

University of Groningen

Beschikking door een deelgenoot over zijn aandeel in een goed dat tot een bijzondere gemeenschap behoort

van Hemel, Winfried

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Hemel, W. (2010). Beschikking door een deelgenoot over zijn aandeel in een goed dat tot een bijzondere gemeenschap behoort: Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 28 november 2008, NJ 2009, 145. Groninger Opmerkingen en Mededelingen, XXVII, 1-12.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Beschikking door een deelgenoot over zijn aandeel in een goed dat tot een bijzondere gemeenschap behoort: enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 28 november 2008, NJ 2009, 145

Inleiding

In zijn arrest van 28 november 2008 (NJ 2009, 45)¹ diende de Hoge Raad zich uit te spreken over een geval waarin een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap zijn aandeel in een afzonderlijk daartoe behorend goed had geleverd aan een derde zonder toestemming van de andere deelgenoot. De vraag rees of die levering geldig was geschied. De Hoge Raad liet het oordeel in stand dat die vraag in het licht van de omstandigheden van het geval bevestigend beantwoord moest worden gezien de strekking van art. 3:190 BW. Te verdedigen is echter dat de strekking van die bepaling niet altijd doorslaggevend hoeft te zijn en dat afhankelijk van de door partijen ingenomen stellingen in soortgelijke gevallen ook een ander antwoord mogelijk is. Ik zal dat in het navolgende toelichten. Alvorens op het arrest zelf in te gaan, zal ik eerst de achtergrond bespreken van de toepasselijke regels uit het Burgerlijk Wetboek. Een rechtsvergelijking op historische grondslag kan daarbij verhelderend werken. Een zodanige rechtsvergelijking ligt alleen daarom al voor de hand omdat de Hoge Raad in het arrest bij de motivering van zijn oordeel verwijst naar een arrest dat hij heeft gewezen voordat het huidige Burgerlijk Wetboek was ingevoerd.

Achtergrond toepasselijke regels

Zoals gezegd, verwijst de Hoge Raad in zijn arrest naar een beslissing die hij heeft genomen toen het oude Burgerlijk Wetboek van 1838 nog van kracht was, te weten naar HR 14 november 1969, NJ 1970, 283 (zie rov. 3.5). Om de beslissingen van de Hoge Raad in beide arresten goed te kunnen duiden, is het van belang om kort stil te staan bij de wijze waarop de gemeenschap in het oude Burgerlijk Wetboek was geregeld.² Men sprak in het oude recht overigens niet over gemeenschap maar over mede-eigendom. In het oude Burgerlijk Wetboek was niet voorzien in een met titel 3.7 BW te vergelijken algemene regeling voor de mede-eigendom. In navolging van de Franse Code civil van 1804 was volstaan met bepalingen voor enkele bijzondere vormen van mede-eigendom. Een belangrijke bepaling was art. 1129 OBW dat de verdeling van een nalatenschap

¹ Zie over dit arrest ook de noot van S. Perrick in NJ 2009, 145 en de noot van G.J.C. Lekkerkerker in JBN 2009/28.

² Zie daarover Asser-Perrick, 3-IV, Gemeenschap, 2007, nr. 1. Zie ook uitgebreid mijn proefschrift *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, een rechtsvergelijkende studie*, Groningen 1998, hoofdstuk III.

terugwerkende kracht toekende. Dit artikel was vrijwel letterlijk ontleend aan art. 883 Cc. De terugwerkende kracht van de verdeling kon gevolgen hebben voor handelingen die een mede-erfgenaam vóór de verdeling over zijn aandeel in een nalatenschapsgoed had verricht. Had hij zijn aandeel in een goed bijvoorbeeld met een recht van hypotheek bezwaard en werd het desbetreffende goed vervolgens aan een andere mede-erfgenaam toegedeeld, dan werd daarmee vastgesteld dat die mede-erfgenaam vanaf het ogenblik van overlijden van de erflater in de eigendom van dat goed was opgevolgd. Het gevolg daarvan was dat de hypotheek niet geldig bleek te zijn gevestigd. Het Franse en oude Nederlandse recht werden in dat opzicht steeds gesteld tegenover het Romeinse recht waarin de hypotheek ongeacht de wijze van verdeling op het oorspronkelijke aandeel bleef rusten. Een nadeel van deze Romeinsrechtelijke oplossing was dat een deelgenoot door zijn aandeel te verhypothekeren het voor de overige deelgenoten in feite onmogelijk kon maken het gemeenschappelijk goed bij een verdeling onbezwaard in handen te krijgen. Met de terugwerkende kracht van de verdeling in het Franse en oude Nederlandse recht werd dit nadeel voorkomen. Zowel in het Franse recht als aanvankelijk ook in het oude Nederlandse recht werd aangenomen dat een mede-erfgenaam evenals in het Romeinse recht wél bevoegd was om zonder toestemming van de overige mede-erfgenamen over zijn aandeel in een nalatenschapsgoed te beschikken. Men verdedigde echter dat zodanige beschikkingshandelingen als gevolg van de terugwerkende kracht van de verdeling in afwijking van het Romeinse recht slechts voorwaardelijke werking hadden.³

In het oude Nederlandse recht werd later echter voor een andere oplossing gekozen, wellicht onder invloed van het in 1900 ingevoerde Duitse Bürgerliches Gesetzbuch. Het Bürgerliches Gesetzbuch kende een strikt onderscheid tussen twee vormen van gemeenschap, enerzijds de Bruchteilsgemeinschaft en anderzijds de Gesamthandsgemeinschaft. Een deelgenoot in een Bruchteilsgemeinschaft was wel bevoegd over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed te beschikken en een deelgenoot in een Gesamthandsgemeinschaft was daartoe niet bevoegd.⁴ Hoewel in het Oude Burgerlijk Wetboek geen ondubbelzinnige aanwijzingen voor een vergelijkbaar onderscheid te vinden waren, werd het in het oude recht gaandeweg wel algemeen aanvaard. Daarbij sprak men over vrije- en gebonden mede-eigendom.⁵ Bij vrije mede-eigendom was een deelgenoot wel bevoegd om over zijn aandeel te beschikken, bij gebonden mede-eigendom was hij daartoe niet bevoegd, althans, niet voor zover het een aandeel betrof in een afzonderlijk goed van de gemeenschap. De nalatenschap werd gezien als een vorm van gebonden mede-eigendom en een mede-erfgenaam werd dus niet meer bevoegd geacht om zonder toestemming van de overige mede-erfgenamen te beschikken

³ Zie mijn hierboven aangehaalde proefschrift, hoofdstuk III, paragraaf 3A, p. 146-151.

⁴ Zie mijn hierboven aangehaalde proefschrift, hoofdstuk IV.

⁵ Zie daarover mijn hierboven aangehaalde proefschrift, hoofdstuk III, paragraaf 3B, p. 151-154.

BESCHIKKING DEELGENOOT OVER AANDEEL GOED BIJZONDERE GEMEENSCHAP

over zijn aandeel in een nalatenschapsgoed. Hoewel deze regel niet uitdrukkelijk in de wet was vastgelegd, vond men er wel een wettelijke basis voor, te weten art. 1112 OBW. Dit artikel stelde de bevoegdheid voorop te allen tijde verdeling te vorderen:

"1. Niemand is genoodzaakt in eenen onverdeelde boedel te blijven. 2. De boedelscheiding kan, niettegenstaande eenig daarmede strijdig verbod, ten alleen tijde worden gevorderd."

Uit dit artikel leidde men af dat een mede-erfgenaar recht had op verdeling van de gehele nalatenschap in één keer, en dat hij dus geen genoegen hoefde te nemen met partiële verdelingen. Zou men het een erfgenaar toestaan zijn aandeel in een afzonderlijk goed van de nalatenschap over te dragen, dan zouden de overige mede-erfgenaars het gevaar lopen uiteindelijk wel gedwongen te worden tot partiële verdelingen. De verkrijger zou namelijk slechts deelgenoot worden in het goed waarvan het aandeel hem was geleverd. Dat goed zou dientengevolge verdeeld dienen te worden tussen hem en de erfgenaars met uitzondering van de vervreemder. De overige goederen zouden tussen de erfgenaars verdeeld dienen te worden. Waar vóór de levering met één verdeling volstaan kon worden, daar zouden na de levering dus twee verdelingen zijn vereist. De levering door één der erfgenaars van zijn aandeel in een afzonderlijk goed van de nalatenschap zou alzo een benadeling van de overige erfgenaars tot gevolg hebben. Om dit resultaat te voorkomen diende een mede-erfgenaar onbevoegd geacht te worden een dergelijke beschikkingshandeling te verrichten. Zo oordeelde de HR dan ook in zijn arrest van 14 november 1969, NJ 1979, 283 (*Turfschuur*):

"... dat de regel dat een mede-erfgenaar niet over zijn aandeel in een afzonderlijk goed der nalatenschap kan beschikken, zijn grondslag vindt in het krachtens art. 1112 BW aan ieder erfgenaar toekomend recht scheiding en deling van de gehele nalatenschap te verlangen, aan welk recht afbreuk zou worden gedaan, indien door beschikking over aandelen in de afzonderlijke goederen de mede-eigendom van de boedel zou uiteenvallen in verschillende mede-eigendommen;"

In het door de Hoge Raad in het *Turfschuur* beoordeelde geval deed het gevaar van partiële verdelingen zich niet voor aangezien sprake was van overdracht van een aandeel in een goed dat tot een nalatenschap behoorde die met uitzondering van dat ene goed al was verdeeld:

"... dat het Hof heeft aangenomen, dat de erfgenaars van de op 2 maart 1886 overleden W. Mur, tot wiens nalatenschap het litigieuze perceel behoorde, die nalatenschap hebben gescheiden en gedeeld, behoudens voor zoveel bedoeld perceel betreft; dat het Hof, daarvan uitgaande, terecht van oordeel was dat onder die omstandigheden aan het verbod om over een aandeel in bedoeld perceel te beschikken de grondslag was ontvallen en dat een deelgenoot derhalve over zijn onverdeeld aandeel in het perceel kon beschikken;"

Aangezien het gevaar van partiële verdelingen zich daarom niet voordeed, vormde art. 1112 OBW niet langer een grond voor het beschikkingsverbod. Omdat zich geen andere grond voor een zodanig verbod voordeed, werd de mede-erfgenaar wèl bevoegd geacht over zijn aandeel in het desbetreffende goed te beschikken.

Het onderscheid tussen vrije- en gebonden mede-eigendom uit het oude Nederlandse recht is terug te vinden in het huidige Burgerlijk Wetboek: in geval van een eenvoudige gemeenschap (afdeling 3.7.1 BW) is een deelgenoot in beginsel wèl bevoegd te beschikken over zijn aandeel (art. 3:175 lid 1 BW) en in geval van een goed dat tot een bijzondere gemeenschap (afdeling 3.7.2 BW) behoort is een deelgenoot daartoe (zonder toestemming van de overige deelgenoten) niet bevoegd (art. 3:190 lid 1 BW).

Deze regeling in het huidige Burgerlijk Wetboek verschilt enigszins van de regeling uit het Ontwerp Meijers.⁶ In art. 3.7.1.8 lid 1 OM, de voorloper van art. 3:175 lid 1 BW, kwam de formule "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de overige deelgenoten anders voortvloeit" namelijk nog niet voor:

*"Een deelgenoot kan over zijn onverdeeld aandeel beschikken en zijn schuldeisers kunnen dit aandeel uitwinnen."*⁷

Meijers lichtte deze bepaling toe met een verwijzing naar het Romeinse recht.

*"Dit artikel geeft de regel weer, die sinds het Romeinse recht voor het recht van de mede-eigenaar kenschetstend geweest is. Deze kan over zijn onverdeeld aandeel - zijn pars pro indiviso - beschikken, d.w.z. hij kan alle rechten, die hij zelf ten opzichte van de gemeenschap heeft, aan een ander overdragen."*⁸

Bij deze verwijzing naar het Romeinse recht plaatste Meijers wel een kanttekening:

*"Nochtans geldt voor een beschikking over een aandeel hetzelfde als voor een gebruik, dat een deelgenoot van het goed maakt. Hij mag door zijn handeling niet de rechten van zijn mededeelgenoten ongunstig beïnvloeden."*⁹

Meijers wilde dus vasthouden aan het Romeinsrechtelijke beginsel dat een deelgenoot bevoegd is over zijn aandeel te beschikken maar hij wilde het daaraan verbonden nadeel voorkomen dat de rechten van de overige deelgenoten door een zodanige beschikkingshandeling ongunstig beïnvloed zouden kunnen worden. In verband daarmee stelde hij een reeks van maatregelen voor die in het huidige BW (soms na enige

⁶ Zie mijn hierboven aangehaalde proefschrift, hoofdstuk V, paragraaf 4, p. 309-325.

⁷ Parl. Gesch. Boek 3, p. 597.

⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 597.

⁹ Parl. Gesch. Boek 3, p. 597.

BESCHIKKING DEELGENOOT OVER AANDEEL GOED BIJZONDERE GEMEENSCHAP

wijzigingen) zijn terug te vinden in de artt. 3:177 lid 1 (art. 3.7.1.8 lid 2 OM), 3:176 lid 2 (art. 3.7.1.8 lid 4 OM), 3:168 lid 4 (art. 3.7.1.2 lid 1 OM) en 3:178 lid 5 BW (art. 3.7.1.9 lid 3 OM). De wetgever is echter van mening geweest dat deze maatregelen niet ver genoeg gingen.

Om de overige deelgenoten verder te beschermen tegen door één van hen over zijn aandeel te verrichten beschikkingshandelingen, heeft de wetgever ervoor gekozen hun bevoegdheid daartoe te beperken. Onder verwijzing naar het Romeinse recht was deze bevoegdheid door Meijers nog onbeperkt in zijn Ontwerp vastgelegd in art. 3.7.1.8 lid 1. De wetgever meende echter dat deze bepaling aangepast moest worden en wel omdat deelgenoten er volgens hem vaak belang aan zullen hechten te kunnen verhinderen dat één van hen zich in de gemeenschap laat vervangen door een derde:

*"Het oorspronkelijke lid 1 kende zonder beperking aan de deelgenoten de bevoegdheid toe over hun aandelen te beschikken. Het komt de ondergetekende voor dat aldus onvoldoende rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat in de praktijk vaak uit de tussen de deelgenoten bestaande contractuele of andere rechtsverhouding zal voortvloeien dat zij hun positie niet of niet zonder meer op een ander kunnen doen overgaan."*¹⁰

Daarom besloot de wetgever aan art. 3.7.1.8 lid 1 OM de woorden toe te voegen "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit." Aldus gewijzigd is artikel 3.7.1.8 lid 1 in het uiteindelijke wetboek opgenomen als (het hierboven reeds aangehaalde) art. 3:175 lid 1 BW:

"Tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit, kan ieder van hen over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed beschikken."

Deze terugblik op de totstandkoming van de regels in het huidige Burgerlijk Wetboek over de bevoegdheid van een deelgenoot over zijn aandeel te beschikken, kan behulpzaam zijn bij de analyse van het arrest van de Hoge Raad dat in de inleiding is vermeld.

HR 28 november 2008, NJ 2009, 145

In het door de Hoge Raad in dat arrest te beoordelen geval was sprake van twee broers (K. en W.) die samen in maatschapverband een agrarisch bedrijf dreven. Tot het maatschapvermogen behoorden roerende en onroerende zaken waaronder twee in de gemeente L. gelegen percelen grond, in het arrest aangeduid als percelen nr. 715 en nr. 370. De ene broer, K., overleed op 2 mei 2000. Zijn enige erfgenaam was zijn echtgenote Y. Kort daarop, te weten op 16 december 2000, overleed de andere broer, W. Zijn enige

¹⁰ Parl. Gesch. Boek 3, p. 598.

VAN HEMEL

erfgenaam was zijn zus X. Na het overlijden van beide broers bestond aldus een ontbonden maatschap met als deelgenoten X en Y.

X ging over tot verkoop en levering van haar aandeel in perceel nr. 715 aan derden, V. c.s., zonder dat zij (X) daarvoor toestemming had verkregen van haar deelgenote Y.

Tegelijk met levering van haar aandeel in dat perceel nr. 715, leverde X. aan V. c.s. ook een perceel dat alleen aan haar in eigendom toebehoorde. Dat perceel, in het arrest aangeduid als perceel nr. 632, grensde aan één zijde aan perceel nr. 715. Op zijn beurt grensde perceel nr. 632 weer aan een perceel dat alleen aan Y. toebehoorde, te weten perceel nr. 631.

Y. legde zich niet neer bij de levering door X. van haar aandeel in perceel nr. 715 aan V.c.s. Zij ging over tot dagvaarding van X. en V. c.s. Zij vorderde (zie HR, rov. 1) - kort gezegd - (i) te verklaren voor recht dat de levering door X. aan V. c.s. van het aandeel in perceel nr. 715 nietig is, althans (ii) vernietiging van die levering, (iii) verdeling van de tussen de broers K. en W. bestaan hebbende gemeenschap met toedeling van perceel nr. 715 aan Y. (zie hof, rov. 4.5) en (iv) aanwijzing van een noodweg over perceel nr. 632 ten behoeve van de ontsluiting van het aan Y. toe te wijzen (deel van) perceel nr. 715.

X. heeft de vordering van Y. bestreden en in voorwaardelijke reconventie, gevorderd, kort gezegd, Y. te veroordelen over te gaan tot verdeling.

V. c.s. hebben in reconventie gevorderd, kort gezegd, perceel nr. 715 aan hen toe te delen.

Bij beschikking van 23 juli 2002 heeft de kantonrechter te Tiel een bewind ingesteld over alle (toekomstige) goederen van Y. met benoeming van L. (een neef van Y.) en R. tot bewindvoerders (zie hof, rov. 3.4). L. en R. zijn aan de zijde van Y. tussengekomen.

In appèl heeft het hof voor recht verklaard dat de verdeling van perceel nr. 715 c.s. dient plaats te vinden tussen Y. c.s. en V. c.s. en het hof heeft dat perceel in zijn geheel toegedeeld aan V. c.s. met veroordeling van V. c.s. tot betaling van een bedrag terzake van deze toedeling. Het hof heeft daartoe onder meer het volgende overwogen (zie rov. 4.4):

Het hof overweegt dat blijkens de wetsgeschiedenis de regel van artikel 3:190 lid 1 BW het een deelgenoot onmogelijk dient te maken zonder toestemming van de overige deelgenoten de gemeenschap in een aantal kleinere gemeenschappen op te lossen, waardoor de oorspronkelijke deelgenoten telkens tegenover andere medegerechtigden komen te staan, hetgeen een verdeling van een gemeenschap zou kunnen bemoeilijken. Gebleken is dat Y. c.s. en X. het over de verdeling van het andere gezamenlijke perceel, perceel nr. 002 [lees: nr. 370], eens zijn zodat van de onroerende zaken alleen perceel nr. 001 [lees: nr. 715] als te verdelen actief is overgebleven. Dat Y. c.s. terzake

BESCHIKKING DEELGENOOT OVER AANDEEL GOED BIJZONDERE GEMEENSCHAP

de verdeling van dit perceel met een ander dan X. als deelgenoot wordt geconfronteerd behoeft geen extra bezwaar op te leveren, nu ook Y. c.s. verdeling wenst. Dat het in dit geval wel een extra bezwaar oplevert bij de verdeling van de overige zaken van de ontbonden gemeenschap heeft Y. c.s. niet gesteld en is evenmin gebleken. In deze omstandigheden heeft Y. c.s. geen belang bij een beroep op het ontbreken van haar toestemming voor de overdracht van het aandeel van X. in perceel nr 001 [lees: nr. 715] aan K. c.s. [lees: V. c.s.]. Aan het beroep op nietigheid dan wel vernietiging van Y. c.s. komt het hof dan niet meer toe.

Tegen in het bijzonder deze overweging van het hof keren zich de klachten van Y c.s. in onderdeel 1 van hun cassatiemiddel. De Hoge Raad geeft die klachten in rov. 3.3 van zijn arrest kort weer:

Onderdeel 1 van het middel keert zich met een rechts- en motiveringsklacht tegen dit oordeel. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat Y. c.s. een beroep op het ontbreken van hun toestemming alleen kon worden ontzegd indien zij daarmede misbruik van recht maakten of indien dat beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De HR doet de aldus weergegeven klachten in rov. 3.4 van zijn arrest als volgt af:

Het hof heeft in rov. 4.4 met juistheid vooropgesteld dat de regel van art. 3:190 lid 1 BW blijkens de wetsgeschiedenis ertoe strekt het een deelgenoot onmogelijk te maken zonder toestemming van de overige deelgenoten de gemeenschap in een aantal kleinere gemeenschappen op te lossen waardoor de oorspronkelijke deelgenoten telkens tegenover andere medegerechtigden komen te staan, hetgeen een verdeling van een gemeenschap zou kunnen bemoeilijken. Het heeft vervolgens geoordeeld dat in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, waarin het tussen partijen nog slechts gaat om de verdeling van één onroerende zaak, perceel nr. 715, terwijl moet worden aangenomen dat de verdeling van de overige (roerende en onroerende) zaken niet wordt bemoeilijkt doordat Y. c.s. ter zake van de verdeling van perceel nr. 715 met een andere deelgenoot worden geconfronteerd, aan Y. c.s. geen beroep toekomt op het ontbreken van hun toestemming. Daarbij heeft het hof kennelijk geoordeeld dat in de bijzondere omstandigheden van dit geval aan het verbod om over een aandeel in bedoeld perceel te beschikken de grondslag is komen te ontvallen, nu het verbod van art. 3:190 lid 1 BW niet verder strekt dan zijn ratio verlangt. Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 14 november 1969, NJ 1970, 283) en zijn voor het overige verweven met een waardering van de omstandigheden die feitelijk en niet onbegrijpelijk is. Voor zover Y. c.s. zich erop beroepen dat voor de wijze van verdeling tussen deelgenoten ook de persoonlijke aspecten van belang (kunnen) zijn, en dat de daarbij door de rechter te verrichten belangenafweging anders (nadelijker) kan uitvallen indien een deelgenoot tegenover een andere (opvolgende) deelgenoot staat dan de oorspronkelijke medegerechtigde, kan dat betoog hun niet baten aangezien art. 3:190 niet de strekking heeft een deelgenoot in dat belang te beschermen. Op het voorgaande stuit het onderdeel af.

Commentaar

De beslissing van de Hoge Raad is goed te begrijpen voor zover het de verwerping betreft van het beroep dat Y. c.s. hebben gedaan op art. 3:190 lid 1 BW. Zoals hof en Hoge Raad overwegen, strekt het daarin opgenomen verbod ertoe te voorkomen dat een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap zonder toestemming van de overige deelgenoten de gemeenschap in een aantal kleinere gemeenschappen kan oplossen. Daardoor zouden de oorspronkelijke deelgenoten immers telkens tegenover andere medegerechtigden komen te staan en dat zou een verdeling van de gemeenschap kunnen bemoeilijken. De wetgever heeft dat willen voorkomen.¹¹

In het onderhavige geval heeft het hof vastgesteld dat overdracht door X. van zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend perceel de verdeling voor Y. c.s. niet bemoeilijkt. Uitgaande van dat oordeel is begrijpelijk dat de Hoge Raad geen bezwaar ziet tegen de conclusie van het hof dat art. 3:190 lid 1 BW zich niet tegen de overdracht verzet en dat de HR daarbij verwijst naar zijn arrest van 14 november 1969.¹²

De enkele conclusie dat art. 3:190 lid 1 BW zich niet tegen de overdracht verzet, brengt echter niet noodzakelijkerwijs mee dat X. zonder toestemming van Y. c.s. over zijn aandeel kon beschikken. In het voorgaande is aan de orde gekomen dat de in artikel 3:190 lid 1 BW opgenomen bepaling ook al voorkwam in het ontwerp Meijers. Die bepaling hield voor de bijzondere gemeenschap - in het Ontwerp Meijers nog: de "Gemeenschap van een algemeenheid van goederen"¹³ - een uitzondering in op de voor de eenvoudige gemeenschap geldende regel dat een deelgenoot wel bevoegd was om zonder toestemming van de overige deelgenoten over zijn aandeel te beschikken. In het Ontwerp Meijers was wat de beschikkingsbevoegdheid betreft dus een helder onderscheid gemaakt tussen enerzijds de eenvoudige gemeenschap en anderzijds de bijzondere gemeenschap: een deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap was wel bevoegd om zonder toestemming van de overige deelgenoten over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed te beschikken en een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap was daartoe niet bevoegd. Dat onderscheid in het Ontwerp Meijers sloot aan bij het onderscheid in het Duitse recht tussen de Bruchteilgemeinschaft en de Gesamthandsgemeinschaft en ook bij het onderscheid in het oude recht tussen vrije- en gebonden mede-eigendom. Uiteindelijk heeft men de beschikkingsbevoegdheid bij de eenvoudige gemeenschap echter beperkt. Bepaald werd dat een deelgenoot bevoegd was "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit." Waar de regel van art. 3:190 lid 1 BW werd gezien als een uitzondering op de hoofdregel die voor de eenvoudige gemeenschap gold, daar is te verdedigen dat die voor de eenvoudige gemeenschap geldende hoofdregel uit art. 3:175 lid

¹¹ Zie Toelichting Meijers bij art. 3.7.2.1 OM; Parl. Gesch. Boek 3, p. 624.

¹² Zie de noot van S. Perrick bij het arrest in NJ 2009, 145, nr. 3.

¹³ Gemakshalve spreek ik in het navolgende steeds over de bijzondere gemeenschap, dus ook wanneer ik in werkelijkheid doel op de gemeenschap van een algemeenheid van goederen zoals die in het Ontwerp Meijers was geregeld.

BESCHIKKING DEELGENOOT OVER AANDEEL GOED BIJZONDERE GEMEENSCHAP

1 BW van toepassing wordt in gevallen waarin er geen reden is om de uitzondering van art. 3:190 lid 1 BW nog te maken. Dat zou betekenen dat een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap in zodanige gevallen niet altijd onbeperkt bevoegd is te beschikken over zijn aandeel in een afzonderlijk goed daarvan. Hij zou daartoe namelijk niet bevoegd zijn indien dat uit de tussen de deelgenoten bestaande rechtsverhouding voortvloeit.

Een argument voor deze opvatting is gelegen in art. 3:189 lid 2 BW. Ingevolge deze bepaling gelden voor de bijzondere gemeenschappen de in afdeling 3.7.2 BW opgenomen regels, "alsmede die van de eerste afdeling, voorzover daarvan in deze afdeling niet wordt afgeweken." Ook voor de bijzondere gemeenschappen gelden dus de regels voor de eenvoudige gemeenschap. Dat is alleen anders indien in afdeling 3.7.2 BW van die voor de eenvoudige gemeenschap geldende regels wordt afgeweken. Dient in een bepaald geval een in afdeling 3.7.2 BW opgenomen bepaling buiten toepassing te blijven, dan valt men ingevolge art. 3:189 lid 2 BW terug op de voor de eenvoudige gemeenschap geldende regels. Het oordeel dat het in afdeling 3.7.2 BW opgenomen verbod van art. 3:190 lid 1 BW in het door de Hoge Raad te beoordelen geval niet van toepassing is, leidt aldus tot de conclusie dat de voor de eenvoudige gemeenschappen geldende hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW van toepassing wordt.

Deze conclusie kan overigens ook worden onderbouwd met een beroep op art. 3:191 lid 1 BW. Daarin is de bevoegdheid geregeld van een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap om te beschikken over zijn aandeel in de gehele gemeenschap. Overige deelgenoten lopen niet het risico dat zij als gevolg van een zodanige beschikking worden gedwongen tot partiële verdelingen. Draagt bijvoorbeeld een mede-erfgenaam zijn aandeel in de gehele nalatenschap over, dan heeft dit niet tot gevolg dat er meer verdelingen nodig zullen zijn. Het enige gevolg is dat de overige mede-erfgenamen de verdeling tot stand zullen moeten brengen met de verkrijger in plaats van met de vervreemder van het aandeel. Niet verwonderlijk is dan ook dat in het Ontwerp Meijers al was bepaald dat een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap wél bevoegd is te beschikken over zijn aandeel in de gehele gemeenschap.¹⁴ Bij invoering van boek 3 BW is deze bevoegdheid echter beperkt, dit in navolging van de beperking die - ook in aanvulling op de regeling in het Ontwerp Meijers - was opgenomen voor de eenvoudige gemeenschap¹⁵: bepaald werd dat een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap bevoegd was te beschikken over zijn aandeel in de gehele gemeenschap "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit."¹⁶ Bij zodanige beschikkingshandelingen lopen de overige deelgenoten niet het gevaar te worden gedwongen tot partiële verdelingen. Aangezien de wetgever desondanks reden heeft gezien voor een beperking van de bevoegdheid om dergelijke beschikkingshandelingen te verrichten, daar is aannemelijk dat diezelfde beperking ook geldt bij beschikkingshandelingen die een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap wil

¹⁴ Zie art. 3.7.2.2. lid 1 OM.

¹⁵ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1305.

¹⁶ Zie art. 3:191 lid 1 BW.

verrichten over zijn aandeel in een afzonderlijk goed van de gemeenschap in gevallen waarin het gevaar van partiële verdelingen geen rol speelt.

Dat voert ons terug naar het arrest van de Hoge Raad. Zoals gezegd had het hof vastgesteld dat overdracht door deelgenoot X. van zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend perceel de verdeling voor de andere deelgenoot Y. niet zou bemoeilijken. Uitgaande van dat oordeel is begrijpelijk dat de Hoge Raad geen bezwaar ziet tegen de conclusie van het hof dat art. 3:190 lid 1 BW zich niet tegen de overdracht verzet en dat de Hoge Raad daarbij verwijst naar zijn arrest van 14 november 1969.

Het feit dat art. 3:190 lid 1 BW zich niet tegen de overdracht door X. verzet, betekent echter niet vanzelf dat X. onbeperkt bevoegd was om die overdracht te bewerkstelligen. Uit het zojuist gevoerde betoog volgt dat hij daartoe ingevolge de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW bevoegd was "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit."

Het geval wil nu dat Y. c.s. zich in subonderdeel 1.6 van het cassatiemiddel op de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW hebben beroepen. De in dat subonderdeel geformuleerde klacht luidde als volgt:

"Overigens heeft Y. tevens betoogd dat ook in het geval van eenvoudige gemeenschappen de vrijheid van een deelgenoot om over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed te beschikken niet onbegrensd was en dat art. 3:175 lid 1 BW die bevoegdheid slechts aan de deelgenoten toekende "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit." Y. heeft ten processe betoogd (vgl. b.v. MvG blz. 9) dat dat laatste te dezen het geval was, gezien de voorgeschiedenis, waar in feite sprake was van een driepersoonshuishouding en van een gezamenlijk landbouwbedrijf, terwijl de agrarische werkzaamheden de laatste jaren zelfs in overwegende mate door Y. werden uitgevoerd. Het Hof heeft echter aan deze argumentatie geen enkele aandacht of motivering gewijd. Zou het Hof die argumentatie niet relevant hebben geoordeeld, dan geeft dat blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat zij zelfs onder vigore van art. 3:175 lid 1 BW aan de bevoegdheid van X. tot overdracht van haar gedeelte van het perceel no 001[lees: nr. 715] in de weg zou kunnen staan, maar in ieder geval het beroep op art. 3:190 lid 1 BW daardoor kan worden gedragen. In ieder geval heeft het Hof evenwel door op die argumentatie niet (althans niet gemotiveerd) in te gaan zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed."

Y. c.s. betogen hier dus dat zij zich bij memorie van grieven op de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW hebben beroepen en dat zij hebben aangevoerd dat uit de rechtsverhouding tussen Y. en X. voortvloeit dat X. niet bevoegd was om zonder toestemming van Y te beschikken over zijn aandeel in perceel nr. 715. Hun klacht is dat het hof op dat betoog had moeten ingaan.

De Hoge Raad vermeldt deze in onderdeel 1 vervatte klacht niet uitdrukkelijk in zijn arrest. Een duidelijke motivering waarom die klacht niet opgaat, is moeilijk in het arrest te lezen. De Hoge Raad volstaat in rov. 3.3 met een korte weergave van de klachten in onderdeel 1 en doet die klachten af in rov. 3.4. De Hoge Raad besteedt echter geen

BESCHIKKING DEELGENOOT OVER AANDEEL GOED BIJZONDERE GEMEENSCHAP

aandacht aan het beroep dat Y c.s. hebben gedaan op de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW. Hij staat enkel stil bij de strekking van art. 3:190 lid 1 BW.

Ook A-G De Vries Lentsch-Kostense lijkt in haar conclusie niet uitdrukkelijk in te gaan op het beroep dat Y. c.s. in middelonderdeel 1.6 hebben gedaan op de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW. Naar aanleiding van middelonderdeel 1.6 overweegt zij als volgt (zie de laatste alinea van nr. 12 van haar conclusie):

Middelonderdeel 1.6 ten slotte dat het hof verwijt niet te zijn ingegaan op de door het middel bedoelde passage in de memorie van grieven faalt evenzeer. Gelet op de inhoud van de bedoelde passage, was het hof niet gehouden daarop afzonderlijk in te gaan. Daarbij wijs ik erop dat het hof - in cassatie terecht onbestreden - ervan is uitgegaan dat Y. en X. krachtens erfopvolging deelgenoten zijn in het vermogen van een ontbonden maatschap en dat Y. is opgenomen in een verpleeghuis. Uit hetgeen het hof in rechtsoverweging 4.4 heeft overwogen blijkt dat en op welke grond het hof van oordeel was dat Van Doorn in de omstandigheden van het onderhavige geval geen belang heeft bij een beroep op het ontbreken van de door art. 3:190 lid 1 BW vereiste toestemming.

Volgens de A-G blijkt uit de overwegingen van het hof dat en op welke grond het van oordeel was dat Y. in de omstandigheden van het onderhavige geval geen belang heeft bij een beroep op het ontbreken van de door art. 3:190 lid 1 BW vereiste toestemming. De vraag is echter of de A-G aldus wel helemaal recht doet aan de klacht in middelonderdeel 1.6. Y. heeft zich immers niet (alleen) beroepen "op het ontbreken van de door art. 3:190 lid 1 BW vereiste toestemming" maar zij heeft zich ook beroepen op de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW en daartoe gesteld dat uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten voortvloeit dat X. niet bevoegd was om over zijn aandeel te beschikken. Ook uit de conclusie van de A-G is niet af te leiden waarom laatstgenoemd beroep niet zou opgaan.

Conclusie

Ingevolge art. 3:190 lid 1 BW is een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap niet bevoegd om zonder toestemming van de overige deelgenoten te beschikken over zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk. Met deze bepaling heeft men willen voorkomen dat een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap door het verrichten van zodanige beschikkingshandelingen de overige deelgenoten in feite kan dwingen tot partiële verdelingen. De enkele omstandigheid dat deze strekking van art. 3:190 lid 1 BW zich in een bepaald geval niet tegen een zodanige beschikkingshandeling verzet, brengt echter niet noodzakelijkerwijs mee dat de desbetreffende deelgenoot onbepaald bevoegd is over zijn aandeel in een goed van de gemeenschap te beschikken. Te verdedigen is dat in een zodanig geval de hoofdregel van art. 3:175 lid 1 BW geldt en dat een deelgenoot dientengevolge bevoegd is over zijn aandeel te beschikken "tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit." In het door de Hoge Raad in

VAN HEMEL

zijn arrest van 28 november 2008 te beoordelen geval was in appèl een beroep op deze hoofdregel gedaan. In cassatie werd geklaagd dat het hof ten onrechte geheel aan dat beroep voorbij was gegaan. Zowel de A-G als de Hoge Raad waren van oordeel dat die klacht niet opging. Een overtuigende motivering voor dat oordeel is echter moeilijk in conclusie en arrest te lezen.

W.H. van Hemel

Amsterdam