

Vermogensrecht

Titel 2. Rechtshandelingen

Artikel 43. (3.2.9) Handelingsonbevoegdheid (Bewerkt door prof. mr. A.I.M. van Mierlo)

Art. 43

1. Rechtshandelingen die, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomende personen, strekken tot verkrijging door:

a

rechters, leden van het openbaar ministerie, gerechtsauditeurs, griffiers, advocaten, deurwaarders en notarissen van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen;

b

ambtenaren, van goederen die door hen of te hunnen overstaan worden verkocht, of

c

personen met openbaar gezag bekleed, van goederen die toebehoren aan het Rijk, provincies, gemeenten of andere openbare instellingen en aan hun beheer zijn toevertrouwd,

zijn nietig en verplichten de verkrijgers tot schadevergoeding.

2. Lid 1 onder a heeft geen betrekking op uiterste wilsbeschikkingen, door een erfflater ten voordele van zijn wettelijke erfgenamen gemaakt, noch op rechtshandelingen krachtens welke deze erfgenamen goederen der nalatenschap verkrijgen.

3. In het geval bedoeld in het eerste lid onder c is de rechtshandeling geldig, indien zij met Onze goedkeuring is geschied of het een verkoop in het openbaar betreft. Indien de rechtshandeling strekt tot verkrijging door een lid van de gemeenteraad of een wethouder, onderscheidenlijk de burgemeester komt de in de vorige zin bedoelde bevoegdheid tot goedkeuring toe aan gedeputeerde staten, onderscheidenlijk de Commissaris van de Koningin.

Vastgesteld bij de wet van 22 november 1991, Stb. 1991, 600 (i.w.tr. 1 januari 1992).

Gewijzigd bij de wet van 6 oktober 2005, Stb. 2005, 534 (i.w.tr. 2 november 2005).

Gewijzigd bij de wet van 20 maart 2008, Stb. 2008, 100 (i.w.tr. 1 september 2008).

Deze bepaling is gewijzigd per 1 september 2008 bij Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer (Wet van 20 maart 2008, Stb. 2008, 100). Zie voor de relevante Kamerstukken wetsvoorstel 30□815.

1 Literatuur

Hand- en studieboeken

Asser/Kamphuisen, Bijzondere overeenkomsten, 1960 (derde druk), p. 43-50;

Asser/Hartkamp 2005 (twaalfde druk) (II), nr. 89 en 96;

Asser/De Boer 2006 (zeventiende druk), nr. 236-264, 788 en 943-960;

A.R. Bloembergen, C.C. van Dam, Jac. Hijma en W.L. Valk, Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer: Kluwer 2004 (vierde druk), nr. 128 (in fine), 136-138, 148 en 150;

O.K. Brahn, Zwaartepunten van het vermogensrecht, 2002 (zevende herziene druk), bewerkt door W.H.M. Reehuis, Deventer: Gouda Quint, nr. 446-447;

M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, Personen- en Familierecht, Huwelijksvermogensrecht, Deventer: Kluwer 2002 (tweede druk), nr. 103-111 en 227;

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2001 (derde druk), nr. 320;

G.C. van Daal en A.J. Winter, Het andere Antilliaanse Vermogensrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 49-52.

Dissertaties

A.J.M. Nuytinck, Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht (diss. Nijmegen), 1987, Deventer: Kluwer, p. 3-31;

Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), 1988, Deventer: Kluwer, p. 92-96.

Artikelen

J.L.M. van Erp, 'De handelingsonbevoegdheid van de notaris c.s.', WPNR 1996/6208, p. 64-66;

S.B.J. van Heijst, 'Ontheffing voor verboden handelingen ex Gemeentewet respectievelijk Provinciewet', WPNR 1994/6141, p. 446-447;

A.L. Croes, 'Artikel 3.2.9 Nieuw BW, of de ups and downs van de artikelen 1504-1506 BW', Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/2, p. 55-58;

P. van Schilfgaarde, 'Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet', WPNR 1982/5621, p. 549-553 en WPNR 1982/5622, p. 569-572;

A. de Graaf, 'Nietige rechtshandeling: rechtshandeling of niet?', Reactie op mr. P. van Schilfgaarde, WPNR 1983/5636, p. 20-24;

M.A. Loth, 'Over nietige rechtshandelingen', Reactie op mr. P. van Schilfgaarde en mr. A. de Graaf, WPNR 1983/5650, p. 274-278;

J.C. Hage, 'Nogmaals nietige rechtshandelingen', Reactie op mr. M.A. Loth, WPNR 1983/5650, p. 278.

2 Inleiding

Art. 3:43 BW verklaart bepaalde rechtshandelingen verricht door een aantal specifiek aangeduide functionarissen die met een zeker openbaar gezag zijn bekleed - en zich uit dien hoofde van die handelingen hadden behoren te onthouden - nietig. De rechtshandelingen in kwestie moeten strekken tot verkrijging van in het eerste lid nader aangegeven goederen waarmede de genoemde personen uit hoofde van hun functie bemoeienis hebben of kunnen hebben. De ratio van art. 3:43 is blijkens de Memorie van Antwoord Inv. II het dienen van het algemeen belang, gelegen in de onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat in de ruime zin van het woord (zie Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145.

Elke schijn van belangenverstrengeling dient te worden vermeden. Om die reden is gekozen voor de sanctie van - een van rechtswege intredende - nietigheid en niet voor die van vernietigbaarheid. Immers, in het laatste geval wordt het aan het initiatief van partijen of belanghebbenden overgelaten om de nietigheid in te roepen en kan indien een dergelijk initiatief achterwege blijft een ongewenste schijn van belangenverstrengeling worden gewekt.

3 Handelingsonbevoegdheid versus handelingsonbekwaamheid

Art. 3:43 gaat over handelingsonbevoegdheid. De in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder a-c BW genoemde personen kunnen bepaalde rechtshandelingen niet verrichten. Zij zijn handelingsonbevoegd. Handelingsonbevoegdheid is te omschrijven als een op grond van een wettelijke bepaling gecreëerde bijzondere ongeschiktheid om bepaalde rechtshandelingen te verrichten. De rechtshandeling in kwestie is in het algemeen nietig en in een enkel geval vernietigbaar.

Handelsonbevoegdheid dient te worden onderscheiden van handelingsonbekwaamheid. Van dit laatste is sprake bij minderjarigen (art. 1:234 BW) en onder curatele gestelden (art. 1:381 lid 2 BW). Bij onbekwaamheid gaat het om de algemene ongeschiktheid om in eigen naam voor zichzelf zelfstandig onaantastbare rechtshandelingen te verrichten. De door de onbekwame verrichte rechtshandeling is vernietigbaar. Dit is slechts anders, indien de rechtshandeling

eenzijdig is en niet tot een of meer bepaalde personen was gericht (vgl. art. 3:32 lid 2 BW). In zo'n geval is de rechtshandeling nietig. Bij de handelingsonbekwaamheid is het doel de bescherming van de handelingsonbekwame tegen zichzelf, hetgeen wordt bewerkstelligd door de onbekwame niet onherroepelijk te binden aan de rechtsgevolgen van in eigen naam voor zichzelf verrichte rechtshandelingen. Bij de handelingsonbevoegdheid daarentegen gaat het niet om een bescherming van de onbevoegde, maar om bescherming van belangen van derden of het algemeen belang.

Een handelingsonbevoegde is, uitzonderingen daargelaten, wel degelijk handelingsbekwaam en dientengevolge in staat zelfstandig onaantastbare rechtshandelingen te verrichten. Het is hem echter door de wet verboden bepaalde - min of meer nauwkeurig omschreven - rechtshandelingen te verrichten.

Ten slotte merk ik op dat van handelingsbekwaamheid en handelingsbevoegdheid moet worden onderscheiden het begrip beschikkingsbevoegdheid (vgl. onder meer art. 3:84 lid 1). Dit goederenrechtelijk begrip geeft aan dat iemand in staat is om rechtsgeldig over een bepaald goed te beschikken, dat wil zeggen dit goed aan een ander over te dragen (vervreemden), met een beperkt recht te belasten (bezwaren) of van dat goed afstand te doen. Zie over dit begrip nader art. 84 lid 1, aant. 88 e.v.

4 De opzet van art. 3:43 BW

Art. 3:43 bevat een algemene regeling inzake handelingsonbevoegdheid. Een dergelijke regeling was onder het tot 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek onbekend. Toen bestond slechts een bijzondere regeling in het kader van de koopovereenkomst. In art. 1503 e.v. BW (oud) was een aantal bepalingen opgenomen, ten gevolge waarvan de handelingsbevoegdheid was beperkt van respectievelijk echtgenoten (art. 1503), rechters, leden van het Openbaar Ministerie, griffiers, advocaten, procureurs, deurwaarders en notarissen (art. 1504), openbare ambtenaren (art. 1505), lasthebbers, en bewindvoerders van zaken, aan het rijk, de gewesten, de gemeenten, of andere openbare instellingen toebehorende, welke aan hun zorg en beheer zijn toevertrouwd (art. 1506).

De onderhavige materie is in het NBW-wetgevingstraject uit de titel Koop gelicht, daar zij mede betrekking heeft op andere titels van verkrijging dan de koopovereenkomst. De regeling omtrent de handelingsonbevoegdheid is opgenomen in art. 3:43 als laatste artikel in een reeks handelend over absoluut nietige rechtshandelingen, beginnend bij art. 3:39 en vóór art. 3:44, waar een aantal artikelen over vernietigbaarheid aanvangt (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1143).

Art. 3:43 kent de volgende opzet. Het eerste lid formuleert de hoofdregel volgens welke bepaalde rechtshandelingen van de in het artikel genoemde functionarissen nietig worden verklaard. Daarnaast bepaalt het dat de verkrijgers schadeplichtig zijn. Het tweede en het derde lid bevatten enkele uitzonderingsbepalingen. Zo heeft blijkens het tweede lid het bepaalde in lid 1 onder a geen betrekking op uiterste wilsbeschikkingen, door een erflater ten voordele van zijn wettelijke erfgenamen gemaakt, alsook op rechtshandelingen krachtens welke deze erfgenamen goederen der nalatenschap verkrijgen.

Het derde lid maakt een uitzondering voor het geval dat personen met openbaar gezag bekleed goederen verkrijgen die toebehoren aan het Rijk, provincies, gemeenten of andere openbare instellingen en die aan hun beheer zijn toevertrouwd. In zo'n geval is de rechtshandeling geldig, indien daarvoor toestemming is gegeven door, afhankelijk van de 'positie' van de verkrijger, Kroon respectievelijk gedeputeerde staten of de Commissaris van de Koningin. Zonder een dergelijke toestemming is de rechtshandeling blijkens het slot van de eerste volzin van het

derde lid slechts geldig indien het desbetreffende goed in het openbaar wordt verkocht.

Naast de in art. 3:43 neergelegde algemene regeling kent de wet op uiteenlopende plaatsen bijzondere regels die handelingsonbevoegdheid of een beperking in de handelingsbevoegdheid meebrengen. Zie nader aant. 17.

Nederlandse Antillen en Aruba

In de Nederlandse Antillen is het nieuwe vermogensrecht ingevoerd op 1 januari 2001, in Aruba op 1 januari 2002. Van eenvormigheid tussen het vermogensrecht van Nederland en dat van de Nederlandse Antillen respectievelijk Aruba is evenwel geen sprake. Zo wijkt ook de Nederlands Antilliaanse en Arubaanse tekst van art. 3:43 op onderdelen af van de Nederlandse. Zo ontbreekt in art. 3:43 lid 1 onder a ABW de in Nederland wél vigerende gerechtsauditeurs, terwijl onder de vigeur van de Antilliaanse - hier te verstaan als Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse - bepaling tevens vallen de 'procesgemachtigden'. Voorts ontbreekt in art. 3:43 lid 1 onder c ABW - begrijpelijkerwijs - de opsomming van de verschillende Nederlandse overheden en wordt volstaan met de term 'openbaar lichaam', waarmee wordt bedoeld op een publiekrechtelijk lichaam. Ten slotte kent art. 3:43 lid 3 ABW als enig mogelijk goedkeuringsmechanisme het landsbesluit. Zie voor een commentaar op de Antilliaanse regeling: G.C. van Daal en A.J. Winter, Het andere Antilliaanse vermogensrecht. De verschillen tussen het Antilliaanse en het Nederlandse vermogensrecht geduid (Studiereeks Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht (SNAAR), deel 4A), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 50-52.

5 Rechtshandelingen, strekkend tot verkrijging

Voor de werking van art. 3:43 zijn slechts van belang de rechtshandelingen die als beoogd rechtsgevolg hebben de verkrijging van bepaalde in het eerste lid nader omschreven goederen. De nietigheid heeft niet alleen betrekking op verkrijging door overdracht, maar ook op andere wijzen van verkrijging door middel van een rechtshandeling. Wat de overdracht betreft is het onverschillig op welke titel zij berust (koop, schenking, verbruikleen). Wat andere wijzen van verkrijging betreft kan bijvoorbeeld - in het bijzonder in het kader van het geval bestreken door art. 3:43 lid 1 onder a - gedacht worden aan de verkrijging van een pand- of hypotheekrecht door verkrijging van de vordering (door cessie, subrogatie of contractsovername) waaraan dat (zekerheids)recht als afhankelijk (of accessoir) recht is verbonden, terwijl over het desbetreffende pand- of hypotheekrecht een geding aanhangig is. Ten slotte zij opgemerkt dat art. 3:43, doordat het in het algemeen spreekt van 'verkrijging van goederen', mede betrekking heeft op bijvoorbeeld de vestiging en afstand van beperkte rechten (vgl. art. 3:98). Zie voor dit alles ook Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1143.

6 Verrijging: rechtstreeks of door tussenkomende personen

De aanhef van art. 3:43 lid 1, dient mijns inziens aldus te worden verstaan dat de verkrijging door de onder a-c genoemde personen hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van tussenkomende personen geschiedt. Het ware om die reden wellicht fraaier geweest indien de zinsnede 'hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomende personen' was geplaatst na de woorden 'strekken tot verkrijging'. Aldus beschouwd, dient de aanhef van art. 3:43 lid 1 te worden gelezen als: 'Rechtshandelingen die strekken tot verkrijging, hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van tussenkomende personen, door ...'.

Het is niet aannemelijk dat de wetgever bij de gebruikte tweedeling (mede) het oog heeft gehad op vormen van directe of onmiddellijke vertegenwoordiging. Immers, de door de onmiddellijke vertegenwoordiger verrichte rechtshandeling geldt rechtens als handeling van de vertegenwoordigde zelf. Een uit een dergelijke rechtshandeling

voortvloeiende verkrijging is - per definitie - een rechtstreekse verkrijging in de zin van art. 3:43 lid 1, aanhef.

Wat betreft verkrijging door tussenkomende personen valt in het bijzonder te denken aan de gevallen van indirecte of middellijke vertegenwoordiging, waarbij de tussenpersoon op eigen naam handelt, maar voor rekening van een ander, met dien verstande dat ook in dergelijke gevallen onder omstandigheden sprake kan zijn van een rechtstreekse verkrijging. Men denke aan de gevallen bestreken door art. 3:110 BW. Voorts zou in dit verband ook kunnen worden gedacht aan de gevallen waarin de handelingsonbevoegde in gemeenschap van goederen is gehuwd en diens echtgenoot (i) op eigen naam een rechtshandeling tot verkrijging van een in art. 3:43 lid 1, genoemd goed verricht, en (ii) het goed vervolgens door bijvoorbeeld overdracht verkrijgt. Het aldus door de echtgenoot verkregen goed gaat - krachtens huwelijksvermogensrecht (door boedelmenging) - tot de gemeenschap behoren. In een dergelijk geval kan, zo dunkt ons, ten aanzien van de handelingsonbevoegde worden gesproken van een verkrijging door middel van een tussenkomende persoon in de zin van de aanhef van art. 3:43 lid 1. Gelet op ratio van art. 3:43 BW (zie aant. 2) behoort de door de echtgenoot verrichte rechtshandeling nietig te zijn. Voor een geval als dit valt dan ook toepassing van art. 3:43 BW aan te nemen. De bepalingen betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen zijn eveneens van toepassing op het geregistreerd partnerschap (zie art. 1:80b), de gemeenschap van vruchten en inkomsten (vgl. art. 1:124 BW) en de variant daarop, de gemeenschap van winst en verlies (vgl. art. 1:128 BW). Ook voor die gevallen geldt dat rechtshandelingen tot verkrijging van goederen als bedoeld in art. 3:43 BW, die zijn verricht door de partner van de handelingsonbevoegde, nietig zijn.

7 De handelingsonbevoegden van lid 1 onder a

7.1 Algemeen

Met A.L. Croes (Kwartaalbericht Nieuw BW, 1984, p. 57 lk) ben ik van mening dat de opsomming van art. 3:43 lid 1 onder a minder geslaagd is. Zij heeft veeleer het karakter van een pars pro toto-vermelding dan dat van een volledige en uitputtende opsomming.

Afgezien daarvan sluit het woordgebruik van - onderdelen van - art. 3:43 niet aan bij andere hier te lande vigerende wetten. In het bijzonder geldt dit voor de in lid 1 onder a genoemde eerste vier categorieën: rechters, leden openbaar ministerie, gerechtsauditeurs en griffiers. Zoals bekend is de Wet op de rechterlijke organisatie vernieuwd ('Wet RO'; Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 582 (Wet organisatie en bestuur gerechten (wetsvoorstel 27□181)) en Stb. 2001, 583 (Wet Raad voor de rechtspraak (wetsvoorstel 27□182))). Krachtens Koninklijk Besluit van 10 december 2001, Stb. 2001, 621 zijn deze wetten, tezamen met de Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 584 (Aanpassingswet modernisering rechterlijke organisatie (wetsvoorstel 27□878)), op 1 januari 2002 in werking getreden. Zie Parl. Gesch., Herz. Wet RO, Van Mierlo/Bart, Deventer: Kluwer 2002.

Voornoemde wetten hebben niet tot wijziging of aanpassing van art. 3:43 geleid. Voor de onderhavige vier categorieën had, zo dunkt mij, aansluiting bij de terminologie uit de Wet RO voor de hand gelegen. Zie ik het goed, dan vallen de rechters, leden van het openbaar ministerie, de gerechtsauditeurs en de griffiers allemaal onder de opsomming van de 'rechterlijke ambtenaren' in art. 1 onderdeel b Wet RO.

Zie over elk van de vier categorieën nader aant. 7.2 (rechters), 7.3 (leden van het openbaar ministerie), 7.4 (gerechtsauditeurs) en 7.5 (griffiers).

7.2 Rechters

De term 'rechters' wordt in art. 3:43 noch in de toelichting daarop nader omschreven. Dit acht ik weinig gelukkig. De parlementaire geschiedenis volstaat met enige algemene aanwijzingen. Zo moet deze term ruim worden opgevat. Hij omvat mede de plaatsvervangende rechters en raadsheren (vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1143). Voorts, aldus de parlementaire geschiedenis, omvat hij de personen bedoeld in (art. 169, tweede zin, thans - na de herziening in 1983 -) art. 116 lid 3 Grondwet. Art. 116 lid 3, luidt: 'De wet kan bepalen, dat aan rechtspraak door de rechterlijke macht wordt deelgenomen door personen die niet daartoe behoren.' In dat verband kan onder meer gedacht worden aan de deskundige leden in (i) de pachtkamer binnen de sector kanton (art. 48 lid 2 Wet RO), (ii) de ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 66 lid 2 Wet RO) (in art. 72 lid 3 Wet RO (oud) werden deze leden nog aangeduid met de term 'raden') of, in zaken als bedoeld in art. 46d onderdeel i van de Wet op de ondernemingsraden, de meervoudige kamer als bedoeld in art. 66 lid 3 Wet RO in het Gerechtshof te 's-Gravenhage, en (iii) de pachtkamer van het Gerechtshof te Arnhem (vgl. art. 69 lid 2 Wet RO).

Onder de term 'rechters' moeten, wederom blijkt de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1143-1144), tevens worden verstaan 'de rechters met administratieve rechtspraak belast, daaronder begrepen hun plaatsvervangers en bijvoorbeeld de bijzondere leden als in art. 13 e.v. van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisaties.' Vertaald naar de huidige regelgeving zou ik daaronder willen verstaan de personen, plaatsvervangers daaronder begrepen, aan wie de berechting van bestuursrechtelijke geschillen (i.e. 'geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan') bij wet is opgedragen. Art. 112 lid 2 Grondwet bepaalt dienaangaande dat de berechting van dergelijke geschillen kan worden opgedragen hetzij aan de (gewone) rechterlijke macht, hetzij aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren.

Wat de eerste categorie betreft dient onder 'rechters' in de zin van art. 3:43 te worden verstaan de met bestuursrechtspraak belaste rechterlijke ambtenaren. Te denken valt hier in het bijzonder aan de (plaatsvervangende) leden van de administratieve kamers (sector bestuursrecht) bij de rechtbanken.

De tweede categorie ('gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren') ziet op de specifieke bestuurs-, zo men wil administratieve rechter. Dat is blijkens art. 1:4 Awb een onafhankelijk, bij de wet ingesteld orgaan dat met bestuursrechtspraak ('administratieve rechtspraak') is belast. Bij die laatste kan onder meer worden gedacht aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (vgl. daarvoor Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie; Wet van 16 september 1954, Stb. 1954, 416, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 23 februari 1998, Stb. 1998, 120).

Hierboven (aant. 7.1 in fine) kwam reeds de nieuwe Wet RO ter sprake. De term 'rechters' in art. 3:43 lid 1 onder a BW komt grotendeels - want de hierboven genoemde deskundige leden in de bijzondere meervoudige kamers bij de rechtbanken en de gerechtshoven vallen er niet onder - overeen met de term 'rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast' als omschreven in art. 1 onder c Wet RO, waarmee wordt bedoeld op: (i) de coördinerend vice-presidenten van, de vice-presidenten van, de raadsheren in, de raadsheren in buitengewone dienst van, de raadsheren-plaatsvervangers in, de rechters in en de rechters-plaatsvervangers in de gerechten (dat wil zeggen, gelet op art. 2 Wet RO, in respectievelijk de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad), en (ii) de president van de Hoge Raad (zie ook art. 1, onderdeel b, onder 1° en 2° Wet RO). Zoals de memorie van toelichting op art. 1 Wet RO ook aangeeft worden in onderdeel b onder 1° en 2° Wet RO louter de rechterlijke rangen opgesomd, en niet de afzonderlijke titels die de rechterlijke ambtenaren als gevolg van de werkzaamheden die zij verrichten mogen voeren, zoals bijvoorbeeld die van kantonrechter en kantonrechter-plaatsvervanger (vgl. MvT, Parl. Gesch., Herz. Wet RO, Van Mierlo/Bart, p. 302). In dit verband is wellicht op deze plaats nog van belang melding te maken van de in art. 2 lid 2 onder

b en c Wet RO (oud) gehanteerde term 'president'. De nieuwe Wet RO maakt een strikt onderscheid in de aanduiding van rechterlijke en bestuurlijke functies. De term 'president' is thans gereserveerd voor de aanduiding van de bestuurlijke functie, te weten voorzitter van het bestuur van het gerecht (art. 15 lid 2 Wet RO). De rechtsprekende functie in kort geding wordt uitgeoefend door de 'voorzieningenrechter' (zie art. 50 lid 2 Wet RO), met dien verstande dat deze in een kort geding als bedoeld in art. 254 lid 1, Rv de aanspreektitel draagt van president in kort geding (zie art. 50 lid 3 Wet RO). De voorzitter van het bestuur van het gerecht (de president) moet blijkens art. 15 lid 2 Wet RO een rechterlijke ambtenaar met rechtspraak belast zijn. In de opsomming van art. 1, onderdeel b onder 1° Wet RO komt de term 'president' niet voor. Teneinde de ten tijde van de inwerkingtreding van de nieuwe Wet RO zittende presidenten toch rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast te laten zijn, zijn zij allen met ingang van 1 januari 2002 van rechtswege benoemd tot coördinerend vice-president senior.

Toepassing van het bepaalde in art. 3:43 lid 1 onder a, is onverschillig van de vraag of de rechter in kwestie ook daadwerkelijk 'op de zaak zit' (vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145). Noodzakelijke voorwaarde - maar ook voldoende - is slechts dat het geding aanhangig is voor, kort gezegd, 'zijn' gerecht. Zie over dit laatste, nader aant. 9.

Particuliere arbiters evenals bindend adviseurs vallen niet onder de term 'rechters' in art. 3:43 lid 1 onder a.

7.3 Leden van het openbaar ministerie

Wie tot de 'leden van het openbaar ministerie' kunnen worden gerekend wordt in art. 3:43 noch in de toelichting daarop nader omschreven. De parlementaire geschiedenis volstaat met de opmerking dat tot de leden van het openbaar ministerie mede behoren de verkeersschouten en de plaatsvervangende officieren van justitie (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1144). In dit verband merk ik op dat per 1 juni 1999 (Stb. 1999, 195) de figuur van de verkeersschout hier te lande niet meer voorkomt. Dit als gevolg van de reorganisatie van het openbaar ministerie bij Wet van 19 april 1999, Stb. 1994, 194 (Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket). Bij diezelfde wet heeft ook het ambt van de procureur-generaal bij de Hoge Raad een andere positie gekregen. Tot 1 juni 1999 behoorde het tot het openbaar ministerie. Sedertdien wordt het ambt niet langer gerekend tot het openbaar ministerie (MvT, Kamerstukken II 1996/97, 25□392, nr. 3, p. 3). Desondanks ligt voor de hand om aan te nemen dat, gelet op de ratio van art. 3:43, de procureur-generaal bij de Hoge Raad bij de toepassing van art. 3:43 valt aan te merken als een lid van het openbaar ministerie.

Mede gezien het vorenstaande kan mijns inziens voor het antwoord op de vraag wie 'leden van het openbaar ministerie' zijn in de zin van art. 3:43 lid 1 onder a BW te rade worden gegaan bij art. 1 onderdeel b onder 3°-6°, Wet RO, zoals dat sedert 1 januari 2002 luidt (zie ook aant. 7.1 in fine). Daarin worden genoemd: (i) de procureur-generaal bij de Hoge Raad, alsmede de plaatsvervangend procureur-generaal, de advocaten-generaal en de advocaten-generaal in buitengewone dienst (art. 1 onderdeel b onder 3°) (ii) de procureurs-generaal die het College van procureurs-generaal vormen, bedoeld in art. 130 Wet RO (art. 1 onderdeel b onder 4°) (iii) de advocaten-generaal en de plaatsvervangende advocaten-generaal bij de ressortsparketten (art. 1 onderdeel b onder 5°), en (iv) de officieren van justitie, de plaatsvervangende officieren van justitie, de officieren enkelvoudige zittingen en de plaatsvervangende officieren bij de arrondissementsparketten en het landelijk parket (art. 1 onderdeel b onder 6°).

7.4 Gerechtsauditeurs

De gerechtsauditeurs zijn pas later in het wetgevingsproces toegevoegd aan de opsomming in lid 1 onder a. Vgl. ook art. 1 onderdeel b onder 7°, Wet RO.

7.5 Griffiers

Onder de griffiers zijn mede de substituut-griffiers en de waarnemende griffiers begrepen. Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1144.

Momenteel zijn bij de gerechten geen personen meer in het ambt van griffier benoemd (vgl. MvT, Parl. Gesch., Herz. Wet RO, Van Mierlo/Bart, p. 302). Dit verklaart ook waarom in art. 1 onderdeel b onder 8° Wet RO (in tegenstelling tot in art. 2 lid 1 onderdeel j Wet RO (oud)) nog slechts wordt gesproken van 'de griffier en de substituut griffiers bij de Hoge Raad'. De werkzaamheden van een griffier bij een rechtbank, gerechtshof of Centrale Raad van Beroep worden in belangrijke mate verricht door gerechtsambtenaren (zie voor dit begrip art. 1 onderdeel d Wet RO), die als waarnemend griffier of (bij de Centrale Raad van Beroep) als plaatsvervangend griffier zijn benoemd. Daarnaast worden deze werkzaamheden ook verricht, eveneens op basis van een benoeming als waarnemend griffier of plaatsvervangend griffier, door bij dat gerecht werkzame rechterlijke ambtenaren in opleiding, gerechtsauditeurs en zogeheten buitengriffiers (zie ook art. 14 lid 3 en 4 Wet RO). Bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven worden de griffierswerkzaamheden verricht door (gerechts)ambtenaren of buitengriffiers (NvW-1, Parl. Gesch., Herz. Wet RO, Van Mierlo/Bart, p. 325-326). Zij allen vallen onder de term 'griffiers' in art. 3:43 lid 1 onder a BW.

Niet uitgesloten moet worden geacht dat onder de categorie 'griffiers' tevens vallen de in de art. 11 Wet op de Raad van State genoemde secretaris en ambtenaren van Staat. Wat betreft hun administratief-procesrechtelijke werkzaamheden kunnen zij worden vergeleken met een griffier respectievelijk substituut-griffiers.

Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling ander gerechtelijk personeel onder het bepaalde in art. 3:43 lid 1 onder a BW te brengen. Als ander gerechtelijk personeel worden in de parlementaire geschiedenis expliciet genoemd de gerechtssecretarissen (vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145).

7.6 Advocaten

Ook advocaten zijn onder omstandigheden handelingsonbevoegd. Aanvankelijk - tot 1 september 2008 - noemde de wet op deze plaats ook de procureur. Op genoemde datum is in werking getreden de Wet afschaffing procureaat en invoering elektronisch berichtenverkeer (Wet van 20 maart 2008, Stb. 2008, 100). Sedertdien is de procureur vervallen en vervult de advocaat tevens de functie van procesvertegenwoordiger van de cliënt bij rechtbanken (exclusief kantonzaken) en gerechtshoven. In de praktijk is met het vervallen van de procureur wel geïntroduceerd het fenomeen van de zgn. procesadvocaat, die de verschillende (rol)handelingen verricht die voor 1 september 2008 werden verricht door de procureur.

In het bijzonder doet zich hier de vraag gevoelen wat dient te worden verstaan onder hetgeen aan slot van het bepaalde (in lid 1, aanhef en) onder a wordt genoemd 'het gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen.' Zie daarover aant. 9.

Personeel werkzaam op het kantoor van de advocaat, voorzover zelf geen advocaat, valt niet onder de werking van deze bepaling (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145). Men denke bijvoorbeeld aan de medewerker op een wetenschappelijk bureau van een advocatenkantoor.

Juristen in dienst van bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekeraar of een stichting rechtsbijstand (vgl. art. 18 e.v. Wet op de rechtsbijstand) vallen niet onder de hier aan de orde zijnde categorie van handelingsonbevoegden. Dit is vanzelfsprekend anders, indien deze personen staan ingeschreven als advocaat, hetgeen overigens bij de rechtsbijstandverzekeraars niet altijd voorkomt. Gelet op de ratio van de onderhavige bepaling vraag ik mij af of deze rechtshulpverleners niet over de gehele

linie - dat wil zeggen ongeacht of zij staan ingeschreven als advocaat - onder het bepaalde in art. 43 lid 1 onder a BW dienen te worden gebracht.

7.7 Deurwaarders

Er moet onder de term 'deurwaarders' blijkens de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1147) tevens worden begrepen de kandidaat-deurwaarders. De parlementaire geschiedenis verwijst in dat verband naar art. 37 van het Deurwaardersreglement, dat overigens door de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet (Wet van 16 januari 2001, Stb. 2001, 70, in werking getreden op 15 juli 2001, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 584; hierna: Gdw) inmiddels is komen te vervallen. De wetgever lijkt met dit begrip het oog te hebben op de toegevoegd kandidaat-deurwaarder. Hiermee wordt bedoeld op degene die met goed gevolg de opleiding, bedoeld in het eerste lid van art. 25 Gdw heeft doorlopen (zie art. 1, aanhef en onder d Gerechtsdeurwaarderswet) en die vervolgens overeenkomstig art. 26 Gdw ten kantore van een gerechtsdeurwaarder, daartoe door die gerechtsdeurwaarder met goedkeuring van de minister van justitie aangewezen, als toegevoegd kandidaat-gerechtsdeurwaarder werkzaam is. Zo al niet gerechtsdeurwaarder (vgl. art. 23 lid 2 onder a Gdw) valt een waarnemend gerechtsdeurwaarder als bedoeld in art. 23 Gdw mijns inziens evenzeer onder de term 'deurwaarder' van art. 3:43 lid 1 onder a BW. Hetzelfde geldt, zo dunkt mij, voor de belastingdeurwaarder als bedoeld in art. 2 lid 1, aanhef en onder j Invorderingswet 1990. Waar het Burgerlijk Wetboek de algemene term 'deurwaarder' hanteert, lijkt aannemelijk dat daarmee, gelijk in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, wordt bedoeld op zowel de gerechtsdeurwaarder als de belastingdeurwaarder.

Personeel werkzaam op het kantoor van de deurwaarder, voorzover zelf geen deurwaarder en/of toegevoegd-kandidaat-deurwaarder, valt niet onder de werking van deze bepaling. Anders dan ten aanzien van personeel van notaris- of advocatenkantoren en gerechtelijk personeel worden overigens, voorzover ik kan overzien, dienaangaande in de parlementaire geschiedenis geen opmerkingen gemaakt.

7.8 Notarissen

Het bepaalde in art. 3:43 lid 1 onder a BW is niet alleen van toepassing op notarissen maar ook op kandidaat-notarissen, zoals nader gedefinieerd in art. 1 lid 1 onder b, van de Wet op het notarisambt (Wet van 3 april 1999, Stb. 1999, 190, in werking getreden op 1 oktober 1999, zoals gewijzigd bij de Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 584). Ook deze kandidaat-notaris verricht in beginsel notariële werkzaamheden, zij het onder verantwoordelijkheid van een notaris of een waarnemer.

Onder de werking van art. 3:43 lid 1 onder a, vallen eveneens de kandidaat-notarissen die met toepassing van art. 29 Wet op het notarisambt zijn aangewezen als waarnemer van een notariskantoor of op andere grond formeel optreden als plaatsvervanger voor een notaris om wiens kantoor het gaat. Zie voor dit alles - overigens met verwijzing naar bepalingen uit de oude Wet op het notarisambt (Wet van 9 juli 1842, Stb. 1842, 20) - Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1147. Zie de huidige Wet op het notarisambt onder meer W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, De wetgeving op het notarisambt (Ars Notariatus C), Deventer: Kluwer 2000.

De vraag is gerezen of onder de term 'notarissen' tevens 'de echtgenoot van de notaris' moet worden begrepen. Het Gerechtshof te Leeuwarden beantwoordt deze vraag - onder vigeur van de oude Wet op het notarisambt - bevestigend in zijn arrest van 31 december 1993, te kennen uit HR 29 september 1995, NJ (Muller/Akkerman c.s.). Het overweegt (r.o. 9):

'Gelet op het bepaalde in art. 22 Wet op het Notarisambt (oud; bew.) strekt het bepaalde in art. 3:43, aanhef en sub a, BW zich mede uit tot de eigendomsverrijging

van het litigieuze pand door de echtgenote van Brinkman (de betrokken kandidaat-notaris; bew.), Brinksma. Zou dit immers niet het geval zijn, dan zou het bepaalde in artikel 3:43, aanhef en sub a, BW op eenvoudige wijze door de notaris c.q. de kandidaat-notaris kunnen worden ontgaan en zou aldus de strekking van voormeld artikel niet tot zijn recht komen.'

Het vorenstaande dient mijns inziens evenzeer te worden aangenomen onder vigeur van art. 19 van de huidige Wet op het notarisambt, dat blijkens de parlementaire geschiedenis (MvT, 23□706, nr. 3, p. 25) grotendeels overeenkomt met art. 22 van de oude Wet op het notarisambt. Zie over rechtshandelingen zoals bedoeld in art. 3:43 BW van een echtgenoot of een geregistreerd partner ook hetgeen aan het slot van aant. 6 wordt opgemerkt.

Personeel werkzaam op het kantoor van de notaris, voorzover zelf geen notaris of kandidaat-notaris, valt niet onder de werking van deze bepaling (vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145). Men denke bijvoorbeeld aan de notarisklerk, notariële medewerkers, enz.

8 Goederen waarover een geding aanhangig is (lid 1 onder a)

8.1 Goederen

Het begrip 'goederen' wordt nader omschreven in art. 3:1 BW. Het omvat zowel zaken als vermogensrechten. Zaken en vermogensrechten worden nader gedefinieerd in art. 3:2 en 3:6 BW.

8.2 Geding over het goed

De in art. 3:43, aanhef en onder a, BW genoemde personen zijn slechts handelingsonbevoegd indien de rechtshandeling tot verkrijging betrekking heeft op goederen, voorzover thans van belang, 'waarover een geding aanhangig is'. Wat in dit verband onder 'geding' moet worden verstaan, wordt - overigens niet geheel onbegrijpelijk - noch in art. 3:43 noch elders in het Burgerlijk Wetboek nader omschreven. Naar mijn mening kan van een geding worden gesproken zodra van een gerecht een beslissing wordt gevraagd die betrekking heeft op het goed. Het goed is derhalve objectum litis. Daarbij is mijns inziens onverschillig de wijze waarop de beslissing dient te worden gevraagd. In het burgerlijk procesrecht kan in dat verband onderscheid worden gemaakt tussen het exploit van dagvaarding, het verzoekschrift of de procedure op verlangen.

Indien het goed objectum litis is, valt met Van Erp (WPNR 1996/6208, p. 65 l.k.) aan te nemen dat het begrip 'geding' zo breed mogelijk moet worden uitgelegd. In dat verband noemt Van Erp:

- echtscheiding/verdelingsperikelen (mits het registergoed onderwerp van geschil is, KG 1995, nr. 148);
- kraakpanden waar een vordering tot ontruiming is ingesteld;
- executie door de hypotheekhouder waartegen in kort geding een verbod is geëist (HR 29 september 1995);
- huurgeschillen;
- procedures met betrekking tot naburige erven;
- fiscale beroepsprocedures (bijvoorbeeld tegen aanslagen zakelijk recht of huurwaardeforfait);
-

administratieve rechtspraak.

Een arbitrale procedure of een procedure ter verkrijging van een bindend advies valt naar mijn mening niet onder de termen van art. 3:43 lid 1 onder a BW. Immers, in die gevallen is van een gerecht waarvoor het geding aanhangig is geen sprake.

8.3 Aanhangigheid van het geding

Blijkens het slot van art. 3:43 lid 1 onder a BW dient het geding 'aanhangig' te zijn. Voor het antwoord op de vraag wanneer een geding aanhangig is, beperk ik mij op deze plaats tot het burgerlijk procesrecht. In het burgerlijk procesrecht wordt, zoals in 8.2 reeds opgemerkt, gewoonlijk een onderscheid gemaakt tussen de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure.

Een verzoekschrift wordt ingediend ter griffie (art. 278 lid 2 Rv). Het geding geldt op dát moment als aanhangig in de zin van art. 3:43 BW. Betwijfeld kan worden of dit ook moet gelden voor de indiening van een beslagrekest op de voet van art. 700 Rv. Gelet op de bijzondere aard van die procedure zou ik daarvoor dan ook in beginsel (bijzondere omstandigheden daargelaten) een uitzondering willen aannemen, aldus dat een verkrijging door één van de in art. 3:43 lid 1 onder a BW genoemde personen van een goed ten aanzien waarvan op het moment van de verkrijging een beslagrekest is ingediend niet wordt getroffen door nietigheid. Als extra argument geldt in dit verband overigens dat over het goed in kwestie geen geding aanhangig is (zie ook hierboven onder 8.2). Het vorenstaande geldt evenzeer indien op het rekest verlop van de voorzieningenrechter is verkregen en de verzoeker op basis daarvan beslag legt. Ook dan geldt voor een latere verkrijging door een van de in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder a BW genoemde personen niet het bepaalde in art. 3:43 BW - over het beslagen goed is immers in termen van art. 3:43 BW geen geding aanhangig -, maar wordt de verkrijging in weerwil van het conservatoire beslag 'getroffen' door de algemene regel van beslagrecht dat een vervreemding van een goed tot stand gekomen nadat op dit goed beslag is gelegd niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Men zie bijvoorbeeld voor roerende zaken art. 453a lid 1 Rv, voor vorderingen op naam art. 475h Rv en voor onroerende zaken art. 505 lid 2 Rv. Zie wat dit laatste betreft evenwel ook het bepaalde in art. 505 lid 3 Rv. Over deze kwestie is mij geen gepubliceerde rechtspraak bekend. Rechtbank Leeuwarden 1 februari 2006 (niet gepubliceerd) meent dat het begrip 'geding', gelet op het absolute karakter van het in art. 3:43 BW neergelegde verbod en de ratio ervan, zo breed mogelijk dient te worden uitgelegd en dat - anders dan hierboven verdedigd - ervan moet worden uitgegaan dat een goed waarop beslag rust heeft te gelden als een goed waarover een geding aanhangig is. Door de algemene regel van het beslagrecht dat een vervreemding van een goed, tot stand gekomen nadat op dit goed beslag is gelegd, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen wordt, aldus de rechtbank, slechts de beslaglegger beschermd, en niet (ook) het algemeen belang. Het tegen de onderhavige uitspraak ingestelde hoger beroep is niet doorgezet. Partijen hebben een schikking bereikt, nadat was gebleken dat de appeldagvaarding niet tijdig op de voet van art. 3:27 lid 2 tweede volzin BW, was ingeschreven in het rechtsmiddelenregister (art. 433 Rv). Niet uitgesloten is dat in de gedachtevorming van de rechtbank in dit concrete geval een rol heeft gespeeld de bijzondere omstandigheden waaronder de 'verkrijger' (een advocatenkantoor) de zaak heeft verkregen, welke omstandigheden - gelet op de ratio van art. 3:43 BW - niet erg in het voordeel van de verkrijger pleitten. Op zich is de uitkomst in dit geval dan ook niet verwonderlijk. In de aansprakelijkheidszaak die volgde omdat de appeldagvaarding niet tijdig was ingeschreven, komt Rechtbank Almelo in haar vonnis van 10 december 2008 (zaaknummer 89114HA ZA 07-902) tot eenzelfde benadering als de Rechtbank Leeuwarden waar het gaat om de uitleg van het begrip 'geding' in art. 3:43 BW. In r.o. 6.17 geeft de Rechtbank nog eens de bijzondere omstandigheden aan waaronder het onderhavige geval zich afspeelde en komt de

Rechtbank tot de conclusie dat de beslissing van het Hof Leeuwarden juist is en dat 'het Hof het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden dan ook [had] bekrachtigd'. In de dagvaardingsprocedure kan worden onderscheiden tussen het moment van het uitbrengen of betekenen van de dagvaarding aan de wederpartij en de inschrijving van de zaak ter rolle op de voet van art. 125 Rv. In de literatuur van vóór de Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 580, tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg in burgerlijke zaken (zie Parl. Gesch., Van Mierlo/Bart, Herz. Burg. Procesrecht, Deventer: Kluwer, 2002) wordt veelal aangenomen dat een procedure aanhangig is met de betekening van de dagvaarding. Zie onder meer Sniijders, Ynzonides en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 2002 (derde druk), nr. 133, met verwijzing naar HR 17 juni 1947, NJ 1947, 385 en HR 18 februari 1994, NJ 1994, 606 (Zoontjes/Kijlstra; m.nt. H.E. Ras). De Hoge Raad gaat in HR 24 maart 2000, NJ 2000, 601 (m.nt. H.J. Sniijders) in het kader van de Faillissementswet van een iets genuanceerdere opvatting uit, die overigens naar onze mening in het kader van art. 3:43 BW niet tot een andere uitkomst leidt. Indien in enig wetsartikel zonder nadere omschrijving sprake is van het aanhangig zijn van een zaak, aldus de Hoge Raad, moet naar aard en strekking van het voorschrift worden beoordeeld of in de zin van dat artikel het geding reeds als aanhangig geldt door het uitbrengen der dagvaarding dan wel daarvoor bovendien nodig is inschrijving ter rolle van het gerecht waarvoor gedagvaard is. Gelet op aard en strekking van art. 3:43 BW - zie aant. 2 - is ons inziens een procedure reeds aanhangig in de zin van art. 3:43 BW met het uitbrengen van de dagvaarding. Deze opvatting sluit ook aan bij het op 1 januari 2002 ingevoerde art. 125 lid 1 Rv dat met zoveel woorden bepaalt dat het geding aanhangig is vanaf de dag der dagvaarding (zie dienaangaande Parl. Gesch., Van Mierlo/Bart, Herz. Burg. Procesrecht, p. 311 e.v.). De dag van dagvaarding ziet dan op de dag waarop de dagvaarding aan gedaagde is betekend overeenkomstig het bepaalde in afdeling 1.6, art. 45 e.v. Rv. Zie voor het verval van aanhangigheid, indien verzuimd wordt de betekende dagvaarding in te schrijven ter rolle: art. 125 lid 3 Rv. Om met de woorden van Asser/Kamphuisen, (p. 46) te spreken, geldt ook hier: '[Z]elfs de schijn mag niet gewekt worden dat personen behorende tot het rechtsapparaat in de ruime zin van het woord, belang zouden nemen bij de afloop van een geding.' In het kader van deze bepaling is nog interessant wat rechtens geldt indien in een procedure een eindvonnis is gewezen en de termijn van beroep of cassatie nog loopt. Met Asser/Kamphuisen, p. 47, ben ik van oordeel dat ook in zo'n geval van een aanhangig geding moet worden gesproken. Verkrijgingen hangende de beroepstermijn worden door nietigheid getroffen. De in art. 3:43 lid 1 onder a BW genoemde personen moeten zich onthouden van aankoop van goederen waarover in eerste aanleg in 'hun gerecht' (zie daarover nader aant. 9) een einduitspraak is gewezen, indien de appel- of cassatietermijn nog loopt. Hetzelfde geldt voor verkrijgingen op een tijdstip waarop tegen de einduitspraak in kwestie reeds hoger beroep is ingesteld. Zie voor dat geval HR 29 september 1995, NJ 1996, 104 (Muller/Akkerman c.s.). Zie ook A-G De Vries-Lentsch in haar conclusie (onder 15) vóór dit arrest.

9 Gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen (lid 1 onder a in fine)

De in art. 3:43 lid 1 onder a BW genoemde personen zijn handelingsonbevoegd, indien het geding aanhangig is voor het gerecht, onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen. Wij bespreken achtereenvolgens de rechterlijke ambtenaren (rechters, leden openbaar ministerie, gerechtsauditeurs en griffiers) (aant. 9.1), de advocaten (aant. 9.2), de deurwaarders (aant. 9.3) en de notarissen (aant. 9.4).

9.1 Rechterlijke ambtenaren

Voor de eerste vier genoemde categorieën - rechters, leden openbaar ministerie, gerechtsauditeurs en griffiers (groteneels gaat het dan om de rechterlijke ambtenaren in de zin van art. 1 onderdeel b, Wet RO; zie ook aant. 7.2) - geldt als 'het gerecht onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen' het gerecht waarin of waarbij zij werkzaam zijn. Wat betreft rechtbanken is het daarbij mijns inziens onverschillig in welke sector - kanton, civiel, straf of bestuurs - het geding aanhangig is. Een en ander leidt ertoe dat een rechtshandeling tot verkrijging door een rechterlijke ambtenaar uit de sector bestuursrecht van rechtbank X van een goed waarover voor de civiele rechter bij rechtbank X, ongeacht in welke sector (i.e. kanton of civiel), een geding aanhangig is, nietig is. Appel tegen een einduitspraak van rechtbank X bij hof Y, laat de handelingsonbevoegd van de rechterlijk ambtenaar in rechtbank X onverlet. In termen van art. 3:43 lid 1 onder a BW is in een dergelijk geval ook (of wellicht: nog altijd) sprake van een geding aanhangig voor het gerecht, onder welks rechtsgebied de rechterlijk ambtenaar zijn bediening uitoefent. Appel leidt in het onderhavige voorbeeld overigens tot een uitbreiding van de kring van handelingsonbevoegden; naast de rechterlijke ambtenaren in rechtbank X zijn ook de rechterlijke ambtenaren in hof Y handelingsonbevoegd. Zolang in het onderhavige voorbeeld geen hoger beroep is ingesteld, is evenwel van Handelingsonbevoegdheid bij de rechterlijke ambtenaren in hof Y geen sprake.

Ten aanzien van de rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast in de rechtbanken en de gerechtshoven (zie art. 1, onderdeel b, onder 1° Wet RO) geldt nog een bijzonder probleem. Art. 40 lid 2 Wet RO bepaalt dat de rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast in een rechtbank (gedoeld wordt op de coördinerend vice-presidenten, vice-presidenten, rechters en rechter-plaatsvervangers, zie art. 40 lid 1 Wet RO) van rechtswege rechter-plaatsvervanger zijn in de overige rechtbanken. Voor de gerechtshoven bestaat mutatis mutandis eenzelfde bepaling, art. 58 lid 2 Wet RO. De vraag rijst of voor deze ambtenaren geldt dat zij, gezien de ratio van art. 3:43 BW (zie aant. 2), nimmer een goed kunnen verkrijgen waarover een geding aanhangig is bij eenzelfde gerecht als het gerecht waarin zij zijn benoemd. Immers, gelet op het bepaalde in art. 40 lid 2 respectievelijk art. 58 lid 2 Wet RO, zijn alle rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast van rechtswege rechter- of raadsheer-plaatsvervanger in alle andere - soortgelijke - gerechten. Deze opvatting lijkt ons wat ver voeren, in het bijzonder indien de ambtenaar in kwestie nimmer in het - 'andere' - gerecht (waar het geschil aanhangig is) heeft gezeten. Rechtspraak op dit punt is mij niet bekend.

9.2 Advocaten

Advocaten worden ingeschreven op het tableau van de Nederlandse Orde van Advocaten (art. 1 Advocatenwet). De advocaat is als zodanig bevoegd om voor alle rechterlijke colleges binnen het Rijk op te treden (art. 11 Advocatenwet). Advocaten zijn verplicht kantoor te houden. Zij mogen slechts in één arrondissement op één locatie kantoor houden (art. 12 lid 1 Advocatenwet). Voor de hand ligt om aan te nemen dat het arrondissement waarbinnen kantoor wordt gehouden beslissend is voor de vraag 'onder welks rechtsgebied' de advocaat zijn bediening uitoefent. Met ingang van 1 januari 2002 zijn de kantongerechten opgeheven en bestuurlijk ondergebracht in de sector kanton van de rechtbank. In een kantonzaak (zie dienaangaande art. 93 e.v. Rv) bestaat geen verplichting tot procesvertegenwoordiging. Zie art. 79 lid 1 Rv. Bij een procedure ten overstaan van een kantonrechter is dan ook wat betreft een advocaat van een 'uitoefening van de bediening' zoals bedoeld in art. 3:43 lid 1 onder a BW geen sprake. Het is om die reden dat het lijkt alsof een verkrijging door een advocaat van een goed waarover een geding aanhangig is bij de sector kanton van de rechtbank binnen welks arrondissement hij kantoor houdt, niet met nietigheid op de voet van art. 3:43 BW wordt bedreigd. Te hunne aanzien zou overigens ook verdedigd kunnen worden dat zij, gezien de ratio van art. 3:43 BW en het feit dat zij overal mogen pleiten, nimmer

een goed kunnen verkrijgen waarover - bij welk gerecht in Nederland dan ook - een geding aanhangig is. Aldus in het kader van art. 1504 (oud) BW Asser/Kamphuisen, p. 47. Deze opvatting voert mijns inziens te ver. Beperking tot zaken aanhangig voor het gerecht binnen welks rechtsgebied zij kantoor houden op de voet van art. 12 lid 1 Deurwaarderswet, lijkt mij reëler.

9.3 Deurwaarders

Wat betreft het gerecht, onder welks rechtsgebied de gerechtsdeurwaarder zijn bediening uitoefent, merk ik het volgende op. Tot aan de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet (Wet van 16 januari 2001, Stb. 2001, 70, in werking getreden op 15 juli 2001, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 584) kon een deurwaarder zijn ambtshandelingen in beginsel slechts uitoefenen in het arrondissement van het gerecht of de gerechten waarbij hij is aangesteld (zie art. 8 lid 1 van het inmiddels vervallen Deurwaardersreglement). Met het oog op art. 3:43 lid 1 onder a BW gold toen als 'het gerecht onder welks rechtsgebied hij zijn bediening uitoefent' het gerecht of de gerechten waarbij de deurwaarder is aangesteld. Sedert 15 juli 2001 is de gerechtsdeurwaarder blijkens art. 3 lid 1 Gdw bevoegd tot het verrichten van ambtshandelingen op het grondgebied van Nederland. Voor de vraag wat thans geldt als het gerecht onder welks rechtsgebied de gerechtsdeurwaarder zijn bediening uitoefent, dient mijns inziens te worden gekeken naar de in het Koninklijk Besluit houdende de benoeming van de gerechtsdeurwaarder aangegeven plaats van vestiging van de gerechtsdeurwaarder (zie art. 4 lid 1 Gdw). In de zin van art. 3:43 lid 1 onder a BW oefent de gerechtsdeurwaarder zijn bediening uit voor de rechtbank van het arrondissement waarin zijn in het KB aangegeven plaats van vestiging is gelegen. Gaat het daarbij om rechtbank X, dan geldt in termen van art. 3:43 lid 1 onder a BW een bij gerechtshof Y ingesteld hoger beroep tegen een uitspraak van rechtbank X evenzeer als een geding aanhangig voor het gerecht onder welks rechtsgebied de gerechtsdeurwaarder zijn bediening uitoefent.

9.4 Notarissen

Notarissen worden benoemd bij koninklijk besluit. In dat besluit wordt de plaats van vestiging - voorheen: de standplaats - aangegeven. Onder vigeur van de oude Wet op het notarisambt oefenden notarissen hun ambtsbediening uit in de gehele omtrek van het arrondissement waarin hun standplaats is gevestigd. Onder die wet viel in elk geval aan te nemen dat de notaris - naar de tekst van art. 43 BW - zijn bediening uitoefent voor de rechtbank van het arrondissement waarin zijn standplaats is gelegen. In deze zin oordeelde Hof Leeuwarden in een arrest van 31 december 1993 (r.o. 5), te kennen uit HR 29 september 1995, NJ 1996, 104 (Muller/Akkerman c.s.). Met A-G De Vries Lentsch in haar conclusie voorafgaande aan dit arrest (onder 14) zouden ik willen aannemen dat een notaris zijn bediening niet slechts uitoefent onder het rechtsgebied van de rechtbank van het arrondissement waarin zijn standplaats is gelegen, maar ook onder het rechtsgebied van het gerechtshof in het desbetreffende ressort voorzover dat zich uitstrekt over het arrondissement waarin de vestigingsplaats van de notaris is gelegen.

Aan het vorenstaande doet ons inziens niet af dat de notaris thans op basis van art. 13 van de huidige Wet op het notarisambt (Wet van 3 april 1999, Stb. 1999, 190, in werking getreden op 1 oktober 1999) ook buiten zijn plaats van vestiging, mits op het grondgebied van Nederland, ambtelijke werkzaamheden kan verrichten. In het kader van art. 3:43 BW dringt zich hier een gelijkenis met de positie van de advocaat en de gerechtsdeurwaarder op. Zie dienaangaande aant. 9.2 en 9.3.

10 Amtenaren door of ten overstaan van wie goederen worden verkocht (lid 1 onder b)

10.1 Herkomst art. 3:43 lid 1 onder b BW

Onder het tot 1 januari 1992 vigerende Burgerlijk Wetboek was in de titel van koop en verkoop in art. 1506 lid 1 (oud) BW bepaald dat het op straffe van nietigheid aan bewindvoerders van zaken, aan het rijk, de gewesten, de gemeenten, of aan andere openbare instellingen toebehorende, welke aan hun zorg en beheer waren toevertrouwd, verboden was deze zaken onderhands te verwerven. Onder dit verbod vielen tevens de gemeenteraadsliden en de burgemeesters. De Kroon kon blijkens art. 1506 lid 2 BW (oud) van dit verbod vrijstelling verlenen. Toen in 1972 het voorontwerp van boek 7 van het nieuw BW (Koop en ruil) het licht zag, was het uitgangspunt dat art. 1506 (oud) BW zou komen te vervallen en dat de regeling van deze problematiek zou worden ondergebracht in voorschriften van administratief recht. Uiteindelijk heeft de wetgever toch ervoor gekozen de onderhavige materie te regelen in het Burgerlijk Wetboek. De reden hiervoor is dat het weinig doelmatig is dezelfde bepaling op te nemen in allerlei wetten zoals de Wet op de rechterlijke organisatie, de Advocatenwet, de Wet op het notarisambt, de Provinciewet, de Gemeentewet, de Ambtenarenwet, enz. Bovendien zou de samenhang tussen de verschillende bepalingen gemakkelijk uit het oog kunnen worden verloren, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de bepalingen op verschillende manieren zouden worden geïnterpreteerd of gewijzigd (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145).

10.2 Ambtenaren

Een ambtenaar is een persoon die is aangesteld in openbare dienst, d.w.z. in een door de staat of een openbaar lichaam beheerde dienst of bedrijf (zie art. 1 lid 1 Ambtenarenwet 1929). Een ambtenaar wordt door middel van een publiekrechtelijke aanstellingsbeschikking de hoedanigheid van ambtenaar toegekend en is als zodanig aan de overheid verbonden. Een persoon waarmee een arbeidscontract is gesloten naar burgerlijk recht, is geen ambtenaar (zie art. 1 lid 3 Ambtenarenwet 1929). Tot de openbare dienst behoren alle diensten en bedrijven die door de Rijksoverheid, de provinciale overheid, de gemeentelijke overheid en andere openbare lichamen worden beheerd. Hieronder vallen echter niet de privaatrechtelijk georganiseerde diensten zoals stichtingen, verenigingen, naamloze of besloten vennootschappen waarin een overheidslichaam door middel van (bestuurs-) lidmaatschappen of aandelen participeert.

10.3 Een ambtenaar door wie goederen worden verkocht

Bij een ambtenaar die goederen verkoopt valt te denken aan een deurwaarder in het kader van een executoriale verkoop of aan de Ontvanger der belastingen.

10.4 Een ambtenaar ten overstaan van wie goederen worden verkocht

Op grond van art. 3:268 lid 1 BW heeft een hypotheekhouder de bevoegdheid het verbonden goed in het openbaar ten overstaan van een bevoegde notaris te doen verkopen. De notaris ten overstaan van wie het verbonden goed wordt verkocht, is een ambtenaar in de zin van art. 3:43 lid 1 onder b BW.

11 Personen met openbaar gezag bekleed (lid 1 onder c)

11.1 Welke personen?

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met de term 'personen met openbaar gezag bekleed' wordt bedoeld op personen die deel uitmaken van de organen van publiekrechtelijke instellingen, die de aan deze instellingen toebehorende goederen beheren en de bevoegdheid hebben daarover te beschikken. Hieronder vallen mede de gemeenteraadsliden (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1144). Dit betekent dat wanneer een gemeenteraadslid een niet meer in gebruik zijnde pand dat

toebehoort aan de gemeente onderhands koopt, deze koop nietig is, tenzij het gemeenteraadslid goedkeuring heeft verkregen op de voet van art. 3:43 lid 3 BW (zie aant. 15).

11.2 Ambtenaren?

In beginsel behoren ambtenaren niet tot de in art. 3:43 lid 1 onder b BW genoemde categorie personen met openbaar gezag bekleed. Dit is anders, indien een ambtenaar op grond van delegatie, mandaat of volmacht met openbaar gezag is bekleed. In een dergelijk geval valt de ambtenaar in kwestie eveneens onder deze bepaling.

12 Sancties

Het slot van het eerste lid bepaalt dat de door art. 3:43 bestreken rechtshandelingen (i) nietig zijn en (ii) de verkrijgers verplichten tot schadevergoeding. In voorkomend geval bestaat bovendien (iii) een verplichting tot herstel in de vorige toestand.

12.1 Nietigheid van rechtswege

De rechtshandeling strekkend tot de gewraakte verkrijging is van rechtswege nietig, hetgeen zo veel wil zeggen dat noch een beroep op art. 3:43 BW noch een rechterlijk vonnis noodzakelijk is om het rechtsgevolg van de rechtshandeling - verkrijging door de handelingsonbevoegde van het nader omschreven goed! - te doen uitblijven. De nietigheid heeft uit haar aard een werking ex tunc. De nietigheid treedt als het ware in op hetzelfde moment waarop de litigieuze rechtshandeling werd verricht.

Zij heeft niet slechts betrekking op verkrijging door overdracht, maar, zoals wij reeds in aant. 5 hebben gezien, op alle wijzen van verkrijging door middel van een rechtshandeling. Men denke aan de verkrijging van een hypotheekrecht door cessie van de vordering waaraan het is verbonden of door contractuele subrogatie (art. 6:150, aanhef en onder d).

In geval van overdracht (be)treft de nietigheid blijkens de wetsgeschiedenis niet alleen de overdracht, maar ook de titel die daaraan ten grondslag ligt (zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1143). Nietigheid van de titel heeft reeds op grond van het in art. 3:84 lid 1 neergelegde causale stelsel nietigheid van de overdracht tot gevolg. Immers, er komt geen overdracht tot stand indien deze ten gevolge van het bepaalde in art. 3:43 een geldige titel ontbeert.

Art. 3:43 gaat over rechtshandelingen die onder bepaalde voorwaarden nietig zijn. Men kan de vraag stellen of hier al dan niet sprake is van een contradictio in terminis? Immers, hoe kan men een rechtshandeling die per definitie (beoogde) rechtsgevolgen heeft als nietig kwalificeren? Zie over deze kwestie de bijdragen van onder meer Van Schilfgaarde (WPNR 1982/5621 en WPNR 1982/5622), De Graaf (WPNR 1983/5636 en WPNR 1983/5650) en Loth (WPNR 1983/5650)). Het praktisch belang van deze discussie - hoe dogmatisch interessant die ook is - is niet groot. Ik volsta op deze plaats dan ook met een verwijzing naar bovengenoemde WPNR-bijdragen. Zie ook Jac Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), 1998, p. 110-113, met verdere literatuurverwijzingen.

12.2 Schadevergoeding

Het is denkbaar dat de nietige rechtshandeling voor de wederpartij van de in het eerste lid van art. 3:43 bedoelde persoon schade oplevert. Er is bijvoorbeeld een onroerende zaak overgedragen, welke overdracht later nietig blijkt te zijn. In verband met deze overdracht kunnen door de vervreemder allerlei kosten zijn gemaakt. De wet stelt hier buiten kijf dat deze kosten bij wege van schadevergoeding dienen te worden vergoed door de - handelingsonbevoegde - verkrijger.

Voor toewijzing van een vordering tot schadevergoeding lijkt voldoende dat de vervreemder stelt dat de verkrijger op grond van het bepaalde in art. 3:43 lid 1 BW

handelingsonbevoegd was en dat door hem door de nietigheid van de rechtshandeling schade ten bedrage van €□x,- is geleden. Bij betwisting van de schade-omvang, rust de bewijslast op de vervreemder. De verplichting tot schadevergoeding is bij stilzwijgen van de wet dienaangaande niet afhankelijk van de vraag of de verkrijger in deze al dan niet onrechtmatig handelen kan worden verweten. Op dit punt wijkt het bepaalde in art. 3:43 BW af van hetgeen in het algemeen wordt geleerd met betrekking tot het sluiten van nietige rechtshandelingen. Zie daarover onder meer Asser/Hartkamp II, nr. 488.

12.3 Herstel in de vorige toestand

Indien aan de rechtshandeling in kwestie reeds uitvoering is gegeven, zal herstel in de vorige toestand moeten plaatsvinden. Het recht op en de verplichting tot teruggave van het goed vloeien voort uit art. 6:203 e.v. BW (onverschuldigde betaling). Zie Asser/Hartkamp III, nr. 315 e.v.

13 Bekrachtiging

Art. 3:43 BW is van openbare orde. Vraag is of de op grond van art. 3:43 BW nietige rechtshandeling kan worden bekrachtigd op de voet van art. 3:58 BW. Stel één van de in art. 3:43 BW genoemde handelingsonbevoegden (X) koopt van Y een goed waarover reeds geruime tijd tussen Y en Z een geding aanhangig is. De rechtshandeling in kwestie is nietig op de voet van art. 3:43 lid 1, aanhef en onder a, BW. Kort nadien beëindigen Y en Z hun geschil door middel van een minnelijke regeling en eindigt het geding definitief door royement (vgl. art. 246 e.v. Rv). Vervolgens levert Y het goed aan X. Vraag: is hiermee de aanvankelijk nietige overeenkomst tussen X en Y bekrachtigd? Met Van Erp in zijn WPNR-bijdrage (1996/6208, p. 66 rechterkolom) zou ik deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Indien alle betrokkenen (X en Y) in de periode tussen verkoop en levering de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt, valt aan te nemen dat door het eindigen van het geding tussen Y en Z de koopovereenkomst X-Y op grond van art. 3:58 BW geldig wordt.

Enigszins misleidend in dit verband is HR 1 april 1881, W 4627 (Tripels/Clement) dat in het kader van één van de voorlopers van art. 3:43 BW, art. 1504 BW (oud), onder meer overweegt:

'dat het voorschrift als zoodanig zonder twijfel de openbare orde betreft, en hieruit voortvloeit dat de nietigheid, welke tegen de in strijd daarmee begane handeling is bedreigd, is van zoodanigen aard, dat die handeling door geene latere handeling of erkenning kan worden gedekt of bekrachtigd, maar de nietigheid daarvan altijd en in iedere stand van het geding kan worden ingeroepen.'

In het aan de Hoge Raad voorgelegde geval ging het evenwel niet om een geval bestreken door art. 3:58 BW, dat wil zeggen om een geval waarin na het verrichten van de litigieuze rechtshandeling het de rechtsgeldigheid van die rechtshandeling belettende geding ophield te bestaan. De Hoge Raad leert dat in zo een geval een uitdrukkelijke latere handeling of verklaring van partijen niet alsnog de geldigheid kan bewerkstelligen. Dit wordt ook niet bestreken door art. 3:58 BW. Bovendien is art. 3:58 BW een bepaling die onder het oude recht - en in ieder geval in 1881 - niet bestond.

In het kader van art. 3:58 BW zijn nog andere voorbeelden te noemen. Ik wijs op de in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder c BW bedoelde verkrijging door personen met openbaar gezag bekleed. Denkbaar is dat een dergelijke persoon een rechtshandeling tot verkrijging van een goed als bedoeld in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder c BW verricht zónder goedkeuring van de in art. 3:43 lid 3 BW genoemde instantie. In dat geval ontbreekt een voor de geldigheid van de rechtshandeling in kwestie gesteld wettelijk vereiste. Wordt de goedkeuring door de relevante instantie achteraf alsnog verleend en wordt overigens voldaan aan het bepaalde in art. 3:58 lid

1 BW, dan is daarmee naar onze mening de rechtshandeling bekrachtigd. Zie ook aant. 15.1.

14 Uiterste wilsbeschikkingen en toedelingen (lid 2)

14.1 Herkomst art. 3:43 lid 2 BW

Naar aanleiding van een kritisch artikel van A.L. Croes (Artikel 3.2.9 Nieuw BW, of de ups en downs van de art. 1504-1506 BW, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1984, p. 55-58) is tijdens het wetgevingsproces aan art. 3:43 BW een tweede lid toegevoegd.

14.2 Betekenis

Art. 3:43 lid 2 BW maakt een uitzondering op de regel van art. 3:43 lid 1, aanhef en onder a BW voor het geval van uiterste wilsbeschikkingen ten behoeve van wettelijke erfgenamen die (i) ten tijde van het proces worden gemaakt, dan wel (ii) op dat tijdstip tot uitkering komen (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1146). Van elk van deze beide gevallen een voorbeeld.

Ad (i)

Ten tijde van een proces bij de rechtbank Groningen over A's buitenverblijf op het Groningse platteland legateert A dit verblijf aan B, rechter te Groningen. Vóórdat de nalatenschap openvalt en het legaat wordt uitgekeerd is het proces in het voordeel van A beslist. De uiterste wilsbeschikking is in dit geval nietig. Dit is op grond van art. 3:43 lid 2 BW slechts anders, indien rechter B een wettelijke erfgenaam van A is.

Ad (ii)

A legateert zijn buitenverblijf op het Groningse platteland aan B, rechter te Groningen. Een jaar later begint buurman C een rechtzaak tegen A m.b.t. zijn buitenverblijf bij rechtbank Groningen. De nalatenschap valt open en het legaat wordt uitgekeerd tijdens het proces. In dit geval is de overdracht nietig, tenzij B een wettelijke erfgenaam is van A.

14.3 Uiterste wilsbeschikking

De wet omschrijft in art. 922 van Boek 4 BW (oud) een testament of uiterste wil als een akte, houdende een verklaring van hetgeen iemand wil, dat na zijn dood zal geschieden en welke akte door hem kan worden herroepen. Volgens het op 1 januari 2003 ingevoerde Boek 4 BW (Erfrecht) is een uiterste wilsbeschikking een ongerichte eenzijdige rechtshandeling die een persoon voor zich verricht, en die ertoe strekt om eerst na zijn overlijden te werken. Zie art. 4:42 lid 1 BW, alsmede Asser/Perrick 2002 (6A), nr. 106 e.v.

15 Verkrijging met goedkeuring of bij openbare verkoop (lid 3)

15.1 Goedkeuring

In afwijking van het bepaalde in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder b BW bepaalt lid 3 van art. 3:43 BW dat een rechtshandeling strekkende tot verkrijging door een persoon met openbaar gezag bekleed (zie aant. 11.1) van goederen die toebehoren aan het Rijk, provincies, gemeenten of andere openbare instellingen en aan hun beheer zijn toevertrouwd, wel geldig is, indien de rechtshandeling is geschied met 'Onze goedkeuring'. Betreft het een willekeurige ambtenaar bekleed met openbaar gezag, dan dient de toestemming te worden gegeven door de Kroon. Gaat het om een gemeenteraadslid, dan moet de goedkeuring worden gegeven door gedeputeerde staten. Een burgemeester behoeft de toestemming van de Commissaris van de Koningin.

15.2 Vooraf of achteraf?

De tekst van art. 3:43 lid 3 BW wekt de suggestie dat de goedkeuring moet zijn verkregen voorafgaande aan de verkrijging. Immers, de rechtshandeling in kwestie is geldig, 'indien zij met Onze goedkeuring is geschied'. Mijns inziens staat niets eraan in de weg dat de goedkeuring achteraf wordt verleend. Wordt in zo'n geval voldaan aan het bepaalde in art. 3:58 lid 1 BW, dan is de aanvankelijk nietige rechtshandeling bekrachtigd en daarmee verworpen tot een geldige rechtshandeling. Zie ook aant. 13.

15.3 Openbare verkoop

Een rechtshandeling in het geval bedoeld in art. 3:43 lid 1, aanhef en onder c BW is eveneens geldig indien het een verkoop in het openbaar betreft.

16 Overgangsrecht

De overgangswetgeving gaat uit van onmiddellijke werking (art. 68a Overgangswet; 'Ow'); art. 3:43 BW is vanaf de inwerkingtreding op 1 januari 1992 in principe ook van toepassing op reeds vóór die datum verrichte rechtshandelingen.

Art. 79 Ow bepaalt evenwel, voorzover thans van belang, dat (tenzij anders is bepaald) een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig is ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht aanmerkt als een grond van nietigheid. Een voorbeeld ter toelichting. Art. 1504 (oud) BW kende een soortgelijke opsomming van handelingsonbevoegde personen als art. 3:43 lid 1, onder a BW, met dien verstande dat onder het oude recht de gerechtsauditeur niet in de opsomming voorkwam. Stel: een gerechtsauditeur verkrijgt vóór 1 januari 1992 door koop en levering een goed waarover een geding aanhangig is voor - kort gezegd - het gerecht waar hij werkzaam is. De rechtshandeling is naar oud recht geldig, naar huidig recht is zij nietig. Door inwerkingtreding van art. 3:43 BW wordt de rechtshandeling in kwestie achteraf, dat wil zeggen ná 1 januari 1992, niet als nietig beschouwd. De rechtshandeling blijft derhalve intact.

Zie over art. 79 Ow onder meer Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 75 e.v.

17 Enige voorbeelden van handelingsonbevoegdheid buiten art. 43 BW

Naast de algemene regeling van art. 3:43 kent het Burgerlijk Wetboek op uiteenlopende plaatsen bijzondere regels die handelingsonbevoegdheid of een beperking in de handelingsbevoegdheid meebrengen. Ik volsta met een summiere behandeling van een aantal voorbeelden. Zie uitgebreider onder meer A.J.M. Nuytink, *Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), 1987, p. 13 e.v.

17.1 Art. 1:88 BW

De ene echtgenoot die een rechtshandeling als omschreven in art. 1:88 lid 1 onder a-d BW wil verrichten, is daartoe zonder de toestemming van de andere echtgenoot onbevoegd. Ontbreekt deze toestemming, dan is de rechtshandeling vernietigbaar. Inroeping van de nietigheid kan slechts geschieden door de andere echtgenoot (vgl. art. 1:89 BW). Nadien is de rechtshandeling jegens een ieder nietig. Zie hierover onder meer Asser/De Boer, nr. 236-264 en M.J.A. van Mourik, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht*, nr. 103-111.

17.2 Art. 1:344-357 BW

Een voogd kan voor de minderjarige alle handelingen verrichten die hij in diens belang noodzakelijk, nuttig of wenselijk acht, onverminderd zijn aansprakelijkheid voor de door zijn slecht bewind veroorzaakte schade (art. 1:343 BW). De art. 1:344-357 BW houden verschillende beperkingen van de handelingsbevoegdheid van de

voogd in. Zo is de voogd onbevoegd zonder machtiging van de kantonrechter de in art. 1:345 BW lid 1, onder a-e, BW genoemde rechtshandelingen voor rekening van de minderjarige te verrichten, terwijl hij evenmin bevoegd is om goederen van de minderjarige te kopen, huren of pachten zonder goedkeuring van de kantonrechter (vgl. art. 1:346 BW). Ontbreekt de machtiging respectievelijk de goedkeuring van de kantonrechter, dan is de rechtshandeling vernietigbaar (zie art. 1:347 lid 1 BW). Verder is de voogd onbevoegd, zonder goedkeuring van de kantonrechter, van een derde te verkrijgen een inschuld ten laste van de minderjarige of enig beperkt recht op goederen van de minderjarige. Ontbreekt de goedkeuring, dan is de sanctie een andere. De overeenkomst is van rechtswege nietig (art. 1:348 lid 2 BW). Zie nader Asser/De Boer, nr. 943-955 en 957-960. Zie ook A.J.M. Nuytinck, Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht, nr. 227.

17.3 Art. 7:178 BW

Per 1 januari 2003 is ingevoerd titel 7.3 (Schenking). Onder vigeur van het oude recht waren echtgenoten onbevoegd om een schenking met elkaar aan te gaan. Schenkingen tussen echtgenoten, staande huwelijk gedaan, waren behoudens een aantal in art. 7A:1715 lid 2 BW (oud) genoemde uitzonderingen verboden (art. 7A:1715 lid 1 BW (oud)). Het artikel zag zowel op formele als op materiële schenkingen. Kwam er toch een schenking tot stand, dan was deze vernietigbaar. De nietigheid kon worden ingeroepen door de benadeelde echtgenoot, i.e. in de regel de echtgenoot die geschonken heeft. Zie over art. 7A:1715 BW (oud) onder meer Asser/Kleijn 1988 (5-IV), nr. 246-249. Onder het huidige recht ontbreekt een bepaling gelijk art. 7A:1715 BW (oud). Wel kent art. 7:178 BW een verbod van schenking ten behoeve van bepaalde personen. Zie nader Asser/Perrick 2002 (6A), nr. 230 e.v.