



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Fundamentele totstandkomingsvereisten en nulliteiten bij de contractuele verdeling van een gemeenschap

Sikkema, T.H.

### Citation

Sikkema, T. H. (2022). Fundamentele totstandkomingsvereisten en nulliteiten bij de contractuele verdeling van een gemeenschap. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2022(4), 7-11. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3513471>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513471>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# 11. Fundamentele totstandkomingsvereisten en nulliteiten bij de contractuele verdeling van een gemeenschap

MR. DR. T.H. SIKKEMA

In deze bijdrage wordt ingegaan op de vereisten voor de totstandkoming van de contractuele verdeling van een gemeenschap en de gevolgen van de niet-ervulling daarvan in specifieke gevallen.

## 1. Inleiding

Voor wie in de rechtspraak in aanraking komt met de rechtsfiguur van de verdeling is het van belang zich bewust te zijn van de bijzondere kenmerken van deze rechtsfiguur.<sup>1</sup> Zo wordt – anders dan bij koop – de geldigheid van de titel verdeling mede bepaald door de mate waarin en wijze waarop de deelgenoten daaraan meewerken. Daarnaast lijkt de geldigheid van deze titel mede te worden bepaald door de aard van de verdeelde goederen (al dan niet gemeenschapsgoed). Vanwege deze eigenaardigheden stel ik mij in deze bijdrage ten doel antwoord te geven op de volgende vragen:

- a. Aan welke eisen moet worden voldaan voor de rechtsgeldige totstandkoming van een verdeling?
- b. In hoeverre heeft de verdeling rechtsgevolg indien zich de volgende situaties voordoen:
  - aan de verdeling werken te weinig deelgenoten mee;
  - aan de verdeling werken te veel ‘deelgenoten’ mee;
  - bij de verdeling wordt een gemeenschapsgoed overgeslagen;
  - een niet-gemeenschapsgoed wordt in de verdeling betrokken.

Eenzijds zal blijken dat de wetgever zodanig hoge eisen stelt aan de totstandkoming van de verdeling dat deze in beginsel door nietigheid wordt getroffen indien niet aan deze eisen wordt voldaan. Anderzijds lijkt de wetgever de rechtsgeldigheid van de verdeling te willen aannemen in de mate waarin aan de belangrijkste totstandkomingseisen wordt voldaan.

Voor het antwoord op de vraag welke van de totstandkomingseisen zo fundamenteel zijn dat zij voor de verdeling

hebben te gelden als een *conditio sine qua non*, verken ik hierna eerst deze vereisten.

## 2. Totstandkoming van verdeling: subject en object

### Subject

De wettelijke vereisten voor de totstandkoming van verdeling zijn kenbaar uit het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Dit wetsartikel bestaat uit twee volzinnen. De eerste van beide volzinnen luidt:

‘Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.’

Hieruit valt op te maken dat *alle* deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken en dat voor een verkrijging krachtens verdeling een bepaald *rechtsgevolg* moet worden bereikt. Een voorbeeld:

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak treedt A uit de gemeenschap tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn aandeel. Na levering worden B en C ieder voor de helft gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

In dit voorbeeld is er sprake van een verdeling. Alle deelgenoten (A, B en C) werken mee aan een rechtshandeling ten titel waarvan – na levering – twee van hen (B en C) elk de onverdeelde helft van de goederen van de gemeenschap verkrijgen met uitzondering van de andere deelgenoot (A). Een tussen deelgenoten bestaande onverdeeldheid kan echter ook op een andere manier dan via verdeling worden opgeheven. Opnieuw een voorbeeld:

<sup>1</sup> Ter voorkoming van misverstand merk ik op dat ik tot uitgangspunt neem dat de rechtshandeling van verdeling de titel voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat. De begrippen ‘verdeling’ en ‘toedeling’ gebruik ik als synoniemen. In gelijke zin: L.v.Vr. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. A, B en C verkopen en leveren ieder hun aandeel aan derde D.

Hoewel de onverdeeldheid is opgeheven, heeft deze opheffing niet plaatsgevonden ten titel van verdeling. Om als verdeling te kunnen kwalificeren, moet de betreffende rechtshandeling, behalve met de medewerking van alle deelgenoten ook plaatsvinden *tussen* alle deelgenoten.

Dit roept de vraag op hoe het begrip ‘deelgenoten’ dient te worden uitgelegd. Moet het begrip ‘deelgenoten’ worden gelezen als ‘deelgenoten als deelgenoten’ of ‘personen, die deelgenoten zijn’? De tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip licht ons hierin bij:

‘De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.’

Aan de tweede volzin liggen enkele arresten van de Hoge Raad ten grondslag.<sup>2</sup> In deze arresten heeft de Raad aangenomen dat – kort gezegd – de nakoming van een koop respectievelijk een legaat geen scheiding (naar huidig recht: verdeling) kan opleveren.<sup>3</sup> Deze tweede volzin heeft tot effect dat voor het begrip ‘deelgenoten’ zoals bedoeld in de eerste volzin moet worden gelezen ‘deelgenoten als deelgenoten’. Anders gezegd: voor de uitleg van het begrip ‘deelgenoten’ dient verbinding te worden gelegd met de tussen deelgenoten bestaande onderliggende rechtsverhouding. In het kader van verdeling dienen de deelgenoten mee te werken in hun kwaliteit van deelgenoten.<sup>4</sup>

Kortom: voor de rechtsgeldige totstandkoming van de verdeling moet de betreffende rechtshandeling niet alleen worden aangegaan met medewerking van *alle* deelgenoten, maar dient deze ook plaats te vinden *tussen* alle deelgenoten en wel *in hun hoedanigheid van* deelgenoten.

Naast de vereisten voor de bij verdeling betrokken subjecten gelden er ook vereisten met betrekking tot het in de verdeling betrokken object.

### Object

De verdeling heeft tot object de goederen van de gemeenschap. Hierbij moet worden aangetekend dat de Hoge Raad heeft bepaald dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd, als tevens overeenstemming bestaat over de financiële consequenties van de verdeling.<sup>5</sup> Zo kan bij een

onder-/overbedeling een compensatie plaatsvinden met niet tot de gemeenschap behorende goederen (zoals contanten).<sup>6</sup> Het gegeven dat de verdeling de goederen van de gemeenschap tot object heeft, betekent niet dat een verdeling pas een verdeling is als alle tot de gemeenschap behorende goederen zijn verdeeld. Een partiële verdeling is eveneens een verdeling.<sup>7</sup>

In het vervolg van deze bijdrage zal ik bij de behandeling van de in de inleiding bedoelde situaties teruggrijpen op wat ik hiervoor gezegd heb over de kwaliteit en kwantiteit van de meewerkende deelgenoten en de in de verdeling betrokken goederen.

### 3. Geldige of nietige verdeling?

De hiervoor vermelde vereisten met betrekking tot subject en object bij verdeling zijn voor de totstandkoming daarvan van fundamentele betekenis. De vraag kan worden gesteld in hoeverre de verdeling rechtsgevolg heeft indien zich in dit verband de volgende situaties voordoen:

1. aan de verdeling werken te weinig deelgenoten mee;
2. aan de verdeling werken te veel ‘deelgenoten’ mee;
3. bij de verdeling wordt een gemeenschapsgoed overgeslagen;
4. een niet-gemeenschapsgoed wordt in de verdeling betrokken.

#### Casus 1: deelgenoot te weinig

Stel dat niet alle deelgenoten hebben meegewerkt aan de totstandkoming van de verdeling:

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De deelgenoten A en B komen een ‘verdeling’ overeen ten gevolge waarvan – na levering – A zal ophouden deelgenoot te zijn en B alle gemeenschapsgoederen zal verkrijgen.

Er komt hier geen rechtsgeldige verdeling tot stand. Hoewel de rechtshandeling betrekking heeft op tot de gemeenschap behorende zaken en effectuering van de afspraak tussen A en B zou leiden tot het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg (zie art. 3:182 BW eerste volzin), is de rechtshandeling niet tot stand gekomen met medewerking van alle tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten. Volgens art. 3:195 lid 1 BW geldt dat de verde-

2 HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 en HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126. Zie nader: *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

3 *Ibidem*.

4 Zie T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 7.2-7.6 voor een nadere verantwoording.

5 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, m.nt. L.C.A. Verstappen.

6 Hoewel dit criterium niet (langer) is terug te vinden in de wet – en in zoverre daarboven uitgaat – dient dit criterium als rechtens juist te worden beschouwd. Vergelijk hetgeen onder OBW reeds voor boedelscheiding werd aangenomen op grond van art. 1125 lid 2: ‘Vervolgens wordt, met onderling goedvinden der belanghebbenden, bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen, en, zoo daartoe gronden zijn, welke geldsom wegens een of meer aandeelen ter gelijkmaking moet uitbetaald worden [cursivering TS]’. Zie ook T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, par. 6.8.

7 Het feit dat een partiële verdeling tot de mogelijkheden behoort, doet er niet aan af dat een deelgenoot zich daartegen niet zou kunnen verzetten. Zie art. 3:178 lid 1 jo. art. 3:179 lid 1 BW.

ling waaraan niet alle deelgenoten hebben deelgenomen in beginsel nietig is.<sup>8</sup>

**Casus 2: ‘deelgenoot’ te veel**

Stel dat bij de verdeling een persoon optreedt die niet als deelgenoot tot de gemeenschapsgoederen gerechtigd is:

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De gemeenschap bestaat uit vier zaken van gelijke waarde, genummerd 1, 2, 3 en 4. In de veronderstelling dat A, B, C en (derde) D allen, ieder voor een gelijk deel, tot de gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd, ‘verdelen’ zij de gemeenschap aldus dat A, B, C en D toegedeeld krijgen respectievelijk zaak 1, 2, 3 en 4.

In hoeverre is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen verdeling? Het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW schrijft voor dat voor de totstandkoming van verdeling de medewerking van alle deelgenoten is vereist. Aan de eis dat alle deelgenoten medewerken, lijkt te zijn voldaan. De eis dat alle deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken, dient echter te worden begrepen als het (uitsluitend) aan de *deelgenoten* toekomen van de bevoegdheid tot vaststelling van de verdeling.<sup>9</sup> In casu heeft aan de rechtshandeling tevens derde D meegewerkt. Volgens art. 3:195 lid 2 BW geldt dat, indien aan de verdeling iemand heeft deelgenomen die niet tot de gemeenschap gerechtigd was, het ten onrechte uitgekeerde ten behoeve van de gemeenschap kan worden teruggevorderd en dat ‘voor het overige’ de verdeling van kracht blijft.<sup>10, 11</sup>

8 In afwijking van de hoofdregel is blijkens dit artikel evenwel sprake van een geldige rechtshandeling indien de verdeling heeft plaatsgevonden bij notariële akte. De handeling is in dat geval vernietigbaar op vordering van degene die niet aan de verdeling heeft deelgenomen. Het verschil in sanctie (nietigheid versus vernietigbaarheid) wordt in de parlementaire geschiedenis gemotiveerd door erop te wijzen dat bij notariële tussenkomst aangenomen kan worden dat ‘de verdeling behoorlijk vaststaat’, MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 633.

9 Dit laat onverlet dat op grond van de wet eveneens de medewerking van anderen dan deelgenoten aan de verdeling kan worden vereist. Zie bijvoorbeeld: art. 3:177 lid 2 BW, art. 3:180 lid 2 BW, art. 3:181 lid 1 BW, art. 3:183 lid 1 BW, art. 3:185 lid 1 BW en art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2019, nr. 137; Van Mourik & Schols, *Gemeenschap* (Mon. BW nr. B9) 2015, nr. 39; Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, par. 7.2-7.6.

10 Vergelijk art. 3:41 BW: ‘Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat.’ Niet noodzakelijk hoeft in het betrekken van het begrip ‘nietigheid’ op de term ‘rechtshandeling’ een *contradictio in terminis* gelezen te worden. Zie Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 112-113, waar Hijma betoogt dat de rechtshandeling ziet op het karakter van de gedraging, terwijl de nietigheid ziet op de juridische effectiviteit van de rechtshandeling (het hebben van rechtsgevolg). Zie tevens Hijma, ‘Eggen’s nulliteitenleer’, *WPNR* 2019/7247, p. 529-530.

11 Het gebruik van de bewoordingen ‘uitgekeerde’ en ‘teruggevorderd’ impliceert dat de verdeling is geëffectueerd door een daaropvolgende levering. Verdeling in de hier bedoelde zin heeft in zichzelf geen overgang van goederen tot gevolg. Vergelijk art. 3:186 lid 1 BW.

Uitgaande van de hiervoor vermelde eisen met betrekking tot subject en object bij verdeling kan worden geconstateerd dat – per zaak beschouwd – met betrekking tot de toedeling van de zaken 1, 2 en 3 aan de vereisten is voldaan. Met betrekking tot de toedeling van zaak 4 is dit niet het geval nu deze aan een derde is ‘toegedeeld’. De verdeling tussen de deelgenoten is geldig, terwijl de verdeling ten gunste van de niet-deelgenoot als nietig en daarmee zonder rechtsgevolg moet worden beschouwd.<sup>12</sup> Het betreffende gemeenschapsgoed kan op grond van art. 3:179 lid 2 BW – de regeling omtrent de bij verdeling overgeslagen goederen – nader tussen de deelgenoten worden verdeeld.

**Casus 3: gemeenschapsgoed overgeslagen**

Stel dat bij een verdeling een goed wordt overgeslagen:

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De gemeenschap bestaat uit drie zaken, genummerd 1, 2 en 3. Bij onderlinge afspraak komen de deelgenoten A, B en C overeen dat A wordt ‘uitgeboedeld’ en dat B en C krijgen toegedeeld respectievelijk zaak 1 en zaak 2. Nadien blijkt dat bij de verdeling zaak 3 is overgeslagen.

In hoeverre kwalificeert de onderlinge afspraak als een verdeling? Het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW veronderstelt dat voor de totstandkoming van verdeling de medewerking van alle deelgenoten als deelgenoten vereist is. Aan dit vereiste is voldaan. Niet vereist is dat het rechtsgevolg van de verkrijging krachtens verdeling de gehele opheffing van de onverdeeldheid inhoudt. De onderlinge afspraak kwalificeert hier als verdeling. Hiermee stemt overeen het bepaalde in art. 3:179 lid 2 BW. Blijkens dit artikel heeft de omstandigheid dat bij een verdeling een of meer goederen zijn overgeslagen alleen tot gevolg dat van die overgeslagen goederen een nadere verdeling kan worden gevorderd.<sup>13</sup>

**Casus 4: niet-gemeenschapsgoed ‘verdeeld’**

Stel dat naast gemeenschapsgoederen ook een niet tot de gemeenschap behorend goed in de verdeling wordt betrokken:

A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De deelgenoten zijn in de veronderstelling dat de gemeenschap vier zaken bevat. Bij onderlinge afspraak komen de gezamenlijke deelgenoten overeen dat A en B uittreden tegen geldelijke vergoeding van de waarde van hun aandelen en dat C de zaken 1 tot en met 4 krijgt toegedeeld. Naderhand blijkt dat zaak 4 niet tot de gemeenschap behoorde.

12 Zie art. 3:195 lid 2 BW.

13 Zou in de casus de omstandigheid dat het goed was overgeslagen, gelegen zijn in het feit dat deelgenoot A dit goed opzettelijk had verzwegen, zoekgemaakt of verborgen had gehouden, dan verbeurt A zijn aandeel daarin aan de andere deelgenoten (art. 3:194 lid 2 BW). In dat geval zou slechts nog een verdeling van het goed tussen de laatstbedoelde deelgenoten kunnen plaatsvinden.

In hoeverre kwalificeert de onderlinge afspraak als een verdeling? Gelet op de geformuleerde vereisten voor verdeling kan de vraag worden gesteld of hier aan de eisen omtrent subject en object wordt voldaan. Als subject moeten zijn betrokken alle tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten, handelend als deelgenoten. Als object van de verdeling gelden de goederen van de gemeenschap.

Voor zover de verdeling betrekking heeft op de gemeenschapsgoederen wordt aan de gestelde eisen voldaan. Voor zover de rechtshandeling betrekking heeft op het niet-gemeenschapsgoed is dat echter niet het geval. Hoewel de wet geen bepaling biedt die uitdrukkelijk op de hier bedoelde situatie ziet, meen ik dat op grond van het voorgaande moet worden aangenomen dat de verdeling, voor zover deze betrekking heeft op het niet-gemeenschapsgoed, deelt in hetzelfde lot als andere verdelingen in situaties waarin de daarvoor geformuleerde eisen omtrent subject en object worden geschonden. In de onderhavige situatie zou dit betekenen dat het beoogde rechtsgevolg van de verdeling, voor zover betrekking hebbend op het niet-gemeenschapsgoed, niet intreedt wegens de (partiële) nietigheid daarvan. Als consequentie hiervan kan de verdeling met betrekking tot het niet-gemeenschapsgoed niet als titel voor levering dienen.<sup>14</sup>

Een andere opvatting tref ik aan bij Mijnsen. Vanwege het belang van de kwestie geef ik hier ruimte aan zijn redenering. Mijnsen betoogt dat de verdeling *voor het geheel* van kracht blijft.<sup>15</sup> Hij doet dit aan de hand van een voorbeeld waarbij een niet tot de gemeenschap behorend schilderij in de verdeling van de betreffende gemeenschap wordt betrokken. Mijnsen motiveert zijn standpunt als volgt:

‘Omdat tussen de deelgenoten geen gemeenschap bestaat voor zover het het schilderij betreft is wat de verdeling betreft sprake van een voortbouwende rechtshandeling waaraan een onderliggende rechtsverhouding ontbreekt. Ingevolge art. 3:199 BW kan art. 6:229 BW evenwel niet worden toegepast. De verdeling, die kan worden beschouwd als de rechtsverhouding die de overgang als bedoeld in art. 3:186 BW rechtvaardigt, *blijft dus van kracht* [cursivering TS]. De eigenaar van het schilderij zal echter kunnen beto-

gen dat de in art. 3:186 lid 1 BW bedoelde levering moet geschieden door de gezamenlijke deelgenoten. Omdat het schilderij niet behoort tot de gemeenschap kunnen de deelgenoten de eigendom ervan niet aan een van hen verschaffen. Daarmee heeft de levering naar ik meen, niet de door art. 3:186 lid 1 BW bedoelde overgang tot gevolg.’<sup>16</sup>

Mijnsen verwijst in zijn argumentatie naar de verhouding tussen art. 3:199 BW en art. 6:229 BW. Ter verduidelijking van de achterliggende problematiek bespreek ik deze verhouding in de volgende paragraaf.

#### 4. Verhouding art. 3:199 en art. 6:229 BW

Het bepaalde in art. 6:229 BW komt erop neer dat een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding in beginsel vernietigbaar is indien deze rechtsverhouding ontbreekt. De rechtshandeling zou dan geldig zijn, hoewel aantastbaar. Volgens art. 3:199 BW zijn echter op een verdeling de art. 6:228 tot en met 6:230 BW niet van toepassing. Hoe dient dit te worden begrepen?

Mijnsen lijkt in het geval van de ‘verdeling’ van een niet-gemeenschapsgoed art. 3:199 BW zo te lezen dat op grond daarvan de *vernietigbaarheid* (op grond van art. 6:229 BW) aan de rechtshandeling van verdeling wordt *onthouden*. De rechtshandeling zou daarmee geldig en niet vernietigbaar zijn.

Zelf meen ik uit de parlementaire geschiedenis te moeten opmaken dat de wetgever juist wilde *voorkomen* dat een dergelijke rechtshandeling in het kader van verdeling geldig (hoewel aantastbaar) zou zijn.<sup>17</sup> Het conflict tussen art. 6:229 BW (vernietigbaarheid) en art. 3:195 BW (nietigheid) mocht niet in het voordeel van de eerste worden beslecht.<sup>18</sup> Naar mijn mening kan als regel – en daarmee ook in een situatie als bedoeld in casus 4 – worden verdedigd dat de rechtshandeling van verdeling in beginsel *nietig* is in de mate waarin niet aan de totstandkomings-eisen voor het bij de verdeling betrokken subject en object is voldaan.

16 Ibidem.

17 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 632-633; MvA II jo. NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 635.

18 MvA II jo. NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 635 [toevoeging tussen haken en cursivering TS]: ‘Een nieuw vijfde lid [van art. 3:7.3.2 – thans art. 3:196 BW – na wijziging] doet (...) vaststaan dat de onderhavige regeling gezien moet worden als een *lex specialis* ten opzichte van de regelingen, vastgelegd in de artikelen 6.5.2.11 en 6.5.2.12 [thans art. 6:228 en 6:229 BW], betreffende de vernietigbaarheid van overeenkomsten wegens dwaling en wegens het uitgaan van een onjuiste veronderstelling’ (...) ‘Het vijfde lid [van art. 3:7.3.2 – thans art. 3:196 BW] is tot een zelfstandig nieuw artikel 3:7.3.3b [thans art. 3:199 BW] gemaakt. Dit houdt verband met de wijziging die artikel 6.5.2.12 [thans art. 6:229 BW] in het gewijzigd ontwerp heeft ondergaan in dier voege dat dit artikel niet langer een geval van dwaling regelt. Toepasselijkheid ervan zou thans niet zo zeer de regeling van artikel 3:7.3.2 [thans art. 3:196 BW], maar veeleer die van artikel 3:7.3.1 lid 2 [thans art. 3:195 lid 2 BW] kunnen doorbreken. Het verdient daarom de voorkeur de *buiten toepassing verklaring* van de artikelen 6.5.2.11, 6.5.2.12 [thans art. 6:228, 229 BW] en het in het gewijzigd ontwerp toegevoegde artikel 6.5.2.12a [thans art. 6:230 BW] *niet meer alleen* op artikel 3:7.3.2 [thans art. 3:196 BW] te betrekken.’

14 Gesteld dat de uittredende deelgenoten ook voor de toedeling van het niet-gemeenschapsgoed geldelijke compensatie hebben bedongen, zou ik deze situatie materieel gelijk willen stellen met de situatie zoals bedoeld in art. 3:195 lid 2 BW (vergelijk casus 3). In het geval de verdeling is geëffectueerd, komt dan aan C het recht toe krachtens verdeling uitgekeerde gelden aan A en B terug te vorderen voor zover betrekking hebbend op de geldelijke compensatie in verband met het in de verdeling betrekken van het niet-gemeenschapsgoed.

15 F.H.J. Mijnsen, ‘Abstracte of causale vermogensrechtelijke rechtshandelingen’, *WPNR* 2012/6916, p. 78.

## 5. Conversie

Om, zoals in de laatstbedoelde casus, toch te kunnen aannemen dat de verdeling, voor zover nietig, niet zonder rechtsgevolg blijft, zou mijns inziens conversie toegepast kunnen worden.<sup>19</sup> De verdeling kan aldus, ondanks dat de verdeling als partieel nietig dient te worden beschouwd, alsnog voor het geheel van rechtsgevolg worden voorzien.<sup>20, 21</sup>

Dit laatste laat onverlet dat in het kader van de effectuering ook dan nog steeds een probleem kan ontstaan indien de betrokken partijen niet beschikkingsbevoegd blijken.

## 6. Conclusie

In deze bijdrage heb ik een analyse gegeven van de verschillende eisen die voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling van belang zijn. De hiervoor geformuleerde

vereisten met betrekking tot het subject en het object bij verdeling lijken van fundamentele betekenis te zijn. Enerzijds blijkt de wetgever tot uitgangspunt te nemen dat bij schending van deze eisen de verdeling nietig is. Anderzijds wordt de verdeling zo veel mogelijk in stand gehouden, voor zover aan de bedoelde eisen wordt voldaan.<sup>22</sup> Dit resulteert in voorkomende gevallen in een partiële nietigheid van de verdeling. Slechts met betrekking tot dat deel van de verdeling waarbij niet aan de fundamentele totstandkomingsvereisten wordt voldaan, moet het rechtsgevolg aan de verdeling worden onthouden. Denkbaar is dat het ontbreken van rechtsgevolg via conversie kan worden geheeld.

Over de auteur

**Mr. dr. T.H. Sikkema**

Universitair docent bij de afdeling Notarieel recht van de Universiteit Leiden.

19 Art. 3:42 BW: 'Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.'

20 Zie ook: De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:42 BW, aant. 13.2.1: 'In de praktijk dient bij de bepaling of art. 3:41 BW (partiële nietigheid) dan wel art. 3:42 BW (conversie) toepasselijk is, allereerst onderzocht te worden of het onverbrekelijk verband uit art. 41 zich voordoet. Zo nee, dan vervalt het nietige gedeelte van de rechtshandeling en blijft het restgedeelte gehandhaafd. (Wel kan in dat geval het nietige gedeelte op zich weer voor conversie vatbaar zijn).'

21 Zie over art. 3:42 BW en de rechterlijke bevoegdheid HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 34, r.o. 3.8: 'Tekst en strekking van art. 3:42 BW brengen mee dat voor toepassing van die bepaling voldoende is dat "aangenomen moet worden", objectief gezien, dat de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate beantwoordt aan die van een andere, vervangende rechtshandeling. Tot die toepassing is de rechter ambtshalve bevoegd. Weliswaar is het in strijd met art. 3:42 een nietige overeenkomst om te zetten in een overeenkomst die partijen, naar moet worden aangenomen, niet zouden hebben gesloten als zij zich van de nietigheid van de gesloten overeenkomst bewust zouden zijn geweest, en verdient het mede daarom in het algemeen aanbeveling dat de rechter niet van zijn bevoegdheid in deze gebruik maakt voordat partijen de gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten, maar daaruit volgt niet dat aan een beroep op conversie de hiervoor bedoelde eisen moeten worden gesteld'. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/652-654.

22 Mocht aan de zogenaamde fundamentele totstandkomingsvereisten met betrekking tot subject en object zijn voldaan, dan wordt de geldigheid van de verdeling tot uitgangspunt genomen. Deze geldigheid doet niet af aan de mogelijkheid om onder omstandigheden de verdeling aan te tasten. In dat licht kan ook het bepaalde in art. 3:196 BW worden bezien inzake de vernietigbaarheid van een in beginsel geldig tot stand gekomen verdeling ondanks de dwaling omtrent de waarde van een of meer gemeenschapsgoederen (en derhalve niet omtrent de status van een goed als gemeenschapsgoed zelf, zie ook de laatste casus hiervoor).