

De handelingsonbevoegdheid van art. 3:43 BW

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, RvdW 2018/362 (AA Accountants BV / O. BV)

Prof. mr. W.H. van Boom♦

Verschenen in: *Ars Aequi* 2018, p. 715-719 (aldus in tekst aangegeven: [715])

[715]

Feiten en beslissing Hoge Raad

Previa Onderhoud BV voert onderhoudswerkzaamheden uit in opdracht van Aan de Amstel Accountants BV (hierna: Previa resp. AA). Opdrachtgever AA is echter niet tevreden over het verrichte werk en weigert daarom de facturen te betalen.¹ Previa schakelt in de zomer van 2011 advocaat O. in om via de rechter betaling door AA af te dwingen. De advocaat stelt in november 2011 in opdracht van Previa een dagvaarding en een beslagverzoek op. Deze advocaat had al eerder werk verricht voor Previa, want hij had nog betaling van openstaande facturen tegoed van Previa. Als gevolg van liquiditeitsproblemen was Previa echter niet in staat om te betalen.² Daarom komen Previa en de advocaat, althans de praktijkvennootschap waar de advocaat zijn beroep mee uitoefent (O. BV, hierna: de BV), in januari 2012 overeen dat Previa de vordering die Previa beweert te hebben op AA, verkoopt en overdraagt aan de BV van de advocaat. Previa neemt bij de cessie de verplichting op zich om als lasthebber voor de BV te procederen op eigen naam en zo de vordering op AA te innen ten behoeve van de BV.

De overdracht geschiedt in de vorm van een stille cessie, waarbij AA dus de onwetende debiteur is, Previa de cedent én lasthebber en de BV de cessionaris én lastgever. De koopprijs die de BV door middel van verrekening betaalt, wordt bepaald op de tegenvorderingen van de advocaat op Previa.³ Bij de cessie wordt afgesproken dat de BV alle (proces)kosten van het

♦ Met dank aan Jos Meester voor onderzoeksondersteuning en aan A.G. Castermans en H.B. Krans voor commentaar op concepten.

¹ In werkelijkheid was de situatie ingewikkelder, onder meer vanwege de betrokkenheid van P&H, de moedermaatschappij van Previa, en het feit dat de werkzaamheden door Previa werden verricht omdat AA juist vorderingen op moeder en dochter Previa had die zij door liquiditeitsproblemen niet konden betalen; afgesproken was dat na het verrichten van de ‘tegenwerkzaamheden’ (deels) tot verrekening zou worden overgegaan. Voor de aspecten die ik hier uitlicht, is dit alles niet relevant, vandaar dat ik het in de beschrijving weglaat.

² Zie de overeenkomst tussen onder meer Previa en de advocaat d.d. 20 januari 2012 (de koopakte en akte van cessie), geciteerd in Concl. AG Valk (ECLI:NL:PHR:2018:21), nr. 1.1.4, alsmede Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4639, r.o. 2.4.

³ Uit de gepubliceerde stukken is niet duidelijk wat de verhouding is tussen de betaalde prijs enerzijds en de nominale waarde en de geschatte contante waarde (gezien het risico van verlies van de procedure en het risico

innen van de vordering zal dragen en ook een eventuele proceskostenveroordeling voor het geval Previa in het ongelijk zou worden gesteld. Partijen spreken ten slotte af dat zij de afspraak geheim houden. De akte van cessie wordt ondertekend door partijen en ter registratie aan de Belastingdienst aangeboden op 31 januari 2012.

Op 26 maart 2012 maakt Previa in eigen naam de procedure tegen AA aanhangig bij de rechtbank, waarbij de advocaat optreedt als advocaat van Previa. Na enige omzwervingen wordt het geschil voortgezet voor een arbitrage-instituut en daar wordt uiteindelijk de vordering van Previa toegewezen. De uitspraak wordt betekend aan AA en de dag erna ontvangt AA mededeling van de cessie van de vordering van Previa op AA. Previa wordt overigens een jaar later failliet verklaard.

AA laat het er niet bij zitten. In deze civiele procedure vordert zij onder meer verklaring voor recht dat de cessie van de vordering aan de BV nietig is op grond van art. 3:43 BW. Dat artikel bepaalt, voor zover hier van belang, het volgende:

[716]

‘Rechtshandelingen die, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomende personen, strekken tot verkrijging door: (..) 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 (....) zijn nietig en verplichten de verkrijgers tot schadevergoeding.’

Art. 3:43 BW betreft een vorm van handelingsonbevoegdheid, dat wil zeggen een wettelijke onbevoegdheid van bepaalde personen om bepaalde rechtshandelingen te verrichten.⁴ Art. 3:43 BW maakt onder meer advocaten onbevoegd om rechtshandelingen te verrichten die strekken tot directe of indirecte verkrijging van een goed waarover wordt geprocedeerd; die rechtshandelingen zijn nietig als het proces plaatsvindt binnen het ‘rechtsgebied van bediening’ van de advocaat. En onder het begrip ‘goed’ valt natuurlijk ook een vorderingsrecht zoals dat van Previa (art. 3:1 jo. 3:6 en 3:83 BW).

De rechtbank oordeelt inderdaad dat de cessie door Previa aan de BV van haar advocaat nietig is wegens strijd met art. 3:43 BW. Het hof komt tot een ander oordeel.⁵ Het hof wijst het beroep op art. 3:43 BW af omdat de zaak pas aanhangig werd gemaakt met de dagvaarding van 26 maart 2012 en op dat moment was de cessie al voltooid. Bovendien overweegt het hof dat de advocaat geen bedrog heeft gepleegd of onrechtmatig heeft gehandeld door de cessie stil te houden: er bestaat geen rechtsplicht om de werkelijke rechthebbende op de vordering in de gevoerde procedure te noemen, ook niet als dat (de vennootschap van) de advocaat is.

AA gaat in cassatie en betoogt allereerst dat ‘aanhangig maken’ in de zin van art. 3:43 BW niet strikt processueel moet worden uitgelegd en dus ruimer moet worden opgevat dan het hof

van oninbaarheid) van de vordering van Previa op AA. Voor de toepassing van art. 3:43 BW is dit verder niet van belang omdat het artikel geen sanctie is op benadeling van de vervreemder of misbruik van diens omstandigheden.

⁴ Vgl. over het begrip handelingsonbevoegdheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III (2014), nr. 109.

⁵ Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4639.

heeft gedaan. In de tweede plaats betoogt AA dat een stille cessie pas aan de debiteur kan worden tegengeworpen als er mededeling is gedaan van de cessie en dat daarom dát moment bepalend is voor de vraag of de cessie plaatsvindt op een moment dat het geding aanhangig is in de zin van art. 3:43 BW.

Over de eerste stelling oordeelt de Hoge Raad kort en krachtig:

“Voor zover thans van belang zijn ingevolge art. 3:43 lid 1, aanhef, onder a, en slot, BW nietig: rechtshandelingen die strekken tot verkrijging door (onder meer) advocaten van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen. Blijkens de totstandkomings-geschiedenis van deze bepaling (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4-2.11) is zij slechts van toepassing indien over de betrokken goederen een geding aanhangig is in de zin van art. 125 lid 1 Rv, dat wil zeggen vanaf de dag van de dagvaarding, dan wel, in geval van digitaal procederen, de dag waarop de procesinleiding is ingediend. Het past bij de nietigheidssanctie die art. 3:43 BW aan handelen in strijd met de bepaling verbindt, om de gevallen waarin zij van toepassing is, duidelijk te begrenzen.”

Het betoog van AA wordt dus verworpen.⁶ De tweede stelling vindt evenmin een gewillig oor bij de Hoge Raad:

“Ook deze klacht faalt omdat zij berust op een onjuiste rechtsopvatting. Volgens art. 3:94 lid 3 BW – voor zover hier van belang – kunnen vorderingsrechten worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan de personen tegen wie die rechten moeten worden uitgeoefend, maar kan deze levering niet worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger. De levering – en daarmee, als aan alle overige daarvoor geldende vereisten is voldaan: de overdracht – van de vordering vindt dus al plaats op het moment van het verlijden van de authentieke akte of het registeren van de onderhandse akte. Op dat moment is sprake van een rechtshandeling strekkende tot verkrijging in de zin van art. 3:43 lid 1 BW. De bescherming die de schuldenaar van de gecedeerde vordering volgens art. 3:94 lid 3 BW kan ontlenen aan het ontbreken van een mededeling, brengt niet mee dat voor de toepassing van art. 3:43 lid 1 BW het moment van de mededeling beslissend zou zijn. Bij deze toepassing doet zich niet het geval voor dat de levering wordt “teggengeworpen” aan de schuldenaar, in de zin van art. 3:94 lid 3 BW. De strekking van art. 3:43 lid 1 BW is immers het dienen van het algemeen belang gelegen in de onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat in de ruime zin van het woord, en niet het beschermen van belangen als die van de schuldenaar (vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1145).”

⁶ De Hoge Raad gaat overigens voorbij aan de stelling in cassatie dat op de advocaat de plicht zou hebben gerust om mededeling te doen in de procedure van zijn belang in de zaak (r.o. 3.4, in navolging van Concl. AG Valk, nr. 2.21-2.23); die stelling bouwt namelijk voort, aldus de Hoge Raad, op de stelling dat hier al sprake was van een ‘aanhangig’ geding ten tijde van de stille cessie en dus van nietigheid daarvan.

Noot

1. Inleiding

De uitkomst van *AA Accountants BV tegen O. BV* is kort gezegd dat de stille cessie aan de BV niet getroffen is door de nietigheidssanctie van art. 3:43 BW en dat de BV na de mededeling de vordering ‘gewoon’ kan incasseren.⁷ De poging van AA om de cessie door procespartij Previa aan de BV van haar advocaat te torpederen met een beroep op art. 3:43 BW is dus op niets uitgelopen. Intussen heeft AA wel op een ander punt succes geboekt. Stond in deze civiele zaak de geldigheid van de cessie aan de BV van de advocaat centraal, de advocaat zelf is *tuchtrechtelijk* onder handen genomen; de Raad van Discipline oordeelde in 2015 dat de advocaat in strijd had gehandeld met de toenmalige Gedragsregel 29 (‘De advocaat dient in zijn contacten met derden misverstand te vermijden over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt’; zie nu Gedragsregel 9 lid 1) door de cessie pas openbaar te maken na afloop van de procedure. Door de cessie niet ‘spontaan’ te ‘onthullen’ had hij kort gezegd de schijn gewekt dat hij voor zijn cliënt procedeerde terwijl hij in feite voor zichzelf aan het procederen was.⁸

Normaal gesproken rust op een cessionaris-lastgever die de cedent-lasthebber op eigen naam laat (voort)procederen, geen ‘spontane onthullingsplicht’: de debiteur heeft er geen recht op om spontaan ervan op de hoogte te worden gesteld dat de formele procespartij niet (meer) materieel gelegitimeerd is tot het vorderingsrecht.⁹ Hij heeft [717] in veel gevallen ook geen rechtens relevant belang bij die ‘spontane onthulling’ want hij wordt niet beter of slechter van wat zich achter de schermen afspeelt.¹⁰

Echter, bij advocaten speelt een ander belang dan dat van de debiteur een rol, namelijk het meer *algemene belang* van een goede rechtsbedeling bij een onkreukbare, onafhankelijke, integere en financieel niet met de cliënt verstrengelde advocatuur.¹¹ Dat belang is tuchtrechtelijk gezien concreet gemaakt met allerlei *do’s and don’ts* voor advocaten. De ‘spontane onthullingsplicht’ is er één van.¹² Op die verplichting om de cessie te ‘onthullen’ zal een advocaat-cessionaris niet zitten te wachten. Dat is omdat het overnemen van de vordering van de cliënt niet alleen civielrechtelijk kan stuklopen op de klippen van art. 3:43

⁷ De Hoge Raad (r.ov. 3.5.2 - 3.5.4) gaat ook nog in op een aantal klachten over hoe het hof heeft beslist op de verrekeningsvragen. Een van die klachten slaagt en daarom vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof. Deze aspecten blijven hier onbesproken.

⁸ Raad van Discipline Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:TADRAMS:2015:309, punt 5.5.

⁹ HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4665, NJ 1984/254 (*Zomerdijk/VOF Goudsblom*); HR 28 oktober 1988, ECLI:NL:HR:AD0490, NJ 1989/83 (*Bakridi/HBN*); HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, NJ 2005/41 (*Haantjes/Damstra en Andele*).

¹⁰ Dat is althans in juridische zin het geval; zie bijv. art. 6:145 BW en voor wat betreft de inningsbevoegdheid uiteraard art. 3:94 lid 3 tweede zin BW.

¹¹ Vgl. art. 10a lid 1 Advocatenwet, dat de ‘kernwaarden’ van de advocatuur verwoordt: ‘In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep: a. onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij als zodanig optreedt; b. partijdig bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt; c. deskundig en kan hij beschikken over voldoende kennis en vaardigheden; d. integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt; en e. vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen’.

¹² Op de vraag of er voor advocaten in civielrechtelijke zin een ‘spontane onthullingsplicht’ bestaat, heeft de Hoge Raad niet beslist. Zie hiervoor nt. 6.

BW, maar ook indirect in strijd kan komen met een aantal tuchtregels. Die komen er namelijk op neer dat een advocaat in beginsel geen direct financieel belang mag hebben in de *uitkomst* van de procedure van zijn cliënt. Een advocaat mag bijvoorbeeld niet bedingen dat de vordering waarover wordt geprocedeerd, aan hem tot zekerheid in (stil) pand wordt gegeven.¹³ Hij zal dus een voorschot op zijn honorarium moeten bedingen als hij inschat dat zijn cliënt niet goed voor zijn geld is.¹⁴ Ook mag een advocaat niet afspreken dat hij direct of indirect een percentage van de vordering krijgt als hij de zaak wint (een zgn. ‘quota pars litis’).¹⁵ Weliswaar is het toegestaan om af te spreken dat een verhoogd uurtarief geldt als de zaak wordt gewonnen, maar een volledig resultaatsafhankelijk honorarium (‘no win no fee’ of ‘no cure no pay’) is in strijd met het tuchtrechtelijke uitgangspunt dat een advocaat een honorarium moet krijgen dat ten minste kostendekkend is, ook als hij de zaak verliest.¹⁶ Ook in dat opzicht was de afspraak tussen Previa en (de BV van) de advocaat problematisch, in elk geval omdat de incasso van het eerdere honorarium van de advocaat door het overnemen van het economische belang bij de vordering afhankelijk werd van de uitkomst van deze procedure.

Kortom, een advocaat die zich een vordering laat cederen, moet niet alleen oppassen voor art. 3:43 BW maar vooral ook voor het tuchtrecht. Ik ga hier verder niet in op de vraag of bestaande tuchtrechtelijke regels over advocatenhonoraria maatschappelijk gezien de meest wenselijke regels zijn.¹⁷ De focus ligt hier op art. 3:43 BW. Valt het te betreuren dat het beroep op art. 3:43 BW in deze zaak is gestrand? Ik meen van niet. Art. 3:43 BW is in mijn ogen vooral een door de Franse bezetter in 1813 achtergelaten leerstuk dat tekortschiet en tegelijk te ver doorschiet. Het artikel is namelijk allereerst onduidelijk wat betreft personele bereik en wat betreft wetenschaps- en schuldvereiste (onder 2). In de tweede plaats geeft het arrest weliswaar enige duidelijkheid over het temporele werkingsbereik, maar maakt daarmee ook pijnlijk duidelijk hoe arbitrair de bepaling uitwerkt (onder 3). Daarom bepleit ik afschaffing, in elk geval wat betreft advocaten (zie onder 4).

2. Personeel bereik; wetenschaps- en schuldvereiste

Art. 3:43 BW is met weinig omhaal van woorden in 1992 naar ons huidige BW overgeplant van het oude BW van 1838. De regeling onder het oude recht was op haar beurt een variant op de regeling uit de Franse Code Civil van 1804. De strekking van deze bepalingen was steeds de bescherming van een publiek belang door het waarborgen van de waardigheid van gerechtsdienaren. Kennelijk was de veronderstelling dat advocaten wat dit betreft, net als rechters, ‘dienaren van het gerecht’ waren die men uit vrees voor de strijd “tussen belang en

¹³ Regel 19 lid 1 Gedragsregels advocatuur.

¹⁴ Vgl. art. 3.5 (Payment on account) Code of Conduct for European lawyers (Council of Bars & Law Societies of Europe).

¹⁵ Art. 7.7 Verordening op de advocatuur. Zie bijv. Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2018, ECLI:NL:TADRARL:2018:1. Zie voor oudere tuchtrechtspraak waarin soms kleine uitzonderingen werden toegestaan S. Boekman en F.A.W. Bannier, *Advocatentuchtrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 86 e.v.

¹⁶ Bijv. Raad van Discipline Den Bosch 7 september 2009, ECLI:NL:TADRSHE:2009:YA0043. Afzien van een honorarium is wel toegestaan bij wijze van ‘pro bono’, maar dan krijgt de advocaat ook niets als hij wint.

¹⁷ Zie bijv., met verdere verwijzingen, W.H. van Boom en L.L. Luiten, ‘Procesfinanciering door derden’, *RM Themis* 2015, p. 188 e.v.

plicht”¹⁸ en ter bescherming van het vertrouwen in de rechterlijke macht¹⁹ handelingsonbevoegd moest achten waar het ging om de verkrijging van goederen waarover werd geprocedeerd.

Art. 3:43 BW gaat op dit pad voort; de ratio is niet de bescherming van de wederpartij bij de transactie maar de bescherming van de “onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat in de ruime zin van het woord”.²⁰ Daarom is deze nietigheid ronduit dodelijk: ze is van openbare orde,²¹ ze wordt niet geheeld door convalescentie²² en mogelijk ook niet verzacht door partiële nietigheid, en ze treft alle rechtshandelingen die *strekken tot verkrijging* – dat [718] omvat in elk geval de titel maar ook de levering.²³ Art. 3:43 BW verplicht de pseudo-verkrijger niet alleen tot ongedaanmaking²⁴ maar bovendien tot schadevergoeding, (kennelijk) ongeacht of deze toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld.²⁵

Gegeven de verstrekkende gevolgen van deze nietigheid, zou art. 3:43 BW idealiter duidelijk omlijnd moeten zijn wat betreft het werkingsbereik. Dat is maar ten dele het geval. Het is duidelijk dat het *goed* waarover het lopende geding gaat, het object van de verkrijging moet zijn. Zijdelingse betrokkenheid van een goed in een geding is niet voldoende.²⁶ De *normadressaat* is aan de ene kant ook duidelijk: iedereen die in Nederland als advocaat is ingeschreven, is advocaat. Ander personeel op een advocatenkantoor is dat niet.²⁷ Maar *geografisch* is de afgrenzing minder duidelijk. Het moet namelijk gaan over een goed (waar ook gelegen of aanwezig) waarover een geding aanhangig is voor het gerecht ‘onder welks rechtsgebied’ de advocaat zijn ‘bediening uitoefent’. Ingeschreven advocaten zijn echter bevoegd om overal binnen het Rijk op te treden. Zou men ‘het Rijk’ de juiste geografische reikwijdte achten, dan wordt het werkingsbereik bijzonder ruim. Immers, verkrijging door willekeurig welke advocaat van een goed waarover waar dan ook binnen het Rijk wordt geprocedeerd, is dan zonder meer een nietige verkrijging. Dat lijkt een werkingsbereik dat de

¹⁸ J. Limburg, *Asser - Verbintenissenrecht III-1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905, p. 299.

¹⁹ Deze ratio voor de handelingsonbevoegdheid zien we bijv. bij G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek - Zevende Deel*, Groningen: J.B. Wolters 1851, p. 18; C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek Verklaard - Achtste Deel (art. 1493-1653)*, Den Haag: Belinfante 1883, p. 49; Limburg, a.w., p. 297; P.W. Kamphuisen en J. van Andel, *Asser - Verbintenissenrecht III-3 (Bijzondere overeenkomsten)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 46.

²⁰ *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1145. Instemmend H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen : naar boek 3 van het nieuwe B.W.*, Deventer: Kluwer 1986, p. 139. Intussen kan men zich de vraag stellen of de advocatuur zichzelf (tegenwoordig) ook als ‘dienaar van het gerecht’ zouden zien en ook of zij wat dat betreft werkelijk op gelijke voet als rechters zouden moeten worden gesteld; vgl. over de maatschappelijke positionering van de advocatuur ten opzichte van de rechterlijke macht bijv. R. Verkijk, *De advocaat in het burgerlijk proces* (diss. Maastricht), Den Haag: BJu 2010, p. 762 e.v.

²¹ Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2014), nr. 117.

²² Vgl. HR 1 april 1881, W. 4627, p. 1, *Van den Honert's Verzameling van Arresten van den Hoogen Raad der Nederlanden (Burgerlijk Regt enz.)*, 52^e deel, Den Haag: Smits 1881, p. 199 (*Tripels/ Clement cs*); vgl. Rb. Leeuwarden 1 februari 2006, ECLI:NL:RBL EE:2006:AX3239, r.o. 3.8.

²³ *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1143.

²⁴ J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1988, p. 96.

²⁵ Nu art. 3:43 BW tot bescherming van een algemeen belang strekt en tegelijk een recht op schadevergoeding in het leven roept is het bovendien de vraag of en in hoeverre het relativiteitsbeginsel (vgl. art. 6:163 BW) op dat recht op schadevergoeding van toepassing is.

²⁶ Vgl. Raad van Discipline Amsterdam 25 januari 2016, ECLI:NL:TADRAMS:2016:17, nr. 6.21.; Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3457 (*CLC/Van As*).

²⁷ *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1147.

kans op ‘valse posities’ onnodig vergroot. Sommigen menen vermoedelijk daarom dat ‘het rechtsgebied’ in art. 3:43 BW moet worden gelezen als het arrondissement (of misschien beter ressort) waar de advocaat kantoor houdt in de zin van art. 12 Advocatenwet.²⁸ De aankoop van een stuk grond gelegen in de stad waar de advocaat kantoor houdt en waarover aan de andere kant van het land wordt geprocedeerd, valt dan dus geografisch gezien buiten het bereik van art. 3:43 BW. Ook als de ‘onkreukbaarheid van het gerechtelijk apparaat’ door de transactie wordt geschaad. Dat is dan ook willekeurig want een mogelijk ‘vals negatief’ resultaat.²⁹

Ook is onduidelijk of de advocaat wetenschap moet hebben van het aanhangig zijn van een geding.³⁰ Wat betreft rechters vinden we in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:43 BW de uitlating dat het er niet toe doet of de betreffende rechter zelf op de zaak ‘zit’. Of daarmee ook is gezegd dat het niet van belang is of de handelingsonbevoegde wist van het aanhangig zijn, blijft onzeker. De wetgever heeft zich er niet over uitgelaten. Wel wordt aangegeven dat ‘verkrijging’ ruimer is dan verkrijging door levering; ook verkrijging van goederen als nevenrecht (bijv. hypotheekrecht) of door subrogatie kunnen vallen onder art. 3:43 BW.³¹ Die vormen van verkrijging geschieden van rechtswege zodat enige handeling, laat staan wetenschap bij die handeling, irrelevant is en het zou dan minder logisch zijn om die eis wel te stellen bij verkrijging door levering. Dat zou betekenen dat nietigheid van de verkrijgingshandeling en schadeplichtigheid van de pseudo-verkrijger niet afhankelijk zijn van diens wetenschap van het aanhangig zijn van het geding, laat staan van enige onbetamelijkheid van diens handelen.³² Dat is schieten op een mug met een schot hagel.

Voorts is onduidelijk hoe ver de nietigheid reikt bij *indirecte verkrijging*. In de onderhavige zaak was de praktijkvennootschap van de advocaat de verkrijger en als de aandelen van de BV rechtstreeks in handen van de advocaat zijn, is de band tussen advocaat en verkrijger vrij rechtstreeks. Bij een grote advocatenmaatschap die bestaat uit praktijkvennootschappen als maten wordt het misschien al wat ingewikkelder. En wat als een advocaat zijn diensten aanbiedt aan een rechtspersoon tegen een flink uurtarief (met *success markup* toeslag per uur

²⁸ *GS Vermogensrecht*, art. 3:43 BW, aant. 9.2 (Van Mierlo); A.I.M. van Mierlo, ‘Handelingsonbevoegdheid; de reikwijdte van art. 3:43 BW?’, *WPNR* 2018/7188, p. 286. Het is in die opvatting vermoedelijk wel zaak om de verkrijging te laten plaatsvinden voordat de zaak ter cassatie is aangebracht of nadat de Hoge Raad definitief heeft geoordeeld, want waar de advocaat ook huist, hij zal altijd onder het ‘rechtsgebied’ van de Hoge Raad begrepen kunnen worden. En omgekeerd: cassatieadvocaten moeten oppassen met verkrijging van een huis op Sint Maarten waarover wordt geprocedeerd voor het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

²⁹ Dat geldt a fortiori als het goed geografisch wél binnen het werkingsbereik valt, maar de ‘dienaar van het gerecht’ het goed niet verkrijgt maar juist *vervreemdt*.

³⁰ Schoordijk, *a.w.*, p. 139 meent dat wetenschap niet is vereist. A.L. Croes, ‘Artikel 3.2.9 Nieuw BW, of de ups and downs van de artikelen 1504-1506 BW’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984, p. 56 e.v., bekritiseert het ontbreken van een wetenschapsvereiste, maar in de parlementaire behandeling die volgt (*Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1147), wordt op dát aspect van de bijdrage van Croes niet verder ingegaan.

³¹ *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1143. De rechtshandeling waar het dan om gaat, is een voorafgaande rechtshandeling die dan uiteindelijk via art. 6:142 BW (nevenrecht) of art. 6:150 BW (subrogatie) tot verkrijging van rechtswege leidt.

³² Men zou hier tegen in kunnen brengen dat ‘strekken tot’ wellicht een vereiste van wetenschap van aanhangig zijn van het geding omvat, maar m.i. ziet het ‘strekken tot’ op de verkrijging als zodanig en niet op de wetenschap van het aanhangig zijn van een geding. Hooguit kan men in de tekst van art. 3:43 BW lezen dat de advocaat zich ervan bewust moet zijn dat het beoogde rechtsgevolg van de rechtshandeling de verkrijging zal zijn.

ingeval van positief resultaat), die rechtspersoon vervolgens aan cliënten van de advocaat aanbiedt om hun proces te financieren tegen een *success fee* (*no win no fee*) van 40% van de netto-opbrengst, waarbij de rechtspersoon zich tot zekerheid van betaling de vordering stil laat verpanden of cederen. Is dat een indirecte verkrijging door de advocaat? Verstaat men onder indirecte verkrijging ook de verkrijging van een ‘economisch belang’ dan is het antwoord denk ik ja. De stille verpanding van de vordering aan de rechtspersoon strekt namelijk tot verzekering van de betaling van het honorarium van de advocaat (nog even daargelaten in wiens handen die 40% terecht zal komen) en daarmee heeft de advocaat een indirect belang in (het pandrecht op) de vordering. Neemt men een beperkter begrip van ‘verkrijging’ als uitgangspunt, dan is het minder zeker [719] en wordt de vraag in wiens handen de 40% terecht komt (is de advocaat indirect aandeelhouder?) wél relevant. Theoretisch zijn dit soort praktijken niet.³³ Of art. 3:43 BW er aan in de weg staat, is onduidelijk.

3. Temporeel bereik en arbitraire uitwerking

Een belangrijk element in de uitspraak van de Hoge Raad is de chronologie: op welk moment werd de rechtshandeling verricht die tot verkrijging van de vordering strekte en was op dat moment al sprake van een aanhangig geding over de vordering? De Hoge Raad hakt deze knopen op voor de hand liggende wijze door: een geding wordt aanhangig gemaakt met dagvaarding of procesinleiding,³⁴ en bij een stille cessie vindt de levering plaats op het moment van het verlijden van de notariële leveringsakte of van de registratie van de onderhandse cessieakte. De stille cessie vond plaats op 31 januari 2012. Op 26 maart 2012 maakt Previa de procedure tegen AA aanhangig en dus was de vordering op dat moment al verkregen door de advocaat. Art. 3:43 BW was al uitgewerkt. Overigens had de Hoge Raad er misschien nog wel voor kunnen kiezen om niet een goederenrechtelijke benadering te kiezen maar juist te oordelen dat gezien de openbare orde-strekking van art. 3:43 BW zowel de levering als het moment van mededeling aan de debiteur kon worden gezien als ‘rechtshandeling strekkende tot verkrijging’. Dat zou echter haaks staan op de elders door de Hoge Raad geuite wens om “de gevallen waarin zij van toepassing is, duidelijk te begrenzen”, dus per saldo is de goederenrechtelijke benadering te billijken. Daarmee is echter wel het lukrake karakter van art. 3:43 BW getoond. Want waarom zou een stille cessie vóórdat de dagvaarding wordt uitgebracht minder schadelijk zijn voor het aanzien van het gerechtelijk apparaat dan een stille cessie die juist daarna plaatsvindt? Als men meent dat het een advocaat niet betaamt om een economisch of juridisch belang te hebben in de vordering waarover wordt geprocedeerd, dan is het nogal willekeurig om het moment van verkrijging leidend te

³³ Vgl. bijv. Hof Amsterdam 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011: BU8763, *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2012/2, p. 69.

³⁴ In lagere rechtspraak werd soms aangenomen dat het indienen van een beslagrekest ook onder ‘aanhangig geding’ begrepen moet worden (Rb. Leeuwarden 1 februari 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AX3239, r.o. 3.6; Rb. Almelo 10 december 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BG7226, r.o. 6.17), maar in het licht van AA *Accountants BV/O*. BV moeten we constateren dat die uitspraken onjuist zijn. In die zin reeds Hof Arnhem 22 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0938, r.o. 4.15 (het betrof hier niet een art. 3:43 BW procedure maar een ‘trial within a trial’ in het kader van beroepsaansprakelijkheid van de bedienende notaris).

laten zijn voor wat betreft sanctionering. Een ‘duidelijke begrenzing’ als deze benadrukt het weinig trefzekere karakter van art. 3:43 BW.

4. Conclusie: afschaffen

De handelingsonbevoegdheid van de advocaat ex art. 3:43 BW is een doctrine met een weinig scherpe ratio, die bovendien op tal van punten niet goed is uitgewerkt. Hierboven heb ik een aantal onduidelijkheden bij de toepassing van art. 3:43 BW de revue laten passeren. Wat betreft advocaten zou dit wetsartikel maar beter kunnen worden verbannen naar de schroothoop van afgedankte leerstukken: nietigheid en schadeplichtigheid zonder verwijtbaarheid zijn ingrijpende sancties voor de betrokkenen bij de betreffende rechtshandeling en mogelijk ook voor derden, zodat een heldere ratio en een duidelijk werkingsbereik mogen worden verlangd. Die zijn er m.i. niet en dus is heroverweging nodig. Daarmee is niet gezegd dat er geen ethische, tuchtrechtelijke of zelfs civielrechtelijke discussie gevoerd zou moeten worden over wat de scheidslijn is tussen aanvaardbare en onaanvaardbare financiële betrokkenheid van de advocaat bij de vordering van zijn cliënt. Integendeel, die discussie zou ik graag gevoerd willen zien.³⁵ De vraag of en hoe die betrokkenheid kan leiden tot tegenstrijdige belangen en schending van het ‘client first’ principe, moet dan ter tafel komen. Dan kunnen we het ook hebben over de vraag wat de ratio van een eventueel verbod op economische of juridische ‘verkrijging’ moet zijn, en dus ook over de vraag of het een gedragsnorm moet zijn waarvoor vermijdbaarheid, verwijtbaarheid en dus ten minste wetenschap is vereist. Vervolgens kunnen we ons buigen over de vraag wat een passende sanctie (tuchtrecht, nietigheid, schadevergoeding?) is, mede gelet op de ingrijpende gevolgen van de nietigheid van een titel in het licht van het causale stelsel (art. 3:84 BW). De huidige regeling van handelingsonbevoegdheid in art. 3:43 BW is in haar praktische uitwerking willekeurig en lukraak en compliceert bovendien die discussie. De ontvullende conclusie van deze annotatie is dan ook dat de Hoge Raad volgens de regelen der cassatiekunst heeft geoordeeld, maar dat dit oordeel tegelijk illustreert waarom de handelingsonbevoegdheid van art. 3:43 BW (in elk geval voor wat betreft advocaten) moet worden afgeschaft.

³⁵ Zo valt te wijzen op het Experiment Resultaatgerelateerde Beloning in de letselschadeadvocatuur; daarover bijv. W.H. van Boom, M. de Jong, ‘Het Experiment Resultaatgerelateerde Beloning – verwachtingen over werking en doelbereiking’, *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2014/3, p. 69 e.v.