstig bemoeilijkt wordt.

In de tijd van de glossatoren nam men nog steeds aan dat een derdenbeding niet gemaakt kon worden. Hallebeek wijst er in zijn recente inaugurele rede „Audi, Domine Martine”(7) op, dat de glossator Martinus hierop een uitzondering vormde omdat hij een methode van rechtsvinding voorstond die er op gericht was maatschappelijk aanvaardbare oplossingen na te streven, hetgeen door Dolezalek(8) getypeerd wordt met „*saving the face of roman law*”.

Ook de glossatoren hielden zich broksgewijs onledig met het zgn. „openbaarheidsbeginsel”. Is voor vertegenwoordiging nodig dat een derde de achterman kent?

(4) Zie in dit verband U. MULLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter*, 1969.

(5) *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, Amsterdam, 1959, Zwolle, 1958.

(6) Deventer, Kluwer, 1999.

(7) VU-boekhandel, Amsterdam, 2000.

(8) *Acta iuridica*, 1992, 105.

In de 16e en 17e eeuw blijven allerlei schermutselingen rond het derdenbeding bestaan, zij het dat Coing (I p. 426) het er op houdt dat de rechtsgeldigheid van het derdenbeding intussen — behalve dan door Domat(9) en Pothier(10) — erkend werd en dat volgens Coing (I, p. 430) onder het *ius commune* „*die Stellvertretung aus der Sozialverfassung in das Verkehrsrecht überführt (ist)*”. Het op naam ver-eiste begint meer aandacht te krijgen. In de Codex Maximilianus Bavaricus (1751) b.v. lezen wij dat toen reeds onderscheid gemaakt werd tussen onmiddellijke en middellijke vertegenwoordiging. Het begrip volmacht werd toen echter nog niet gehanteerd. Het wachten was op Laband(11) die dat een eeuw later zou ontwikkelen. De Codex bepaalt: „*Falls aber 2do Mandatarius nicht von Commissionswegen, sondern für sich selbst mit einem Dritten handelt, ohne dass dieser von seiner Commission oder Bestellung Wissenschaft hat, so ist zu unterscheiden, ob er dieses in eigener oder in committirter Sache thut, erstenfalls ist es nur sein eignes Geschäft allein, welches den Principalen gar nicht angeht, anderenfalls bleibt zwar Action und Obligation in Ansehen des Drittens ebenfalls nur bei dem Mandatario, doch haftet dieser dem Principalen hierin allenfalls um die Schadloshaltung.*”

De vordering wegens *Drittsschade* (schadevergoeding toegekend aan contractspartij die — handelend in opdracht — zelf geen schade heeft) komt derhalve aan de principaal toe en dat in geval van middellijke vertegenwoordiging!

Ook begin negentiende eeuw werd nog geen onderscheid gemaakt tussen lastgeving en volmacht. Wel was intussen het beginsel, volgens welke een lastgever niet rechtstreeks gebonden kon zijn indien de lasthebber het bestaan van een derde niet geopenbaard had, volop aanvaard (zie COING, II, p. 456). Art. 1984 van de Code Civil en par. 1002 van het Oostenrijks *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* van 1812 getuigen hiervan. Deze laatste paragraaf luidt: „*Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des andern zur Besorgung übernimmt, heisse Bevollmächtigungsvertrag*”.

De 19e eeuw staat in het teken van de wilsleer. Gebondenheid aan een contract wordt gezocht in de wil van partijen, gelijk ook de gebondenheid van een achterman aan het handelen van een tussenpersoon. Maar om wiens wil gaat het?

(9) *Lois civiles* 91, 2, par. 3 en 5.

(10) *Traité des Obligations*, nr. 74.

(11) ZHR 10, 1866, 183 e.v.

Von Savigny(12) betoogt dat vertegenwoordiging teruggebracht dient te worden op de wil van de achterman. „*Der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fälle der anderen Partei gegenüber als der blosser Träger meines Willens*”. Windscheid(13) legt de nadruk op de wil van de tussenpersoon. Ludwig Mitteis(14) acht beider wil relevant. Ook hier dient opgemerkt te worden dat het een derde veelal weinig kan schelen of hij nu met T, dan wel met A te maken heeft. De Nederlandse literatuur heeft hiervoor wel heel weinig aandacht gehad, terwijl dit rechtens hoogst relevant is. De Nederlandse doctrine is stuk gelopen op de nadruk die zij gelegd heeft op de wilsovereenstemming tussen de derde en de tussenpersoon, zonder de kritische vraag te stellen of deze wel aanwezig is en wat zij inhoudt.

Het wilselement speelt soms nog een andere bijzondere rol, omdat de wil van de vertegenwoordiger om voor een ander te handelen soms ook relevant geacht wordt. In dit verband verwijs ik naar Van Dunné(15).

C. HET WILSDENKEN VAN DE NEGENTIENDE EN TWINTIGSTE EEUW. DE SAMENHANG MET HET OP NAAM VEREISTE

3. Evenals het wilselement alles beheersend was in het contractsdnken, evenzo leek het ook vanzelfsprekend dat een tussenpersoon (T) die ten behoeve van een achterman (A) met D handelt zonder dat D zulks weet, niet ook A binden kan. Geredeneerd werd vanuit de gedachte dat D aan T en dus niet aan A gebonden kan zijn. Anders gezegd: tussen D en A bestaat geen wilsovereenstemming. Voor een niet in wilstermen denkende jurist een typische *non sequitur* redenering.

Over de betekenis van het negentiende eeuwse wilsdnken voor het sluiten van overeenkomsten is indringend geschreven door James Gordley. Sinds zijn boek *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*(16) weten wij veel meer van de geschiedkundige ontwikkeling van het contractsbegrip. Gordley keert zich (p. 214 e.v.)

(12) *Obligationenrecht* II, 1853, 59.

(13) *Pandekten* I, 1887, par. 73.

(14) *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885, par. 10-13.

(15) *WPNR* 1973, 5199 e.v., vooral de uitvoerige noten 10, 16 en diens verwijzing naar het hoogst interessante artikel van J.A. DE RANITZ, *RM* 1913, 1 e.v., ook besproken door J.M. VAN DUNNE, *Opstellen over Privaatrecht I b*, 1984, 1443.

(16) *Clarendon Law Series*, 1991, reprint 1992.

ten dele tegen Wieackers „Privatrechtsgeschiede der Neuzeit”(17). Laatstgenoemde had betoogd dat het recht bijna altijd de weerspiegeling is van de filosofische denkbeelden van een bepaalde tijd. Gordley bestrijdt dit, in ieder geval als het om de wilstheorieën van de negentiende eeuw gaat. Hij keert zich ook tegen Atiyah „The Rise and Fall of freedom of contract”(18) die het er op hield dat het juridisch individualisme zijn oorsprong vond in de Declaratie van 1789 en vooral ingegeven was door de denkbeelden van Rousseau en Emmanuel Kant.

Gordley (p. 215) daarentegen betoogt: „*In the writings of the nineteenth century will theorists, moreover, we find little direct borrowing from philosophers, economists, or political theorists. We find almost the opposite: an insistence that the jurist can do his job without taking account of economics, philosophy, politics, or values as freedom.*”

Waar ontleenden de juristen hun wilsdelen dan wel aan? Gordley (p. 228) merkt op: „*The philosophers responded to this problem, however, in a different way than the jurists. The philosophers tried to explain what it meant to choose or to will. They tried to account for the possibility of morality in a world in which no intelligible moral order could be discovered outside the human will. The jurists did not concern themselves with these problems. They borrowed little from the philosophers. Instead, as we have seen, they arrived at their will theories by starting with the doctrines of the natural lawyers and purging them of older Aristotelian concepts they did not understand. Will was the most important single concept that remained.*”

Gordley overtuigt overigens slechts ten dele omdat het denkbaar is dat de juristen — veelal onuitgesproken — achter de wilstheorieën stonden, waar zij zich als kinderen van hun tijd — zij het wat onbewust — tot deze denkbeelden aangesproken voelden. Gordley (p. 233) lijkt in zoverre gelijk te hebben dat in de negentiende eeuw de juristen niet expliciet geïnteresseerd waren in vragen als: waarom een contract bindend was. „*The absence of an explanation hampered them in analysing what the rules of contract should be. They could not, for example, analyse whether an offer had to be accepted or when it had to be accepted. Instead, they packed the need for an acceptance into their definition of contract and tried to extract from it a conclusion as to when a contract was formed.*”

(17) Tweede druk, Göttingen, 1967, 216.

(18) Oxford, 1979.

Kort gezegd: het wilsdenken stond gelijk aan mechanisch denken. Dat een overeenkomst bindt omdat partijen dit gewild hadden, stond echter voor juristen gemeenlijk vast en dit bleef zo tot rond 1970, zo niet tot in onze dagen. Van Dunné's dissertatie(19) heeft het loutere wilsdenken in Nederland een onmiskenbare halte toegevoegd, maar in het vooral onderbewuste denken van juristen — jongere niet uitgezonderd — lijkt de wil nog steeds centraal te staan.

Dit wilsdenken heeft ook grote invloed gehad op het denken over vertegenwoordiging. Het wilsdogma wordt gebruikt om de Anglo-Amerikaanse gedachte van de „*undisclosed agency*”, volgens welke een achterman niet gebonden is, ook al heeft de tussenpersoon niet „namens hem” gehandeld, als een anomalie aan te merken, haar onverklaarbaar te achten of theorieën voor te staan die als „*Begriffs-jurisprudenz*” of als een fictie te ontmaskeren zijn. We vinden dit terug in het intussen klassieke artikel van Müller-Freienfels in Rabels Z. „Die Anomalie der verdeckten Stellvertretung” (*Undisclosed Agency des Englischen recht*)(20).

De common law figuur van de *undisclosed agency* wordt op grond van het autonomiebeginsel ook afgewezen door Van der Grinten in zijn bewerking van Asser („Vertegenwoordiging en Rechtspersoon”(21)). Van Schilfgaarde met zijn dissertatie (1969) en ikzelf met mijn intreerede (1964)(22) hebben nog heel weinig de Nederlandse jurist kunnen overtuigen van de evidente voordelen van de Anglo-Amerikaanse *law of agency*. Wel lijken de ogen van vele juristen door deze geschriften tenminste geopend voor de gedachte dat het „op naam” vereiste — als in de rechtspraak opgevat — hoogst problematisch is. De *common law* opvatting dat als T een overeenkomst sluit met D en laatste niet weet dat T de belangen van A behartigt, laatste (A) desniettemin aansprakelijk is, wordt thans tenminste gelukkig in ieder geval wel ernstig genomen.

Dat in internationale verdragen, zoals het Haags vertegenwoordigingsverdrag van 14 maart 1978, waartoe Frankrijk wel maar België niet is toegetreden, het afwijkend en *common law* vertegenwoordigingsrecht doorklinkt, speelt zeker ook een rol.

(19) *Normatieve Uitleg*, diss. Leiden, 1971, Deventer, 1971.

(20) 1952, 578-617 en 18, 1953, 12-69 ook te vinden in de verzamelbundel van MULLER-FREIENFELS, *Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt*, Frankfurt am Main, 1882.

(21) 1991, nr. 104.

(22) *De toerekeningsmomenten van de middellijke vertegenwoordiging*, Tilburg, Zwolle, 1964.

D. ONDERSCHIED VOLMACHT-LASTGEVING BIJ LABAND

4. Laband (ZHR 10, 1866, 183 e.v.) onderscheidt als eerste de volmacht van de lastgeving. Hij maakt onderscheid tussen a) lastgeving met volmacht; b) lastgeving zonder volmacht (middellijke vertegenwoordiging) en c) volmacht zonder lastgeving (zoals bij een aanstelling). Laband's werken met een volmachtsbegrip gepaard aan het wilsdenken, om te zwijgen van het op naam vereiste, leidt in de praktijk tot gewrongen denken en tot slechte oplossingen hetgeen zich tot in onze dagen nog steeds wrekt. Daarom vormt Siegmund Schlossmann(23) die zich hiertegen keert, nog steeds een *eye opener*. De dissenters Van Schilfgaarde en Van Dunné zijn bij mijn weten de enigen die Schlossmann vermeldten en bij hem aanhaakten. Verwonderen mag dit niet — ook Van Dunné's dissertatie staat in de sleutel van „waar een wil is, moet hij weg”. Op de vraag of het onderscheid lastgeving/volmacht zinvol is, anders uitgedrukt: of lastgeving altijd een volmacht impliceert, of om het met Kötz(24) te zeggen of „*jede Volmacht auf einem Auftrag beruhe und mit ihm stehe oder falle oder gar mit ihm identische sei*” ga ik niet in. Over de opvatting van Schlossmann, die het Labandse onderscheid verwerpt, zegt hij (t.a.p. p. 334): „*Zwar mit dieser Doktrin Fälle nicht anders entschieden werden als ohne Sie.*” Moet ook het volmachtsbegrip op de helling?

E. SCHLOSSMANN'S KRITIEK OP HET „OP NAAM VEREISTE”

5. Bij hem lezen wij (deel I, p. 141): „*Nirgends begegnet uns in der Litteratur die Spure einer Polemik hinsichtlich der Art, wie das Erforderens des 'Handeln im Namen jemandes' zu verstehen sei.*”

Hij gewaagt van een „promiscue” gebruik. We zijn intussen een eeuw later niet verder gekomen, de bezwerende formule van het *Kribbebijter*-arrest(25), dat het op naam handelen beoogt te definiëren, ten spijt. Dat een tussenpersoon die in kwaliteit handelt dit altijd aan een derde moet laten blijken, wordt op het continent nog steeds als zoete koek geslikt. Schlossmann steekt hier reeds in 1900 de draak mee en geeft (p. 180 e.v.) tientallen voorbeelden van problemen die in dit verband in het dagelijks leven kunnen ontstaan maar vrijwel nooit de

(23) *Die Lehre der Stellvertretung*, 1900, herdrukt in 1970.

(24) *Europäisches Privatrecht*, 1996, 334.

(25) *NJ* 1977, 521.

rechtszaal halen. Alleen hieruit reeds blijkt hoe ver het continentaal vertegenwoordigingsbegrip zich van de maatschappelijke werkelijkheid verwijderd heeft.

Geïnspireerd door Schlossmann geef ik een voorbeeld. Mijn woonplaats kent boetiekjes zonder personeel, gedreven door dames die in hun vele vrije tijd iets om handen willen hebben. Mijn vrouw koopt een rok die door een dame in de winkel als van zijde wordt aangeboden. De prijzige rok blijkt van goedkoop materiaal te zijn vervaardigd. Zij gaat met de rok terug naar de winkel om regres te zoeken en treft daar een ander persoon dan de verkoopster aan, naar blijkt de eigenaresse. De rok is verkocht door een chique geklede vrouw die mijn vrouw voor eigenaresse hield en ook mocht houden omdat dit soort winkels gemeenlijk zonder personeel gedreven wordt. De eigenaresse distantieert zich van haar invalster, haar vriendin/verkoopster omdat deze niet kenbaar voor mijn vrouw in eigen naam verkocht zou hebben. Onzin natuurlijk(26), maar hoe dit te verenigen met het op naam vereiste anders dan door de opmerking dat men in een winkel komend altijd rekening moet houden met de aanwezigheid van personeel, zelfs bij dit soort winkels. Het is de leer van de „*animus incertus*” die zich hier aandient. Rümelin(27) zegt er in een belangrijk artikel dit van: „*Hier lautet die Erklärung, ich will mit dem Geschäftsinhaber contrahieren, also wenn Sie es sind, mit Ihnen direkt, anderenfalls mit Ihnen als Stellvertreter.*”

Schlossmann (1900, p. 187) doet verslag van een beslissing van het *Reichsoberhandelsgericht*, dat herinneren doet aan een verder in mijn betoog aan de orde te stellen uitspraak van de rechtbank van Amsterdam die ook — zij het op verschillende wijze — aandacht van Scholten en Bregstein kreeg. De zusters Schuckhardt dreven een modezaak onder de naam Geschwister Schuckhardt. De zaak werd overgenomen door X die — omdat het een winkel van renommé was — voortaan onder de benaming F.S. Schuckhardt gedreven wordt. De beide zusters bleven werkzaam als bedrijfsleider. Als een rekening onbetaald blijft, wordt X veroordeeld ondanks het feit dat de factuur t.n.v. de beide zusters stond. Het ROHG overwoog dat de beide zusters de goederen in kwaliteit ontvangen hadden. Schlossmann (p. 191) merkt op: „*der Dritte wusste überall gar nicht einmal dass der Mitkontrahent in einem Vertretungsverhältnis zu einem anders stehe.*”

(26) Zie ook LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1980, par. 30 IIb, p. 549.

(27) *Archiv Civ.P.*, 1907, 98, 229.

Waarom dan toch deze beslissing die tegen de heersende leer ingaat? Schlossmann (p. 195) merkt op: „*dass man sich um den wahren Rechte den Sieg zu verschaffen, nicht scheute, „vi et clam” gegen die Theorie zu verfahren.*”

F. VAN DER GRINTEN EN HET OP NAAM VEREISTE

6. Van der Grinten (t.a.p. nr. 103 e.v.) toont zich voorstander van de continentale opvatting die traditioneel uitgaat van het op naam vereiste en wijst het *common law* denken, dat een achterman (A) ook aansprakelijk houdt als de tussenpersoon (T) de achterman (A) niet genoemd heeft. Van der Grinten voert tenminste drie argumenten aan die — hier is sprake van een nieuwe ontwikkeling — door zijn opvolgers Kortmann en Verhagen(28) in een recente publicatie overigens toch niet als sterk worden aangemerkt, hetgeen hun niet belet toch voor het continentale denken te opteren.

Van der Grinten, zich kerend tegen de *common law agency* opvatting waarbij het op naam vereiste slechts betrekkelijk van belang is, betoogt (p. 106): „1. Onvoldoende aandacht wordt echter ons inziens gegeven aan de rechtsonzekerheid die aan deze opvatting verbonden is.”

Mijn commentaar: de rechtszekerheid levert zelden een steekhoudend argument(29). Dit is ook hier niet het geval. Als naar *common law* T met D handelt en laatste er niet op verdacht is, dat T een achterman heeft, dan kan D (want om hem gaat het) zich niet beklagen. Hij heeft naar dat recht zowel een claim op T als op A. Zijn positie is nu juist extra zeker.

Van der Grinten vervolgt dan: „2. Rechtsonzekerheid, omdat de aanspraken van de wederpartij tegenover de opdrachtgever afhankelijk zijn van het door haar te leveren bewijs dat in opdracht is gehandeld.”

Van der Grintens argument contra de *common law* ontleend aan het bewijsrecht levert evenmin enig argument op. Als D de achterman aanspreekt, dan kan het soms moeilijk zijn de achterliggende verhouding en de aard daarvan te bewijzen. Het arrest van de Hoge Raad van 21 april 1972 (*NJ* 1972, 359, (Athina/Diastatische Producten)) is er om dit te bewijzen. Maar als het D — desnoods met veel moeite — wel lukt een opdracht van A aan T te bewijzen, waarom hem dan

(28) *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer, 1999, 10 e.v.

(29) Zie in dit verband *R & R* (rechtsfilosofie), 2000, afl. 1.

verhaal op A onthouden? Gaat het wel aan wenselijk materieel recht met een argument ontleend aan het bewijsrecht te bestrijden?

De vraag is overigens of het D zo moeilijk valt de achterliggende verhouding te bewijzen. Een voorbeeld ontleend aan de tweedehands autohandel is er om dit te bewijzen. A is een autoverkoper met een dubieus verleden. Hij verzoekt daarom T het voertuig in de showroom voor zijn rekening ten verkoop aan te bieden. A's naam mag uiteraard niet vallen. T verkoopt aan D de occasion en vermeldt op het prijskaartje X gulden, 1990, 70.000 KM. A heeft T om de tuin geleid. Met de auto zijn 370.000 KM gereden. D spreekt T aan. In dit type gevallen zal T trachten de aansprakelijkheid tegenover D (voorlopig) te ontspringen, toch dikwijls naar A verwijzen al was het alleen reeds om zijn naam te zuiveren. D moet naar Nederlands recht echter wel bij T kunnen aankloppen en kan in dit geval A hoogstens aanspreken uit onrechtmatige daad. Eenvoudig is dit niet. Naar Engels recht kan D naast T ook A aanspreken.

Rümelin (t.a.p. p. 199) schenkt in een intussen klassiek en invloedrijk gebleken artikel ook aandacht aan dit soort gevallen en wijst op de varkenshandel op de Württembergse markt. Daar stonden boeren die ook en vooral varkens van andere boeren verkochten. Hij zegt dan: *„Trotzdem kam es wiederholt vor, dass er bei Baarabschluss den Namen des Bauern, dem gerade dieses Schwein gehörte und für den er daher abschliessen wollte, nicht nannte, vielleicht ihn momentan nicht einmal wusste. Der Gegner verzichtete auf die Nennung, weil er bei den engen Verhältnissen damit rechnen konnte, im Fall irgend eines Anstands (tekort, HCFS) werde der Verkäufer bald genug ausfindig zu machen sein.“*

Pleit dit voorbeeld niet voor het Engels recht, waarbij D de tussenman (T, onze boer) kan aanspreken, maar ook A niet buiten schot blijft?

Van der Grinten betoogt voorts: „3. Een bezwaar is voorts dat de opdrachtgever en wederpartij treden in een relatie die de hunne niet is. De tussenpersoon die op eigen naam handelt, geeft daarmee te kennen dat hij zelf partij wenst te zijn. Het recht mag hieraan ons inziens niet voorbijgaan.“

Het betreft een argument ontleend aan verouderd wilsdenken. T handelt heel dikwijls zonder zich bewust te zijn, of hij tegenover de derde — gegeven de context van handelen — wel voldoende duidelijk maakt of en dat er sprake is van een achterman. Zijn al dan niet op naam van een achterman voelt hij veelal als indiffernt. Als T onduidelijkheid laat bestaan, dan heeft de derde recht op bescherming. De handeling wordt dan aan T toegerekend, maar — en dit is kenmer-

kend voor derdenbescherming — die derde hoeft zich die derdenbescherming naar *common law* niet te laten aanleunen. Ten onrechte heeft de derde — anders dan naar Engels recht — niet „*the right of election*” en kan dus niet kiezen of hij T dan wel achterman (A) aan zal spreken. Is de *common law* niet te verkiezen?

Kortmann en Verhagen staan — zoals gezegd — in hun recente betoog (t.a.p. p. 13 e.v.) niet meer achter Van der Grintens argument. Er is slechts één reden waarom zij voor het continentale systeem kiezen: het feit dat ook elders uit louter traditie blijkens de „*Principles of European Contract Law*” (de zgn Lando „*Principles*”) nog steeds voor hoogst verouderde continentale uitgangspunten geopteerd wordt. Het Engelse recht kent — zo stellen Kortmann en Verhagen (t.a.p. p. 14) — een „systematische en goed uitgewerkte regeling”. Waarom wordt hier dan niet voor gekozen, zo vraag ik mij af. Dit kan van het continentale systeem echter niet gezegd worden. Het handelen op naam van is „praktijkvreemd” het dwingt de rechter tot een „noodremdenken” en „denkoneerlijkheid”. Zo’n systeem is ronduit verwerpelijk maar is niet verworpen omdat de praktijk zich wel weet te redden door over het op naam vereiste maar niet te veel na te denken. Zou dit anders zijn, dan zou men er goed aan doen aan een verkoopster in een winkel te vragen of zij dan wel een achterman/vrouw-eigenaresse van de zaak is, aldus Schlossmann (t.a.p. p. 200).

Schlossmann blijkt — ik laat verder in het midden of dit juist is — Laband’s „uitvinding” van de volmacht af te wijzen, waar hij (t.a.p. p. 240) opmerkt: „*Die Einfügung der Vollmacht trägt nicht das geringste dazu bei, den inneren Grund für die Verknüpfung den Rechtsfolge zu erklären.*”

Ik merk op dat Schlossmann in het jaar 1900 schrijft, de invoering van het BGB dan een *fait accompli* is en het „op naam vereiste” dan een centrale plaats in par.162 BGB inneemt.

Verbaast het dat Schlossmann in zijn tijd zulke tot dan toe vrij ongebruikelijke ideeën ontvouwde en een lange tijd slechts weinig medestanders had, waarvan Müller-Erzbach⁽³⁰⁾ de belangrijkste was? Was Schlossmann louter een straatvechter of kan met Ibsen in „*Spoken*” gezegd worden „de minderheid heeft altijd gelijk”. Ik hoef de vraag hier niet te beantwoorden, maar kan volstaan met er op te wijzen dat rond 1900 de sociologie van het recht — waaraan de naam van o.m. Eugen Ehrlich (1862-1922) verbonden is — in opkomst is, dat b.v. Arthur Nussbaum (1877-1964) zich bezig houdt met „*Rechts-*

(30) *Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung*, 1905.

tatsachenforschung” en steeds de vraag stelt, hoe de aan de wet ten grondslag liggende waardeoordelen zich tot „het recht der werkelijkheid” verhouden. Von Jhering (1818-1892), eens een van de meest vooraanstaande pandektisten, had zich in zijn „Kampf ums Recht” (1872) reeds eerder afgewend van het pandektistische denken met zijn „*Begriffshimmel*”. Een nieuwe eeuw brak aan. Tijd ook voor Rümelin (1861-1931), een van de voortrekkers van de zgn *Tübinger Schule der Interessen Jurisprudenz*, om in een baanbrekend artikel (Ar.Civ.Pr. 98,732) — zonder het op naam beginsel af te zweren maar dit „converterend” — tijdig de vertegenwoordigingsregeling van het Zwitserse *Obligationenrecht* — naar vooral achteraf gebleken is — belangrijk te beïnvloeden.

G. RÜMELINS BIJDRAGE

7. In 1911 werd het Zwitserse *Obligationenrecht* ingevoerd. De ontwerpen van 1905 (art.1048) en 1909 (art. 1048) hielden louter het op naam vereiste als voorwaarde voor de vertegenwoordiging in. N.a.v. Rümelins eerder genoemde artikel („das Handeln des Vertreters und Vertretenen”) ging art. 1048 (het latere art. 32) als volgt luiden: „2. *Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschluss sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird den Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere, aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste* (duidelijker is de Franse tekst: *si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu’il existait un rapport de représentation*) *oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse.*”

De „*Gleichgültigkeit des Dritten*” is een belangrijke toevoeging aan het op naam vereiste. Zij werpt een ander licht op het leerstuk van de vertegenwoordiging en vooral de krakkemikkigheid daarvan. Het doel van de toevoeging van dit voor onze vertegenwoordigingsnotie hoogst relevante gegeven, zoals dit uit de Zwitserse wetsgeschiedenis blijkt, was om discussies over de zgn „*animus incertus*” te beëindigen. Gedacht werd(31) o.m. aan het handelen voor een nader te noemen meester, etc. Daarvoor is deze toevoeging echter niet nodig. Belangrijker is het te onderkennen dat zij later vooral geacht wordt te slaan op gevallen dat goederen geleverd of diensten verricht worden zonder dat het een contractant interesseert met wie hij contracteert. Het Berner

(31) Zie H. BECKER, „Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch”, Band VI, Art. 32 AN 8, *Obligationenrecht*, Bern, 1941.

kommentaar(32) geeft in dit verband een groot aantal voorbeelden: de zgn. „Zug um Zug” (*Bargeldgeschäfte*) vormen in dit verband een veel genoemd voorbeeld. Ook lezen wij „*Allerdings war es einem Dritten (als Lieferant) bei einem Sukzessivlieferungsvertrag über Getränke gleichgültig, ob der Ehemann oder die Ehefrau (als Abnehmer) Vertragspartner was.*”

Interessant is de opmerking van Flume(33) sprekend over vertegenwoordigingsvragen bij de inleg op een spaarbankboekje: „*Nach der Rechtsprechung (BGH 46,199) ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles zu prüfen, wer nach dem erkennbaren Willen des die Einzahlung Bewirkenden Gläubiger sein soll. Es soll jedoch nicht darauf ankommen dass dies der Sparkasse erkennbar ist, welche die Einzahlung annimmt.*”

H. HET ACHTERAF NOEMEN VAN EEN NAAM

8. In de Van Oven-bundel(34) verdedigt Van Schilfgaarde het standpunt dat aan het op naam vereiste bij de vertegenwoordiging ook voldaan kan zijn, indien het handelen t.b.v. de achterman eerst achteraf komt vast te staan. Doet dit afbreuk aan het op naam vereiste? Deze opvatting lijkt ook gedeeld door Van der Grinten (t.a.p. nr.77, p. 68). Of hij hetzelfde voorstaat als Van Schilfgaarde is niet duidelijk. Van Schilfgaarde geeft geen voorbeelden. Van der Grinten betoogt: „De handelende persoon kan tegenover de wederpartij op een later tijdstip verklaren of hij als vertegenwoordiger dan wel persoonlijk heeft gehandeld; indien de wederpartij hiertegen geen bezwaar maakt, zal deze verklaring beslissing zijn.”

De formulering roept vraagtekens op. Als een extra verklaring nodig is, kan worden volgehouden dat een nieuw contract tussen achterman en derde tot stand komt. Evenmin kan als een sterk voorbeeld gelden — Van der Grinten noemt dit in deze context ook niet — het geval van een handelen voor een nader te noemen meester of een verzekering voor wie het moge aangaan. Het op naam vereiste blijft hier volledig overeind, als wij althans aannemen dat het kenbaarheidsvereiste inhoudt dat de achterman voldoende bepaald of bepaalbaar

(32) *Das Obligationenrecht*, Band VI, „Abteilung” 1, 2. Teilband, 2 Unterteilband, Stellvertretung, (Dr. Roger ZACH), p. 84.

(33) *Allgemeiner Teil*, par. 44 II, 1, B, p. 767.

(34) *Gratia commercia*, [1981] p. 314.

is(35). Wij zullen het in andere voorbeelden moeten zoeken. Vader en zoon Jansen wonen in een dorp waarin iedereen iedereen kent. Zij behoren tot de notabelen. Jansen jr. ontdekt in de showroom van een autohandelaar een oude MG. Hij koopt deze onmiddellijk omdat hij zich deze buitenkans niet wil laten ontgaan. Vader en zoon zijn beide zeer bemiddeld. Niets wijst er op dat de zoon (50 jaar oud) de auto voor een ander zou kopen. De zoon verzoekt de handelaar de auto ter aflevering gereed te maken. De handelaar heeft ook de rekening (ten name van de zoon) en een kwitantie gereed gelegd. 's Middags komt de vader bij de handelaar met een door de zoon getekende cheque ten laste van de B.V., waarvan beiden directeur zijn. De vader verzoekt de rekening te veranderen ten name van mevrouw X, de jonge vrouw waarmee Jansen sr. na de dood van zijn echtgenote samenwoont, die althans bij hem is ingetrokken. Erfrechtelijke motieven? Zulks geschiedt. De auto blijkt gestolen te zijn. Mevrouw X spreekt de autohandelaar in rechte uit vrijwaring aan. Hij verweert zich, o.m. stellend dat zij geen partij bij de overeenkomst was. Het is het soort verweer dat alleen in het hoofd van een verkrampt jurist kan opkomen, maar geen opgeld moet kunnen doen. Het is een van die gevallen waarvan gezegd kan worden dat later kan komen vast te staan dat er van onmiddellijke vertegenwoordiging sprake is en wie als vertegenwoordigd te gelden heeft. Het zijn ook dit soort gevallen die S. Schlossmann (t.a.p. deel I, 1900, 1970, p. 200) doet zeggen: „*Man schliesst nicht selten Verträge, ohne zu wissen ob der Mitkontrahent der Prinzipal oder dessen Stellvertreter ist, ohne zu wissen und danach zu forschen, wer der Prinzipal sei: ob ein Einzelkaufmann, oder eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter oder mit unbeschränkter Haftpflicht, oder eine Aktiengesellschaft u.s.w. Man kauft z.B. in einem offenen Laden oder von einem Hausierer (venter, HCFS).*”

Wie denkt dat hier een buitenlandse schrijver als getuige opgeroepen wordt onder het motto dat „wat men van ver haalt het lekkerst is”, verwijst ik naar een vonnis van de rechtbank Amsterdam(36). Het geval dat tot deze procedure aanleiding gaf, was het volgende. De heren Cense en Van der Linden dreven een handelszaak als vennootschap onder firma. Zij droegen hun onderneming over aan Necofa NV waar zij als beheerder in dienst traden. Bij de Duitse vennootschap Gensch & Pertz, met wie Cense & Van der Linden lang zaken gedaan had, bestelden de heren goederen. De Duitse vennootschap

(35) Zie in dit verband het belangrijke arrest van de H.R. 26 mei 2000, *RvdW* 2000, nr. 139 (het noemen van de naam van de volmachtgever dient zonder voorbehoud te geschieden).

(36) *NJ* 1927, p. 1164, W. 11726.

was er niet op bedacht dat zij in kwaliteit handelden. In het handelsregister was de overdracht van de vennootschap onder firma nog niet ingeschreven. Nadat de Duitse vennootschap tegen beide heren een vonnis verkregen had, ontdekte zij dat Cense en Van der Linden in kwaliteit hadden gehandeld. Het vonnis tegen de heren Cense en Van der Linden privé — aldus de rechtbank — staat niet in de weg aan de veroordeling van Necofa hoezeer zij niet kenbaar voor Gensch & Partzel gehandeld hadden.

Scholten — denkend vanuit zijn door Bregstein aangevochten aanstellingsbegrip — is het met deze beslissing niet eens⁽³⁷⁾. Alle binnen de kring van het bedrijf door de filiaalhouder verrichte rechtshandelingen worden uitsluitend de N.V. toegerekend. Anders is Bregstein in zijn bewerking van Asser-Scholten, waar deze betoogt: „Deze situatie wordt niet door de aanstelling gecreëerd, maar kan evenzeer bij een enkelvoudige volmacht optreden. Wanneer ik handel met iemand in wie ik geen gevolmachtigde zie en ook niet behoef te zien, dan wordt hij mijn wederpartij. Constateer ik achteraf dat hij als gevolmachtigde heeft willen en mogen handelen, dan zal ik alsnog van dit nog uitstaande aanbod gebruik mogen maken onder prijsgeving van mijn rechten op het op eigen naam van de gevolmachtigde tot stand gekomen contract.”

M.i. is ook dit een geval dat vallen kan in de categorie waar het op naam vereiste niet behoort te gelden.

I. DERDENBEDING, VERTEGENWOORDIGING EN HET OP NAAM VEREISTE

9. In mijn dissertatie verdedigde ik — zoals eerder vermeld — het standpunt dat slechts de vertegenwoordigingsfiguur de sleutel voor de theoretische grondslag van het derdenbeding vormt. Nadien hebben alle schrijvers zich tegen mij gekeerd (Rutten bij Asser; Hartkamp bij Asser; Van der Grinten, Uniken Venema). De stipulator handelt toch op eigen naam, zo werd gesteld. Vergeten wordt daarbij dat de stipulator „met een dubbele pet” handelt. Hij verbindt zich op eigen naam en aanvaardt de toezegging aan de derde als (onbevoegd) vertegenwoordiger van de derde. Toen ik mijn dissertatie schreef, was mij onbekend — ik had hier toen nog geen historisch onderzoek naar gedaan — dat het denken over de vertegenwoordiging en dat over het derdenbeding tot 1850 hand in hand waren gegaan. Eerst Von Savigny is de figuren gaan onderscheiden. Schlossmann (t.a.p. p. 63)

(37) ASSER-SCHOLTEN-BREGSTEIN, p. 27, noot 1.

komt in 1900 beide figuren vergelijkend tot de conclusie: „*In beiden Fällen kommen drei Personen in Betracht, von denen zwei den Vertrag abschliessen, der Dritte ausserhalb des Geschäftsabschlusses verbleibt. In beiden verspricht der eine Kontrahent dem anderen Leistung an den Dritten.*”

Mijn opvatting van een stipulator die — hoezeer eventueel onbevoegd — als vertegenwoordiger van de derde handelt, vindt bij hem aanvaarding (p. 65). Een hele reeks bezwaren tegen deze opvatting wordt door hem te licht bevonden. De gedachte dat de stipulator de derde vertegenwoordigt, vinden wij ook bij R. Leonhards(38). Wie in het kort een vertwijfelde poging wil zien derdenbeding en vertegenwoordiging van elkander te onderscheiden leze Dieter Medicus(39).

Te onzent is Van Schilfgaarde(40) met een licht voorbehoud mij bijgevalen. Lange tijd hechtte ik overigens weinig aan het praktisch nut van mijn visie. Steeds meer echter zie ik dat onze kijk op het „op naam vereiste” in het geding is, waardoor het al dan niet vasthouden aan mijn visie wel degelijk van belang is. De literatuur lijkt zich over het veelal veronderstelde onderscheid niet druk te maken. Te adstrueren valt dit ook aan een vergelijking van een aantal rechtsfiguren. Het handelen van een makelaar t.b.v. een nader te noemer meester wordt door Scholten (Asser-Scholten-Bregstein, 1954, 57) als vertegenwoordiging aangemerkt. „Hij koopt voor een onbekende derde (zijn nader aan te geven meester), wellicht ook voor zichzelf.” Waarin verschilt deze figuur van „de verzekering voor wie het moge aangaan”? Van der Grinten weet (t.a.p. nr.79) het antwoord: „Bij zulk een overeenkomst pleegt de persoon van de verzekeringnemer bepaald te zijn. De clause houdt niet anders in dan een — voorwaardelijk — derdenbeding. Zulk een beding moet ons inziens niet als vertegenwoordiging worden aangemerkt.” Begrijpe wie het begrijpen kan. In beide gevallen is de persoon van de derde soms bepaald (de makelaar weet b.v. voor wie hij in opdracht koopt maar noemt hem niet), soms is deze bepaalbaar. De zgn CAR-verzekering en de goederenverzekering vormen hiervan voorbeelden. De eerste verzekering wordt veelal afgesloten door de hoofdaannemer en dekt alle aansprakelijkheidsrisico's bij een bouw, o.m. die van de hoofdaannemer zelf als die van de architect of onderaannemer. De derden zijn bepaalbaar. Bij een goederenverzekering sluit een makelaar een verzekering, b.v. voor een producent die aan derden levert en c.i.f. verkocht heeft. De derden

(38) *Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*, 28 e.v.

(39) *Kurzkomentar-Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, nr. 760.

(40) *Schoordijk-bundel*, 1991, 241.

worden bepaald „*rebus ipsis et factis*”. Hoe zij bepaald worden, al dan niet door wilsbepaling, is irrelevant. Waarom hier geen vertegenwoordiging aanvaard?

Is er dan geen betere reden te bedenken die het onderscheid rechtvaardigt? Het antwoord moet ontkennend luiden. Het te wraken dogmatische verschil is slechts te verklaren doordat vanaf de Middeleeuwen tot ongeveer 1850 vertegenwoordiging en derdenbeding onder één noemer waren gebracht en ook nadien — vooral als verzekeringsrecht in het geding is — beide denkcategorieën door elkaar gebruikt werden(41). Naar wordend verzekeringsrecht wordt het beding in de Toelichting(42) als een derdenbeding aangemerkt. Legislatief is dit aanleunen bij het derdenbeding gemakkelijk en problemen geeft dit niet voor degene die het derdenbeding als vorm van vertegenwoordiging aanmerkt. Een denken in termen van vertegenwoordiging, dat door de wetgever overigens blijkens de P.G. uitdrukkelijk niet verworpen is, valt begripsmatig te verkiezen. Dit geldt ook voor een handelen t.b.v. een op te richten vennootschap volgens art. 2:93 en 2:203 BW(43).

Vertegenwoordigingsdenken past ook bij zgn. ledencontracten. Een universiteit kan t.b.v. haar personeel tegen een bedrag ineens of tegen de door „begunstigde” te betalen bedrag een contract afsluiten. Ook hier wordt b.v. door Paul Scholten(44) de vertegenwoordigingsgedachte te hulp geroepen en de derdenbeding-gedachte verworpen, louter omdat onder het oude recht (art. 1353 BW, art. 1165) een stipulator iets voor zichzelf bedongen moest hebben, hetgeen overigens bij de genoemde figuren m.i. ook het geval kan zijn en veelal is. Vermelding verdient dat in Frankrijk in dit type gevallen de figuur van het derdenbeding van stal wordt gehaald(45).

J. HET OP NAAM VEREISTE EN DE LEER DER TOEREKENBARE SCHIJN

10. Ook als er niet of niet louter sprake is van een contract, maar van een verklaring in een andere context, kan het op naam vereiste een rol

(41) Zie b.v. DORHOUT MEES, *Verzekering, aan U of die het anders zouden mogen aangaan*, diss. Leiden, 1922, 66.

(42) M.v.T. 1986, 22-23.

(43) Zie mijn „Handelen ten behoeve van de vennootschap in oprichting”, *Ars Notariatus* XLVII 1990.

(44) Bij ASSER, 1938, 185.

(45) Zie Civ. 6 december 1932, *D.P.* 1933, 1.137, noot JOSSERAND; *Sir.* 1934, 1.18, noot ESMEIN.

spelen. Stel, A denkt een vordering te hebben op B die — naar aan A niet gebleken is — X heeft willen verbinden. A draagt dit vorderingsrecht over aan C. B bevestigt dat hij aan A een schuld had. B beroept zich later tegenover de cessionaris (C) er op dat hij zich slechts in kwaliteit tegenover A heeft willen binden. B is dan ook tegenover C — die niet weet dat B zich tegenover A in kwaliteit van vertegenwoordiger van X heeft willen binden — gebonden op grond van de leer van de toerekenbare schijn — aldus het BGH(46) en wel naast X. „Bei Inanspruchnahme des Handelnden ist es dessen Sache im Innenverhältnis Ausgleich von dem wirklichen Rechtsträger zu verlangen, wass zugleich bedeutet, dass er — vor allem wenn dieser nur eine beschränkte Haftungsmasse besitzt — auch dessen Insolvenzrisiko zu tragen.“

Het bovenstaande klinkt zo eenvoudig: gehoudenheid van zowel B als X, hetgeen de vraag doet stellen of dit niet in strijd is met het op naam denken.

K. HET OP NAAM VEREISTE EN HET HUWELIJKS- EN HET SAMENLEVINGS-VERMOGENSRECHT

11. Man en vrouw zijn getrouwd in uitsluiting van iedere gemeenschap. De vrouw die — laten wij dit aannemen — niet de financiële lijsttrekker is, koopt voedsel, kleding, heeft een huurcontract gesloten. Stel, dat de man zou kunnen zeggen: ik ben niet gebonden want mijn vrouw heeft niet op mijn naam gekocht. Praktisch gezien zou dit een onmogelijke situatie opleveren. Het wordt nooit zo gezegd, maar wordt hier geen hoofdelijkheid door de wetgever aanvaard om alle problemen die uit het op naam vereiste voortvloeien te voorkomen? Zou, hetgeen voor een verhouding tussen gehuwden geldt, niet ook aanbevelenswaardig zijn in samenlevingsverhoudingen?

Regelmatig gaan in Nederland tegenwoordig stemmen op om de hoofdelijke aansprakelijkheid bij huwelijkse schulden op te heffen, omdat zij niet meer van onze tijd zou zijn, nu financiële onafhankelijkheid van echtgenoten hoog in het vaandel geschreven wordt. Vergeten wordt zo dat deze hoofdelijkheid desalniettemin geïndiceerd blijft nu het in termen van het louter op naam denken nog steeds hoog tij viert.

(46) *NJW* 1990, 2679 rechterkolom.

Bij beperkte gemeenschappen als de gemeenschap van winst en verlies — ten onrechte door het notariaat in navolging van Meijers afgeraden — kennen wij privé- en gemeenschapsschulden. Schrijver dezes denkt de gemeenschap in termen van rechtspersoonlijkheid. Ondanks het feit dat veelal de derde niet weet of een echtgenoot een privéschuld aangaat, dan wel voor de gemeenschap handelt, is de gemeenschap toch gebonden. Ik heb dit probleem vroeger ook wel overwogen maar Schlossmann (I, p. 197) was mij voor. De wetgever ecarteert dit probleem door zowel bij privé- als gemeenschapsschulden hoofdelijke aansprakelijkheid van beiden te bepalen.

Het op naam vereiste gold in het BGB van 1900(47) in de man/vrouw verhouding niet. De tekst luidde: „*Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihr zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt.*”

Het Duitse BGB als een geleerden-wetboek liet m.a.w. niets aan het dogmatisch noodlot over. Par. 1357 luidt thans: „(1) *Jeder Ehegatte ist berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. (2) Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass aus den Umständen etwas anders ergibt.*”

Kort gezegd: het BGB handhaaft het op naam vereiste bij wege van fictie in 1900. Thans wordt door de wetgever eenvoudigweg in toerekeningstermen gedacht. Wettelijke vertegenwoordiging is aan het Engels recht vreemd. Een ouder b.v. geldt als eigenaar(48).

Dat vooral het leven in familieverband problemen van vertegenwoordiging oproept, blijkt uit het eenvoudige geval dat berecht werd door het Hof Amsterdam(49). Een Turkse man kreeg door zijn verzekeraar voorgehouden dat de goederen aan zijn vrouw privé toebehoorden, dat haar naam niet in de polis vermeld was en haar goederen dus niet verzekerd waren. Het Hof achtte dit verweer in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Beter zou het geweest zijn indien de man mede als vertegenwoordiger van zijn vrouw zou zijn aangemerkt.

(47) Par. 1357, lid 1.

(48) In Equity; zie KOTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 1996, 336.

(49) *NJ* 1992, 100.

12. Als het gaat om wettelijke vertegenwoordiging, dan zijn er aanwijzingen dat het op naam vereiste hier niet geldt, of dat hier geen aandacht aan besteed wordt. De kapitein bindt b.v. de reder zonder meer(50). In par. 494 van het Duitse HGB lezen wij: „*Durch ein Rechtsgeschäft, welches der Korrespondentreeeder als solcher innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse schliesst, wird die Reederei dem Dritten gegenüber auch dann berechtigt und verpflichtet, wenn das Geschäft ohne Nennung der einzelnen Mitreeder geschlossen wird.*”

Hier wordt het op naam vereiste uitdrukkelijk prijsgegeven. De wettelijke vertegenwoordiging is ons ook tot probleem. Krachtens art. 6:201 is de zaakwaarnemer vertegenwoordigingsbevoegd. Moet hij de naam van de waargenomene noemen? Zo ja, kan een derde dan de waargenomene, die voor de derde onbekend is gebleven, met een verrijkingsactie aanspreken? Volgens de tekst van par. 687 BGB is een handelen op naam van de waargenomene niet nodig om hem een rechtstreeks vordering te bezorgen. Art. 6:201 verklaart daarentegen een zaakwaarnemer bevoegd rechtshandelingen te verrichten in naam van de belanghebbende. Bij Asser-Scholten-Bregstein (1954) lezen wij dat zaakwaarneming meestal feitelijke handelingen betreft. Hij noemt als voorbeeld van een rechtshandeling het geval dat een huisdokter die, bij een ernstige zieke geroepen die zelf niet of nauwelijks in staat is zijn wil te bepalen, zich in diens naam maar zonder bijzondere volmacht met een specialist in verbinding stelt(51).

De praktijk kent meer gevallen waar vragen rond vertegenwoordiging krachtens zaakwaarneming zich voordoen. Interessant is het recente Duitse geval(52) waar een ziekenhuis een all-in patient doet vervoeren naar een hoogst gespecialiseerde centrum voor onderzoek. De ziekenvervoerder die in opdracht van het ziekenhuis het vervoer per ambulance op zich nam, stuurde de patiënt een rekening. De vordering werd afgewezen. Duidelijk is dat de rechter hier — gelijk in soortgelijke gevallen — afstevent op een oplossing die door de feiten gedictieerd „passend recht” oplevert en zoveel mogelijk in „organisatietermen” denkt om moeilijke vragen van juridische methodiek te ontgaan.

(50) Art. 8:260 BW, vgl 70 Belg. WvK.

(51) Kort. Ged. Hulst, W. 12269.

(52) Landesgericht Landau, *NJW* 2000, 1046, noot WEISHAUPT; zie ook Mannheim, *NJW* 2000, 1002.

13. Het op naam vereiste speelt m.i. niet bij vertegenwoordiging in het goederenrechtelijke vlak, omdat een derde die b.v. aan een commissionair levert, daar goeddeels geen belang bij heeft(53). Een commissionair, gelijk ieder ander middellijk vertegenwoordiger, verkrijgt naar mijn mening voor de committent, wiens titel van verkrijging is afgeleid van de commissionair.

Als consequentie zou men kunnen betogen dat, als de titel van verkrijging voor de tussenpersoon (T) wegvalt of als de tussenpersoon te kwader trouw is, A geen bescherming verdient. Met een voorbeeld laat zich dit verduidelijken. Stel, een derde (D) — een Duitser — verkoopt in oorlogstijd aan een tussenpersoon (T) een machine, die deze voor een Nederlandse achterman (A) verwerft. Deze koop was nietig krachtens het Londense besluit A 6. Omdat het handelen van T aan A in het zakenrechtelijk vlak toegerekend wordt, vervalt de titel van verkrijging voor (A) en wordt hij dan ook niet eigenaar.

De Minister(54) acht dit resultaat onwenselijk. Hij betoogt: „Dit gebrek heeft immers het gevolg dat de tussenpersoon jegens de derde niet bevoegd was om de eigendom van de zaak van deze (derde) rechtstreeks op de opdrachtgever te doen overgaan. Aangenomen mag worden dat art. 3.4.2.3a ook deze onbevoegdheid kan halen wanneer ten minste het titelgebrek niet de gehele gecombineerde aankomst titel van de opdrachtgever zelf heeft aangetast, derhalve ook de lastgeving die de tussenpersoon verplichtte hem bezit en eigendom te verschaffen.”

Deze redenering gaat mank. T verschaft aan A niet bezit en eigendom. Zulks past slechts in de doorleveringstheorie die nu eenmaal door de wetgever niet gekozen is. Beter is het de ministeriële dogmatiek terzijde te laten en het er op te houden dat art. 3:86 hoogstens analogische toepassing verdient, voorzover men dit tenminste een wenselijk resultaat acht.

De vraag is overigens: welke is die dogmatiek van de minister of concreet, verdient het aanbeveling de achterman te beschermen? Meijer(55) merkt op dat tijdens de parlementaire geschiedenis door de minister definitief een einde is gemaakt aan de gedachte dat de tussenman bij de middellijke vertegenwoordiging beschouwd kan

(53) Vgl in dit verband FLUME, *Allgemeiner Teil*, Berlijn, 1979, par. 44, II 1 C, p. 767; LARENZ, *Allgemeiner Teil*, par. 30 II, B p. 549; anders STAUDINGER-COING, Vorbem. 49 bij par. 164.

(54) Tweede Kamer 1984-1985, 17496 nr. 10 p. 53.

(55) *Middellijke vertegenwoordiging*, Deventer, diss.VU, 1999, 187.

worden als vertegenwoordiger in het zakenrechtelijke vlak. Dit is nog maar de vraag. De minister heeft als het om dogmatische vragen gaat niet meer maar ook niet minder gezag dan een beoefenaar van wetenschap. De argumenten nu van de minister zijn verre van sterk. Zie ook Rümelin (t.a.p. p. 195). Goed bezien verwerpt de minister de gedachte dat de tussenpersoon bij de middellijke vertegenwoordiging geen partij kan zijn bij de zakelijke overeenkomst, omdat daarvoor nodig is dat zijn handelen voor de achterman voor de derde kenbaar moet zijn geweest. Dit is nu juist de hamvraag. Ik zie b.v. geen enkele reden in al die gevallen, dat de tussenpersoon — hoewel daartoe bevoegd — niet kenbaar voor de achterman gehandeld heeft, laatste (A) te beschermen. Waarom A beschermd als T in plaats van op naam van A te handelen — waartoe hij gerechtigd was — ten opzichte van D niet heeft laten blijken tussenman te zijn nu dit voor B irrelevant is. Daarenboven is het onderscheid onmiddellijke/middellijke vertegenwoordiging in de praktijk veelal flinterdun, zo het al te maken is, aldus Dölle(56).

In enkele gevallen is bescherming van A wel geïndiceerd. Men stelle zich het geval voor dat iemand (A) in oorlogstijd te goeder trouw op de beurs (hetgeen krachtens Besluit F. 272 tot de mogelijkheden behoorde) effecten koopt, die Lipmann & Rosenthal uit joods bezit aan commissionair (T) — die in opdracht van A handelt — verkocht heeft. Ik zie dan — afgezien van het feit dat het toen moreel hoogst omstreden was op een beurs te kopen — geen reden om A niet te beschermen. De reden valt hier te zoeken in de zgn. commissionairsdwang en vindt steun in de gedachte die aan art. 3:66 lid 2 ten grondslag ligt. A is krachtens de wet gedwongen om ter beurze aandelen te kopen. Hij heeft anders dan in het vorige geval geen keus.

N. HET DENKEN IN TERMEN VAN DE „ANIMUS INCERTUS” EN DE
ANGLO-AMERIKAANSE LEER VAN DE UNDISCLOSED AGENCY

14. De vraag of „op naam” van een ander gehandeld is, dient als interpretatief van aard beschouwd te worden. Het bekende *Kribbe-bijter*-arrest van de Hoge Raad bevestigt dit. De door de Raad(57) gebruikte formule: „of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen — dat wil zeggen als wederpartij van die ander — is opgetreden, hangt af van hetgeen hij en die ander daaromtrent

(56) „Neutrales Handeln im Privatrecht”, *Festschrift Schulz II*, 1951, par. 268 e.v.

(57) *NJ* 1977, 521.

hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.” schiet wat te kort. Niet vergeten mag worden dat vooral de context waarin één en ander geschied is van groot belang is. Als een rechter of advocaat hier bewust — of zonder zich van vragen bewust te zijn — onbewust creatief mee omgaat, dan is een groot stuk van de „op naam” problematiek geëcarteerd. De Duitse doctrine werkt (zie Rümelin t.a.p. sparsim) heel veel met de *animus incertus*. D handelt met T maar het laat hem koud of hij met T als middellijk dan wel als onmiddellijk vertegenwoordiger van A handelt. D moet er rekening mee houden dat achter een persoon die hij niet voor tussenpersoon hield, een A staat. Voorbeelden van deze gedachte zijn er te over. Wie in een winkel koopt moet er altijd rekening mee houden, zelfs als alles voor het overige er op wijst dat T wellicht geen tussenpersoon is maar de winkelier zelf, anders uitgedrukt: dat T wel eens niet een bediende kan zijn. Of ook wie langs de weg staat en geholpen wordt door een takelwagen die bestuurd wordt door een chauffeur, die opschepperig spreekt over „mijn” bedrijf, dient te beseffen dat deze best werknemer kan zijn. Het doel van het hanteren van de „*animus incertus*” bestaat er uit om zoveel mogelijk — zoals de Duitsers dit uitdrukken — de „*Träger der Interessensphäre*” aansprakelijk te stellen. Rümelin (p. 308) zegt er dit over: „*Schlossmann scheint allerdings nach einer Bemerkung, die er gelegentlich in seinem ersten Band macht (p. 194), Bedenken gegen eine so weitgehende Verwendung des animus incertus zu haben, und zu meinen, dass man da leicht zu der generellen Annahme gelange, man contrahire immer mit demjenigen, der sich als Träger der Interessensphäre herausstellen werde, was dann zu einer vollständigen Zertrümmerung der Stellvertretungslehre mit ihrer Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Vertretung führen müsste.*”

Schlossmanns opmerking is duidelijk. Hij streeft naar een redelijke aansprakelijkheid van de achterman zonder het gevaar te lopen dat D, de man die hij niet voor tussenman (T) hield, niet meer aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. De *common law* die bij een *undisclosed agency* in of/of termen maar behoudens uitzonderingen in en/en termen denkt, brengt hier fors winst. De achterman die het aangaat is altijd aansprakelijk, de tussenman soms maar niet als een rechter het handelen van T zo inschat dat het onredelijk is hem aansprakelijk te houden. De *common law* schept hier evenwicht. Het biedt een consistent vertegenwoordigingsstelsel dat gemakkelijk toepasbaar is omdat de rechter vooral in termen van het economisch leven die veelal duidelijk zijn, kan denken. Anders uitgedrukt: de pragmatiek van de

common law stoelend op eeuwenoude ervaringen in de rechtspraak wint het hier van de quasi-wetenschappelijke esoterische dogmatiek van pandektistische huize, welke in onze dagen reeds lang „*vieux jeu*” zou moeten heten.

O. SAMENVATTING

15. Het op naam vereiste — zoals in Nederlandse rechtspraak en veelal ook in de doctrine opgevat — hangt samen met achterhaald negentiende- en twintigste-eeuws wilsdenken. In de doctrine begint gelukkig het besef door te dringen dat de bezwaren tegen het Anglo-Amerikaans vertegenwoordigingsdenken — ontleend aan het autonomie-beginsel — iedere grond missen. De Anglo-Amerikaanse figuur van de „*undisclosed agency*” is ten onrechte in de rechtsliteratuur aan beide zijden van de Noordzee als een anomalie aangemerkt(58). Een rechtsfiguur die in de praktijk bevredigend recht geeft, kan geen anomalie opleveren. Opgemerkt zij dat naar de C.com. van Spanje (287), Portugal (252), Argentinië (139), en Brazilië (149) bij een handelen van een tussenpersoon die niet kenbaar voor een achterman gehandeld heeft, de derde het recht heeft hetzij T hetzij A aan te spreken. Goed bezien komen deze rechtsstelsels tot dezelfde resultaten als de *common law*. Een tussenpersoon, ongeacht of hij de achterman heeft genoemd, bindt hem. Schiet hij tekort in het voldoende noemen van de achterman, dan is hij mede aansprakelijk. Dit alles tenzij uit de aard van de overeenkomst D-T anders voortvloeit zoals bij een commissionairsverhouding het geval is.

De Duitse literatuur (Flume, Larenz e.a.) komt tot een op naam opvatting, waarbij met het kenbaarheidsvereiste zo gemanipuleerd wordt, dat het Duitse recht de *common law* gaat naderen.

De Nederlandse literatuur is hier niet aan toegekomen en wakkert daardoor te veel het *dolce far niente* aan, dat wij met een probleemloos continentaal „op naam denken” goed uit de voeten kunnen komen. Toegegeven, de praktijk redt zich wel. Belanghebbenden in de Rotterdamse haven liggen niet wakker bij een op naam vereiste dat de praktijk niet dekt. Maar waarom het recht dat juist in pathologische gevallen goede diensten moet kunnen bewijzen, daaraan niet aangepast?

Ook onder de recente versie van de „Principles of European Contract Law” (3:301) gelijk het Unidroit verdrag over de vertegenwoordiging

(58) Zie ook mijn bijdrage aan de STRUYCKEN-bundel, 1996, 303 en 311.

bij de handelskoop(59) wordt uitgegaan van de traditioneel, continentaal Europese benadering die kenbaarheid voor de derde, dat T voor de achterman (A) handelt, koppelt aan toerekening. Dit maakt het rechts-politiek vrijwel onmogelijk voor een wetgever het Nederlandse uitgangspunt van het op naam vereiste af te wijken. Rustig kan geconstateerd worden dat bij het tot stand komen van veel verdragen en „*principles*” te weinig voorstudies gemaakt zijn waarin de pro’s en contra’s van de continentale en anglo-amerikaanse benadering van het vertegenwoordigingsrecht tegen elkaar afgewogen worden. Met name de „Principles” geven mij steeds het gevoel dat zich een denken uit een voorbije tijd aandient. Een dergelijk oordeel wordt in de Nederlandse literatuur te weinig gehoord. Wij staan in dit opzicht achter bij de Duitse juristen, die zich b.v. uitvoerig bezighouden met de vraag, in hoeverre de Unidroit Principles zich verstaan met eigentijds Duits recht(60).

Eerst na het ontwerp Meijers (1954) en na Van der Grintens bewerking (1959) van Paul Scholtens „Vertegenwoordiging en Rechtspersoon” heeft het op naam vereiste in de doctrine echt accent gekregen. De consequentie dat een derde (D) bij een op naam handelen van T — anders dan naar Anglo-Amerikaans recht — alleen T (en niet A) kan aanspreken, kunnen voor T zo ernstig zijn (hij moet betalen en zich verrekening laten aanleunen) dat een rechter de neiging kan en zal hebben dan toch maar liever onmiddellijke vertegenwoordiging te aanvaarden en daarmee aan de bescherming van D afbreuk te doen. De Anglo-Amerikaanse aanvaarding van *undisclosed agency* biedt door zijn dubbele aansprakelijkheid veel meer flexibiliteit. Het laat ruimte voor meer dynamische oplossingen die bevredigend recht opleveren, omdat zij meer het recht der werkelijkheid weerspiegelen. De Nederlandse opvatting van het op naam begrip lokt denkoneerlijkheid uit.

Het werken met de „*animus incertus*” (een derde moet altijd beseffen dat b.v. achter een student (T) de vader, achter een echtgenoot (T) een andere echtgenoot staat), een gedachte die zo ver reikt dat een rechter als hij een achterman die het economisch aangaat altijd — desnoods trucsgewijs — aansprakelijk kan houden, bewijst dat sommige continentale rechters (en met name de Duitse en Zwitserse) meer Engels-rechtelijk denken dan zij zich bewust zijn.

(59) Waarover HARTKAMP, in *Festschrift Drobnig Tübingen*, 1998, alsook D. BUSCH, in *Molengrafici*, 1998, 37.

(60) Zie het bijzonder gezamenlijke nummer van Z. RABELS en het *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 2000, afl.1.

De doctrine van de *undisclosed agency* kent als voordeel boven het continentale recht dat als een tussenman (T) die in opdracht van een ander (A) handelt en over een volmacht beschikt, maar onvoldoende duidelijk is of heeft gemaakt dat hij in kwaliteit handelt, weliswaar door de derde (D) aangesproken kan worden indien deze (D) het zijne niet ontvangen heeft, maar hem ook kan verzoeken hem (T) voorlopig niet aan te spreken. D kan daartoe ook volgens het principe „*point d'intérêt, point d'action*” rechtens gehouden zijn, indien het duidelijk is dat hij bij het aanspreken van T — althans voorlopig — geen belang heeft, zoals in gevallen van aanstelling en bij een handelen t.b.v. een rechtspersoon het geval kan zijn.

De aansprakelijkheid van een tussenman (T) die zijn achterman niet genoemd heeft, vindt haar voornaamste ratio in het belang van het handelsverkeer. Niet valt in te zien waarom deze bescherming ten nadele zou werken van de derde die naar huidig recht (art. 7:420 en 421 BW) slechts indirect verhaal kan zoeken op de achterman (A). Dit pleit voor de aanvaarding van de figuur van de *common law agency*. Tegenstanders van de Engels-Amerikaansrechtelijke figuur van de *undisclosed agency* zijn ten onrechte niet toegekomen aan de vraag, waarom in geval van wettelijke vertegenwoordiging (waarover uitvoerig Wolfram Müller-Freienfels, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955) het op naam vereiste rechtens (in vele gevallen) ook naar continentaal recht blijkbaar niet gesteld mag worden. Zeer duidelijk blijkt dit in het huwelijksgoederenrecht, waar echtgenoten elkander kunnen binden zonder dat derden het bestaan van een achterman of vrouw behoeven te kennen of te veronderstellen.

Gebrek aan inzicht op het op naam vereiste en „denkluheid” hebben in de weg gestaan om het beding ten behoeve van een derde als een vorm van directe vertegenwoordiging te aanvaarden. Schlossmanns monografie (par. 63) maakt duidelijk dat werkelijk alle door de doctrine opgeworpen bezwaren -en dat zijn er vele- tegen deze zienswijze op onzuiver denken berusten(61). Voor een overzicht over de vele theorieën die het ontstaan van het recht van de derde moeten verklaren: zie de reeds oude, maar niet gedateerde publicatie van Gareis(62) alsook de nog minder recente studie van G. Wesenberg(63). J.A. Ankum wijst de vertegenwoordigingsconstructie in zijn Amsterdamse oratie(64) af. Hij vat het op naam beginsel te letterlijk

(61) O.m. KRELLER, *Jur. Blätter* 1948, 223 en KLANG KOMM op A.B.G.B. par. 884,14.

(62) *Verträge zu gunsten Dritter*, 1973, 58 e.v.

(63) *Verträge zu gunsten Dritter*, Weimar, 1949, 123 e.v.

(64) *De voorouders van een tweehoofdig twistziekmonster*, Zwolle, 1967, 40.

op. Vergeten is dat lange tijd (tot circa 1850) het derdenbeding als een vorm van vertegenwoordiging is aangemerkt(65).

De huidige „op naam opvatting” dient evenals naar Zwitsers recht het geval is niet aan de orde te komen indien en voorzover een derde daarbij geen belang heeft of zulks om andere redenen irrelevant is.

Bij vertegenwoordiging in het zakenrechtelijk vlak dient het op naam vereiste — anders dan de wetgever meent — niet op te gaan(66). Ten onrechte wordt de achterman bij middellijke vertegenwoordiging — als wij de toelichting mogen geloven — altijd beschermd tegen manco's in de titel van aankomst van de middellijk vertegenwoordiger. Art. 3:66 geldend voor onmiddellijke vertegenwoordiging dient analogisch toegepast te worden op gevallen van middellijke vertegenwoordiging. Zulks houdt in dat de achterman soms (b.v. bij de handel ter beurze) wel beschermd moet worden omdat zich hier commissairswang voordoet, maar in het algemeen niet.

Recent heeft het op naam vereiste bij handelingen in het zakenrechtelijke vlak nog weer de nodige aandacht gekregen. Zo buigt L. Groefsema zich in zijn dissertatie „Bevoegd beschikken over andermans recht”(67) over beschikkingshandelingen door middellijke vertegenwoordigers. Hij verschilt van mening met G.H. Potjewijd(68) in zijn bespreking van diens Leidse dissertatie in *NTBR* 2000, 115. Het betreft het geval van een opdracht door een eigenaar aan een tussenpersoon om zijn zaak te vervreemden, terwijl de eigenaar na de koop, maar vóór de levering, de last herroept waar de tussenpersoon zich niets van aantrekt. Een interessant geval dat wij in D. 6.2.14 aantreffen. Ik ga hier niet op in, maar merk wel op dat het denken in termen van „op naam van een ander” ook hier eindeloos problemen geeft.

In twee recente Nederlandse dissertaties van goed niveau(69) treffen wij de worsteling aan met het vertegenwoordigingsbegrip. Meyer komt tot de conclusie dat middellijke vertegenwoordiging goed bezien vertegenwoordiging is. Hij ontleent argumenten aan de artt. 7:420 en 7:421 van het BW dat in navolging van art. 13 van het Unidroit

(65) Zie de *Codex Bavaricus*, 1753, IX, I par. 13.

(66) Zie in dit verband met belangrijke literatuur verwijzing W. MULLER-FREIENFELS, *t.a.p.* p. 21.

(67) Groningen, 1993.

(68) Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie.

(69) L.D. VAN SETTEN, *De commissair in effecten*, Utrecht, 1998, Deventer, 1998 en S.Y.Th.M. MEIJER, „Middellijke vertegenwoordiging”, VU 1999, Deventer, 1999.

verdrag(70) de rechtsgevolgen van het op naam handelen bij de middellijke vertegenwoordiging regelt. Kenmerkend voor deze regelingen is dat het de kwalijke gevolgen van de middellijke vertegenwoordiging vooral in faillissement ondervangt. Meyer blijft het onderscheid middellijke/onmiddellijke vertegenwoordiging trouw. Wat voor zin heeft het dan — zo vraag ik mij af — ook middellijke vertegenwoordiging als vertegenwoordiging aan te merken? De zwakke stee in zijn — overigens hoogwaardig — betoog is gelegen in het feit dat hij — anders dan schrijver dezes — het op naam vereiste te letterlijk opvat en niet zoals Schlossmann het op naam vereiste voor de vertegenwoordiging normatief duidt.

Hetzelfde geldt voor de dissertatie van Van Setten. De kracht van zijn dissertatie is gelegen in de diepgaande wijze waarop de rechtspositie van de commissionair — niet in het minst vanuit rechtsvergelijkend perspectief — benaderd wordt. Onbewezen is zijn stelling (t.a.p. p. 340): „dat indien de door de tussenpersoon op enig moment gesloten overeenkomst binnen het bereik van de interne rechtsverhouding valt, deze overeenkomst ook aan de principaal kan worden toegerekend”.

Over het begrip het op naam handelen stapt hij te gemakkelijk heen. Het wordt niet normatief geduid. Hij gewaagt (p. 266) van een „persoonlijk handelen” maar werkt onvoldoende uit wat daaronder verstaan moet worden. Ook benadrukt hij niet dat specifiek kenmerkend voor het handelen van een commissionair in effecten nu juist is dat naar verkeersopvattingen de achterman (committent) op de achtergrond dient te blijven en het een misvatting is het handelen van een commissionair model te doen staan voor middellijke vertegenwoordiging in plaats van te betogen dat bij normatieve uitleg middellijke vertegenwoordiging zelden of nooit aanvaard mag worden, omdat er goed bezien sprake blijkt van onmiddellijke vertegenwoordiging.

Bij de problematiek van het handelen op naam van is te eenzijdig uitgegaan van het maxime van art. 1376 BW (oud), Belg. B.W. 1165, volgens welk overeenkomsten alleen partijen tot wet strekken. Te weinig of te laat hebben wij gezien dat het veelal onduidelijk is of iemand als partij mag gelden. Vragen van bescherming van derden dienen hier centraal te staan. Overduidelijk wordt dit voor wie van het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997(71) kennis heeft genomen. S. stond als patiënt ingeschreven in de praktijk van tandarts B.

(70) In zake de vertegenwoordiging bij de internationale koop.

(71) *NJ* 1998, 544, geen contractuele aansprakelijkheid voor waarnemer tandarts.

Laatste liet zich wegens ziekte vervangen door tandarts M. De waargenomen tandarts B werd niet als partij aangemerkt, omdat ook in geval van waarneming een vertrouwensrelatie bestaat tussen de patiënt en de behandelend arts, die op een overeenkomst tussen hen beiden wijst. Het betreft in ieder geval qua redengeving geen sterk arrest. De A-G had anders geconcludeerd en de annotator Brunner zet terecht vraagtekens. Laatste wijst er op dat de waargenomen tandarts B. de rekening had gestuurd. Zoals eerder betoogd kan ook achteraf o.m. door het zenden van een rekening komen vast te staan, wie wie vertegenwoordigt (dit geldt ook naar de regeling van de „agency” in de *Restatement*).

De vraag laat zich overigens stellen of het arrest niet beter te verklaren valt wanneer wij de rechtspolitieke aspecten wat meer belichten, hetgeen in de literatuur tot dusverre onvoldoende is geschied. Als altijd helpt hier de zgn. gevalsvergelijking. Wie voor een echtscheiding een groot advocatenkantoor benadert, zal met een medewerker en niet een maat te maken krijgen. De familiepraktijk immers was — in ieder geval tot voor kort — onvoldoende lonend. Ook deze medewerker kan fouten maken. Ook hier is een vertrouwensrelatie. Betekent dit dat de maten niet aansprakelijk zijn? Wie in een ziekenhuis door een specialist, niet in dienst van het ziekenhuis, behandeld wordt moet — als er fouten gemaakt worden — hem kunnen aanspreken. Maar hoe weet een patiënt of er sprake is van een al dan niet „all in” behandelingsovereenkomst en de chirurg louter uitvoerder is? De Nederlandse wetgever heeft hier de problematiek van de onzekerheid ten dele opgeheven in art. 7:462. Het ziekenhuis is mede aansprakelijk. Art. 7:446 BW gewaagt van een patiënt/opdrachtgever die met een natuurlijk of rechtspersoon een behandelingsovereenkomst sluit. De vraag blijft: met wie wordt, als de onbekende op straat getroffen patiënt zo goed als levenloos (de EHBO van) het ziekenhuis wordt ingedragen, door het ziekenhuis een overeenkomst gesloten? Met het op naam vereiste valt hier toch niet te werken. Een ietwat andere problematiek kan zich voordoen bij overeenkomsten met reclamebureaus die tussen een bedrijf en de STER (reclamebureau van de nationale omroep) bemiddelen, soms een blok zendtijd inhuren maar soms ook niet, of bij reisovereenkomsten. Art. 7:500 lid 1 bepaalt dat degene die in de uitoefening van zijn bedrijf aan het publiek of aan een groep personen van te voren georganiseerde reizen aanbiedt als reisorganisator aansprakelijk is — ook al is voor het publiek niet duidelijk dat namens hem gehandeld is. Een goede zaak! In de reiswereld zijn de vertegenwoordigingsverhoudingen wel hoogst

onduidelijk. Opgemerkt zij dat de wet te veel een lappendeken vormt. De centrale ziekenhuisaansprakelijkheid geeft een goede oplossing, die echter weer niet geldt voor de geneeskunde als geheel. Wie door een tandarts behandeld wordt, weet soms niet eens met wie hij contracteert, zoals uit het voornoemde arrest van de Hoge Raad blijkt. Zou het niet beter zijn dat bij dit soort gevallen de regel heeft te gelden dat én de tussenpersoon én de achterman aansprakelijk zijn louter omdat zij onduidelijkheid in het leven geroepen hebben (zie in dit verband de regeling van de *partially disclosed principal* in par. 321 van de *Restatement of agency*, onofficiële samenvatting van het Amerikaans recht.).

Voorals in de handel met landen die van *common law* beginselen van vertegenwoordiging uitgaan, is het van groot belang contractuele bepalingen betreffende het toepasselijk vertegenwoordigingsrecht op te nemen. Zij komen terecht ook steeds meer in zwang.

Aanvaarding van de *common law* opvatting van het vertegenwoordigingsrecht naar toekomstig Arubaans en Antilliaans recht(72) zou, gegeven vooral de zgn. *off-shore* en de oriëntatie op de VS, aanbeveling verdienen. Niet valt in te zien waarom in de West wel naar de invoering van een trust gestreefd zou moeten worden, maar niet naar een naar Anglo-Amerikaans model geöriënteerd *agency*-recht. Of het concordantiebeginsel hieraan in de weg moet staan, is een (rechtspolitieke) vraag bij het antwoord waarop Ph. Doris'(73) wijze woorden alle aandacht verdienen. „*Die rechtsgeschichtliche Untersuchung des Problems der Arbeitsteilung im Geschäftsverkehr hat gezeigt dass seine Lösung im BGB geschichtlich belastet ist. Sie trägt die Züge einer positivistisch-begriffsjuristischen Tradition, die heute noch in der Starrheit des Begriffgegensatzes zwischen unmittelbarer Stellvertretung und in einer schwer überbrüchbaren Kluft zwischen 'Handeln in fremden Namen' und 'Handeln in eigenen Namen' spürbar ist.*”

Terecht merkt Von Lübtow(74) dan ook op: „*das englische Recht stellt auf die Interessenlage ab und gelangt ohne formale Bedenken zu einer flexiblen Konstruktion, die dem praktischen Bedürfnis noch Erweiterung des Aktionsradius der Person im Geschäftsverkehr mehrere Befriedigungsmöglichkeiten bietet.*”

Te weinig is — althans naar Nederlands recht — bij de verdediging van het op naam beginsel de vraag gesteld of de belangen van derden

(72) Waar binnenkort het Nederlands BW wordt ingevoerd.

(73) „Die strukturähnlicher Rechtsgebilde anderer Rechtsordnungen”, *Festschrift Larenz*, 1983, 161, p. 173.

(74) „Das Geschäft für den es angeht”, *ZHR* 112, 1949, 229.

door het stellen van deze eis adequaat beschermd worden. Niet de wil van T of A hadden centraal moeten staan, maar het leerstuk van de derdenbescherming, dat vooral rond 1900 fors ontwikkeld is en waar te onzent de naam van J.H. Thiel (diss. Amsterdam 1903) aan verbonden is. De „op naam problematiek” is in Nederland ten onrechte nimmer met de nadruk op dit paradigma benaderd.

Ik vraag mij af of ik niet eindig met een opmerking waarmede ik had moeten beginnen. Uitdrukkelijk stipuleer ik dat een impressionistisch (inductief) betoog vooraf — hoe onvolmaakt ook — juist bij een leerstuk als de vertegenwoordiging onontbeerlijk is en beter dan de abstracties uit het verleden ons er van bewust kunnen maken dat ons vertegenwoordigingsdenken nog te veel in de kinderschoenen staat. Het pleidooi van Van Schilfgaarde en mij vóór de aanvaarding van de figuur van de *undisclosed agency* van de *common law* is m.i. nog slechts het begin geweest van nieuw denken. Dit geldt ook voor Van Dunné's bijdrage aan *WPNR* (1973, 5199, „Vertegenwoordiging krachtens volmacht en het gewijzigd Ontwerp BW”) dat ik nog weer eens herlas en op mij weer een frisse indruk maakte. Zijn artikel leent er zich uitstekend voor om naast mijn bijdrage gelezen te worden.

Mij lijkt thans overigens echt vast te staan dat naar een nieuwe doctrine én wetgeving gestreefd moet worden. Kortmann en Verhagen betogen dat de *common law* een goed doordacht *agency* stelsel kent. Ik onderstreep dit. Of dit echter over de hele linie zo is, valt te betwijfelen. Er zijn toch nog veel Engelse *decisions* op het stuk van de vertegenwoordiging die de vraag oproepen of ze niet verouderd zijn. Ook schrijven de Engelsen nog te veel over hun stelsel als zou dit „abnormaal” zijn, hoezeer het in de praktijk goed werkt. *Common law*- en continentale juristen moeten samen oprukken om te komen tot een vertegenwoordigingsrecht dat over de hele linie praktisch werkt, verantwoorde keuzes maakt, maar dat ook theoretisch goed onderbouwd is. Een niet geringe opgave. Te lang is te onzent en op het gehele continent ééndimensionaal gedacht dan dat de volmaaktheid snel bereikt zal zijn. De menselijke geest kan veel maar het blijft toch altijd behelpen. Een gedachte waar wij overigens niet somber bij moeten worden. Het is het leven zelf.

II. Naar Belgisch recht

A. IETS OVER HET BELGISCHE VERTEGENWOORDIGINGSDENKEN

16. Heb ik het goed dan heeft de vertegenwoordigingsfiguur in België in de literatuur minder aandacht gekregen dan in Nederland. Terughoudend moet ik zijn als het gaat een oordeel te geven over de betekenis van de Belgische rechtspraak voor het vertegenwoordigingsdenken. In plaats van — wat wellicht aanbeveling verdiend zou hebben — terug te vallen op mijn Belgische vrienden trok ik fors tijd uit om heel veel jaargangen van de *Pasicrisie Belge* en de rechtspraakoverzichten in het T.P.R. te bestuderen om een indruk te krijgen van de casuïstiek rond de vertegenwoordiging. Ik trof heel weinig rechtspraak aan die mij rechtsdogmatisch interesseerde. Zonder veel omhaal komt de rechter gemeenlijk tot gezonde oplossingen.

Een zekere teleurstelling bekruipt de Nederlandse jurist wel. Hij is verwend en dat is al lang zo. Paul Scholtens „Vertegenwoordiging en rechtspersoon” in 1938 in de ASSER-reeks was een gebeurtenis van de eerste orde. Scholten wordt tot in onze dagen geprezen voor zijn „Algemeen Deel”. Dit is natuurlijk volkomen terecht, als maar toegegeven wordt dat zijn methode van rechtsvinding op stukken verouderd is. Een te grote nadruk op de rechtshistorie en te weinig nadruk op het dictaat van de feiten. Scholtens „Vertegenwoordiging” van 1938 staat echter nog recht overeind. Waar Van der Grinten na 1959 in zijn Vertegenwoordiging afwijkt van Scholten, kies ik strijk en zet voor de eerste en de tweede druk (1954) van Asser-Scholten, bewerkt door Bregstein. Scholtens denken over de vertegenwoordiging heeft velen geïnspireerd, ook hen die — anders dan ikzelf — niet tot de Amsterdamse School behoren, zoals Van Schilfgaarde.

Een andere reden voor de in verhouding tot de Belgische rechtswetenschap grotere belangstelling van de Nederlandse juristen voor het vertegenwoordigingsrecht kan ook toegeschreven worden aan de immens grote belangstelling voor het leerstuk van de derdenbescherming. In 1903 verdedigde J.H. Thiel zijn nog steeds indrukwekkende Amsterdamse dissertatie⁽⁷⁵⁾ over derdenbescherming. De grote Utrechtse jurist Molengraaff die Thiel zeker door zijn denkbeelden over het wisselrecht inspireerde, liet zich op zijn beurt weer door Thiel inspireren. Een lange reeks van eminente juristen (F.G. Scheltema, Eggens, Bregstein, Wiarda) hebben tot op onze dagen de Nederlandse

(75) De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen.

juristen ingeprint, hoe belangrijk het is aan de positie van de derde op alle terreinen van het recht aandacht te schenken. Een van die terreinen is het vertegenwoordigingsrecht. De Belgische auteurs liggen hierbij naar mijn inschatting achter. De fraaie noot van onze te vroeg gestorven collega Kruithof onder het arrest van de Cour de Cassation van 20 juni 1988(76), alsook de interessante Brusselse dissertatie van Dieux(77) bevestigen de indruk dat de aandacht voor de derde in het Belgische privaatrecht van betrekkelijk late datum is.

B. HET OP NAAM VEREISTE BIJ VAN GERVEN

17. Kort geleden ging van Gerven met Leuvens emeritaat. Zijn vrienden werden uitgenodigd om in een huldeblijk terug te blikken op zijn „Algemeen Deel” (1969). Het blijft nog steeds een verrassend boek, niet in het minst voor de Nederlandse jurist die geconfronteerd werd met het werk van een Belgisch jurist, die voorbeeldig en diepgaand inhaakte op de Nederlandse rechtsontwikkeling van de zestiger jaren en zijn landgenoten, maar niet minder de Nederlandse juristen, leerde ontdekken dat het Belgische heil niet (slechts) van Frankrijk te verwachten valt, maar ook en niet minder van de *common law* wereld met hun andere stijl van „*down to earth*” denken. Verwonderen mag het dan ook niet dat het op naam vereiste zijn volle aandacht krijgt. Als uitgangspunt van mijn beoordeling van zijn vertegenwoordigingsopvatting neem ik een zinsnede ontleend aan nr.150 van zijn werk. Hier lezen wij: „Treedt rechtstreekse toerekening in wanneer de tussenpersoon handelend krachtens een bestaande bevoegdheid in eigen naam optreedt, of kan men in dat geval slechts van middellijke vertegenwoordiging spreken? Zoals vroeger vermeld werd, blijft dit een betwiste vraag. Volgens de heersende mening, althans in België, ontstaan uit het optreden van een in eigen naam handelend tussenpersoon, b.v. een commissair, geen rechtstreekse betrekkingen tussen de opdrachtgever en de derde; toerekening aan de opdrachtgever van de door een tussenpersoon verrichte rechtshandeling, m.a.w. vertegenwoordiging, zou immers veronderstellen dat de derde kennis draagt van de omstandigheid dat de tussenpersoon voor andermans rekening handelt, hetgeen bij handelen in eigen naam niet altijd het geval is.”

(76) R.C.J.B. 1991, 51-92, ook opgenomen in de opstellenbundel *Hulde aan Prof. dr. R. KRUIHOF*, 271.

(77) *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Brussel-Parijs, 1995.

In noot 44 op p. 489 vermeldt hij de Belgische rechtspraak en literatuur. Van Gervens betoog vertoont dezelfde zwakke stee als mijn Tilburgse intreerede(78). De problematiek rond de dichotomie onmiddellijke/middellijke vertegenwoordiging wordt door hem benaderd vanuit de commissionairsfiguur, die zoals hiervoor betoogd — althans als het gaat om de commissionair in effecten — a-typisch ligt. Op geen enkele beurs ter wereld is het gewenst dat opdrachtgevers van de verkopende commissionair contact hebben met de achterman van de kopende commissionair. Ook hij constateert dat bij deze verhouding de commissionair vertegenwoordiger is in het zakenrechtelijk vlak. Wij zijn beiden uiteindelijk te weinig ingegaan op het feit dat het op naam van een ander handelen slechts begrepen kan worden als een normatieve vraag, zich uitend in de constatering dat onmiddellijke vertegenwoordiging aanvaard kan worden, ook al is het handelen voor een achterman voor een derde niet kenbaar, zolang hij hierbij geen belang heeft. Uiteindelijk heeft Van Gerven waar het om gaat wel begrepen. Van Schilfgaarde die door mijn intreerede geïnspireerd was, had in zijn dissertatie(79) het partij begrip nader omljnd. Van Gerven (nr.148 op p. 482) evenaart Van Schilfgaarde, zo hij hem niet overtreft, betogend: „Uit het voorgaande blijkt dat de termen „handelen in naam van” en „handelen in eigen naam” in het rechtsverkeer een vrij formalistische, bijna sacramentale betekenis hebben gekregen: enerzijds kan men in naam van een ander handelen zonder diens naam vooralsnog te noemen; anderszijds kan men in eigen naam handelen ook al vermeldt men de naam van de opdrachtgever. Bedoelde termen lijken dus bestemd te zijn om door middel van een kernachtige, voor eenieder gemakkelijk verstaanbare uitdrukking, een bepaalde groep van rechtsgevolgen aan te duiden, die op de betrokken verrichting toepassing vinden. Voorts komt een tendens te voorschijn om de categorie van het handelen uit te breiden ten koste van de categorie handelen in andersman naam. Dit is begrijpelijk wanneer men weet dat de in eigen naam optredende persoon in elk geval zichzelf verbindt, hetgeen de gesloten rechtshandeling voor derden uiteraard veelal voorzigtiger maakt wat, bij omstandigheden een op zichzelf te verkiezen goed is.”

Van Gervens betoog doet goed voelen waar het om draait. Zij die voor een ander optreden zijn slordig in hun gedrag. Zij laten de derden gemeenlijk niet zien voor wie ze optreden. Ernstig is dit niet. De derde heeft — als hij cash betaald wordt — geen belang bij wie de achter-

(78) *De toerekeningsmomenten van middellijke vertegenwoordiging*, Zwolle, 1964.

(79) *Toerekening van rechtshandelingen*, Leiden, 1969.

man is. De achterman — wien de transactie aangaat — moet zich ook nooit er op kunnen beroepen dat de derde op het moment van handelen niet wist wie de achterman nu wel is. Hij moet hem kunnen aanspreken en door hem aangesproken kunnen worden. De derde kan er wel belang bij hebben gevrijwaard te worden van het feit dat hij niet wist dat een persoon — naar achteraf blijkt — voor een achterman handelt. Zolang hij in die gevallen de tussenpersoon altijd mede kan aanspreken is zijn belang gedekt. De tussenpersoon op zijn beurt is er alles aan gelegen om „er tussenuit te vallen”. Daarom is het voor hem zaak — als ooit aansprakelijkheid kan dreigen — dat hij de derde kan voorhouden dat hij altijd duidelijk gemaakt heeft „*non mea res agitur*”. Anders dan de meeste schrijvers doet Van Gervens betoog voelen dat het op naam vereiste in de sleutel staat van de belangen van de tussenman en niet — hetgeen vooral door Van der Grinten of gevallen door Kortmann doet — in het belang van de derde. Zie ik het goed, dan treffen wij het hoge peil, waarop Van Gerven met vertegenwoordigingsvragen om gaat, bij andere Belgische schrijvers te weinig aan(80).

C. EEN TE GERINGE AANDACHT VOOR HET BEGRIP „OP NAAM”

18. In het boek van Tilleman, dat door mij onder de titel „Le Mandat” (België, Kluwer) in het Frans bestudeerd werd, ontbreekt enige aandacht voor het begrip handelen op naam. Onder nr. 371 lezen wij dat: „*Le mandataire qui agit dans les limites de son mandat n'est pas tenu personnellement dans un arrêt récent de la Cour de cassation relatif à un apériteur.*”

Zo wordt voor een buitenlands auteur niet duidelijk of een gevolmachtigde die van zijn volmacht geen gebruik maakt en tegenover een derde niet laat blijken dat hij in opdracht handelt, de achterman bindt. Ik houd het er op dat de achterman in dat geval naar Belgisch recht evenals naar Nederlands recht niet gebonden is. Ook wordt niet duidelijk of het feit dat een derde weet dat iemand in opdracht van een ander handelt in facto meebrengt dat die achterman ook gebonden is en of dit de eigen gehoudenheid van de tussenpersoon uitsluit. Uit noot 233 van Tillemans boek blijkt dat de rechtspraak de vraag, of iemand kenbaar voor de derde in opdracht van een achterman handelt, duidelijk mede laat afhangen van het belang dat de derde heeft bij de

(80) Met uitzondering van de fraaie monografie van F. RIGAUX, *Le statut de la représentation, étude de droit international privé comparé*, Leiden, 1963.

aansprakelijkheid van hetzij de tussenman, hetzij de achterman. Ook het verkeersgebruik speelt een grote rol, niet in het minst in het verzekeringsrecht(81).

Reden tot somberheid is er echter niet. De geschriften van de jongere Belgische generatie bewijzen dat de belangstelling voor rechtsbeginselen en rechtsmethodische vraagstukken nog steeds groeiende is. De Nederlandse belangstelling voor Duitsrechtelijke ontwikkelingen, die steeds sterker ingegeven worden door Amerikaansrechtelijke ontwikkelingen is groeiende en is schattingsgewijs groter dan die van de Belgische juristen. Daar staat tegenover dat de Belgische rechtswetenschap nog altijd een forse voorsprong heeft als het gaat om haar gerichtheid op het financiële recht.

De Nederlandse jurist blijft echter een wat zwaardere hang hebben naar dogmatiek. Ik hoor het Pitlo, die een Antwerpse grootmoeder had en daaraan zijn bijzondere liefde voor Vlaanderen ontleende, vlak na de oorlog op de hem eigen, gedragen toon nog zeggen: „De noorderling denkt te veel en leeft te weinig, de zuiderling leeft te veel en denkt te weinig”. Pitlo was een relativerende denker en voedde zijn studenten dan ook op om in dit of-of denken niet te blijven steken. Zulke one-liners blijven echter toch hangen en houden de boodschap in dat de juristen van de beide laagste landen aan de Noordzee aan elkander moeten blijven schaven, waarbij de basisvoorwaarde is: het verstaan van de kunst om elkaar te bewonderen.

(81) Zie M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, Larcier, 1999, nr. 716, alsook de wettelijke regeling van de positie van de leidende verzekeraar (apériteur) in de verzekeringspraktijk die — naar Belgisch recht — niet mede aansprakelijk is voor schadeuitkeringen van andere medeverzekerden.