

# VU Research Portal

## Over art. 3:175 lid 1 BW en de aanbiedingsregeling van de bv

Cavalle Medina, Alfonso

### **published in**

WPNR

2022

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

### [Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Cavalle Medina, A. (2022). Over art. 3:175 lid 1 BW en de aanbiedingsregeling van de bv. *WPNR*, 2022(7373), 442-447. Article 7373.

[https://opmaat.sdu.nl/book/SDU\\_SDU\\_GENERIC\\_g\\_IMPRWPNR\\_20220573734/g\\_IMPRWPNR\\_20220573734](https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20220573734/g_IMPRWPNR_20220573734)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **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.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Over art. 3:175 lid 1 BW en de aanbiedingsregeling van de bv

Een deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap kan, anders dan een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap, in beginsel vrij beschikken over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed.<sup>1</sup> Voorbeelden van eenvoudige gemeenschappen zijn een gemeenschap van samenwoners of een gemeenschap van legatarissen die gerechtigd zijn tot hetzelfde goed. Op grond van art. 3:175 lid 1 BW kan elke deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap beschikken over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Deze tenzij-clausule kan voor onzekerheid zorgen, aangezien het begrip *rechtsverhouding* breed wordt opgevat. Hieronder vallen niet alleen contractuele afspraken. De strekking van de rechtsverhouding tussen deelgenoten kan ook bepalend zijn.<sup>2</sup> Het kan daarom lastig zijn om vast te stellen of een deelgenoot inderdaad beschikkingsbevoegd is over zijn aandeel in een gemeenschapsgoed.

Het is aanbevelingswaardig dat deelgenoten een schriftelijke overeenkomst sluiten om hun beschikkingsbevoegdheid duidelijk te regelen. Zie als illustratie de uitspraken van de rechtbank Breda van 2 juli 2008 en de rechtbank Den Haag van 24 juli 2019, waarin deelgenoten hiervoor een regeling waren overeengekomen.<sup>3</sup> Bij de zaak van de rechtbank Breda had de overeengekomen aanbiedingsregeling slechts verbintenisrechtelijke werking, terwijl bij de zaak van de rechtbank Den Haag de beperkende afspraak tussen deelgenoten goederenrechtelijke werking had. Zie voor een recenter voorbeeld de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 7 juli 2021, waarin partijen, net als bij de uitspraak van de rechtbank Breda, een aanbiedingsregeling waren overeengekomen.<sup>4</sup>

Deze uitspraken werpen de vraag op of een aanbiedingsregeling met goederenrechtelijke werking bij de overdracht van een aandeel in een gemeenschapsgoed een beter *wettelijk* uitgangspunt zou zijn dan de huidige regeling. Dit is bijvoorbeeld de hoofdregel voor de overdracht van een aandeel in een bv (art. 2:195 BW). In deze bijdrage wordt geanalyseerd in hoeverre de aanbiedingsregeling van de bv een goed alternatief is voor de tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW. Ik besteed daarbij vooral aandacht aan twee aspecten van deze regelingen: de rechtszekerheid en de flexibiliteit.



Mr. A. Cavallé Medina\*

## 1. Verschillende uitgangspunten

Een gemeenschap en een bv met verscheidene aandeelhouders hebben gemeen dat een groep (rechts)personen belang hebben bij iets collectiefs. Dit belang vertaalt zich bij een gemeenschap in de zin van titel 3.7 BW in de gerechtigheid tot een bepaald breukdeel in een goed en bij een bv in de gerechtigheid tot een aandeel in een rechtspersoon. Zowel bij de eenvoudige gemeenschap als bij de bv kunnen deelgenoten en aandeelhouders bepalen in hoeverre zij vrij kunnen beschikken over hun rechten. Het verschil in beide regelingen zit in het uitgangspunt. Voor deelgenoten in een eenvoudige gemeenschap is de hoofdregel dat zij kunnen beschikken over hun aandeel in een gemeenschappelijk goed, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit. Voor aandeelhouders in een bv is het juist

\* Docent/onderzoeker Notarieel recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.  
(a.cavallemedina@vu.nl)

1. Voor de bijzondere gemeenschap zie art. 3:190 lid 1 BW.
2. M.v.A.II, bij art. 3.7.1.8 (art. 3:175 BW), *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 599.
3. Rechtbank Breda, 2 juli 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD6211, RN 2008/73 en rechtbank Den Haag, 24 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7524, JOR 2020/14.
4. Rechtbank Noord-Holland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6223, RN 2021/104. Uit het vonnis is niet mogelijk uit te maken of de overeenkomst verbintenis- of goederenrechtelijke werking had.

andersom. Op grond van art. 2:195 lid 1 BW zijn aandelen in een bv niet vrij overdraagbaar, tenzij de statuten anders bepalen. Waarom heeft de wetgever een ander uitgangspunt voor de bv gekozen?

De bv is in het leven geroepen als alternatief voor de nv. Naar aanleiding van een richtlijn van de voormalige Raad van de Europese Gemeenschap<sup>5</sup> trachtte de minister met de invoering van de bv het rechtssysteem te voorzien van een vennootschap met een besloten karakter, die goed te onderscheiden was van de nv.<sup>6</sup> De minister streefde zowel naar een interne als een externe beslotenheid voor de bv door de persoonlijke aard van het aandeelhouderschap te beschermen (intern) en de beursnotering van de aandelen onmogelijk te maken (extern).<sup>7</sup> In het kader van deze bijdrage is het vooral relevant om aandacht te besteden aan de interne beslotenheid van de bv.

Het persoonlijke karakter van het aandeelhouderschap in een bv werd beschermd door een dwingendrechtelijke blokkeringsregeling voor de overdracht van aandelen. Dit was volgens de minister de principale uiting van de beslotenheid van de bv.<sup>8</sup> De statuten van deze rechtspersoon dienden een goedkeurings- of een aanbiedingsregeling te bevatten. Hierdoor kregen aandeelhouders die een samenwerkingsverband waren aangegaan met het oog op specifieke personen, de zekerheid invloed te kunnen uitoefenen op de samenstelling van het desbetreffende samenwerkingsverband binnen de rechtspersoon. Iedere aandeelhouder kon in beginsel ongewenste derden buiten de bv houden.<sup>9</sup>

Sinds de invoering van de Flex-bv hoeven de statuten van een besloten vennootschap geen blokkeringsregeling meer te bevatten. Aandeelhouders genieten een zekere vrijheid om de overdraagbaarheid van aandelen te beperken of juist vrij te laten. Zwijgen de statuten over deze kwestie, dan is het uitgangspunt echter dat de aandelen niet vrij overdraagbaar zijn.<sup>10</sup> De hoofdregel van art. 2:195 lid 1 BW houdt in dat voor een geldige overdracht een aandeelhouder de betreffende aandelen eerst aan zijn medeaandeelhouders moet aanbieden.<sup>11</sup> De aanbieding dient te geschieden naar evenredigheid van het aantal aandelen die door ieder van de aandeelhouders wordt gehouden. Hebben medeaandeelhouders geen interesse in de betreffende aandelen, dan kan de verkopende aandeelhouder zijn aandelen aan een derde vervreemden. Hier wordt het grootste verschil tussen een aanbiedingsregeling en een toestemmingsvereiste zichtbaar. De aanbiedingsregeling zorgt ervoor dat niemand gedwongen kan worden om aandeelhouder van de

bv te blijven indien medeaandeelhouders de aanbieding weigeren. Aandeelhouders kunnen overigens van de hoofdregel afwijken en de overdraagbaarheid van aandelen op andere wijze beperken.<sup>12</sup> Houden zij zich niet aan de statutaire beperkingen, dan zijn de aandelen onoverdraagbaar en is een eventuele overdracht ongeleldig. De grondslag hiervoor is te vinden in art. 3:83 lid 3 BW.<sup>13</sup>

Door de hoofdregel van art. 2:195 lid 1 BW blijft volgens de minister de interne beslotenheid een kenmerk van de bv en wordt aansluiting gezocht bij de wensen van de gebruikers.<sup>14</sup> Zo is de aanbiedingsregeling verbonden met de bestaansreden van de bv. De vraag is nu of deze regeling een mogelijk alternatief is voor art. 3:175 lid 1 BW.

## 2. Open karakter, een belemmering?

Bij een besloten rechtsverhouding horen beperkingen ter bescherming van die beslotenheid. Dit beginsel is van kracht bij veel eenvoudige gemeenschappen met een besloten karakter. Zijn deelgenoten bijvoorbeeld een gemeenschap aangegaan met het oog op een specifieke persoon als deelgenoot, dan is de toestemming van de andere deelgenoot vereist om een geldige overdracht van een aandeel in een gemeenschappelijk goed tot

5. Eerste richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen, strekkende tot het coördineren van het vennootschapsrecht (Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. L 65/8 e.v.).
6. *Kamerstukken II 1969/70*, 10689, 3, p. 1.
7. C.A. Schwarz, *Blokkering van aandelen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht deel 27, Deventer: Kluwer 1986, pp. 36, 37 en 58.
8. *Kamerstukken II 1969/70*, 10689, 3, p. 10.
9. Vóór het ontstaan van de bv kon dit ook worden bereikt door een blokkeringsregeling in de statuten van een nv op te nemen. Zie C.A. Schwarz, *Blokkering van aandelen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht deel 27, Deventer: Kluwer 1986, pp. 4 en 37.
10. Bier, Van Olfen & Snijders-Kuipers, *Hno deel 1 – bv en nv (VDHI nr. 132)* 2016, p. 159.
11. Art. 2:195 lid 1 BW.
12. Zie art. 2:195 lid 4 en 5 BW.
13. P. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *Van de bv en de nv*, 2017/34.
14. *Kamerstukken II 2008/09*, 31058, 6, pp. 19, 20 en 38.

stand te brengen.<sup>15</sup> Denk onder andere aan een gemeenschap van samenwoners.<sup>16</sup> Wil een samenwoner zijn aandeel in de gemeenschappelijke woning overdragen, dan heeft hij de toestemming van de andere deelgenoot nodig. Maar niet elke eenvoudige gemeenschap heeft een besloten karakter. Een gemeenschap kan bijvoorbeeld op toevallige wijze zijn ontstaan, waardoor het niet meer relevant is wie deelgenoot is.<sup>17</sup> Zou het dan aanvaardbaar zijn om de aanbiedingsregeling van de bv op de eenvoudige gemeenschap als wettelijke hoofdregel toe te passen?

Historisch gezien is het besloten karakter van de bv bepalend geweest om een aanbiedingsregeling als uitgangspunt vast te leggen in art. 2:195 BW. De bv werd in het leven geroepen als alternatief voor de nv. Er moest een keuze bestaan tussen een vennootschap met een besloten karakter en een andere met een open karakter. Toch valt het te betwijfelen of de beslotenheid nog steeds een essentiële eigenschap is van de bv. Niet iedereen die een bv opricht, doet dat met het oog op de beperking van de overdraagbaarheid van aandelen. Oprichters of aandeelhouders kunnen immers in de statuten bepalen dat de aandelen vrij overdraagbaar zijn. Overigens kunnen ook de statuten van een nv een blokkeringsregeling bevatten. Inmiddels zijn het andere kenmerken van de bv, zoals bijvoorbeeld de afwezigheid van minimumkapitaal, die beslissend zijn om voor de bv in plaats van voor de nv te kiezen.

Zoals al hiervoor besproken zijn een gemeenschap en een bv met meerdere aandeelhouders twee verschillende rechtsfiguren die zich kenmerken doordat meerdere mensen belang hebben bij iets collectiefs. Bij een gemeenschap gaat het om een gemeenschappelijk goed en bij een bv om een rechtspersoon. Nu kunnen we ook concluderen dat sinds de invoering van de Flexbv zowel voor de eenvoudige gemeenschap als voor de bv beslotenheid geen essentiële eigenschap (meer) is. Toch is de aanbiedingsregeling nog steeds het uitgangspunt voor de bv. Hieruit volgt dat enkel het ontbreken van een besloten karakter geen belemmering hoeft te zijn voor de wetgever om de aanbiedingsregeling van de bv als een mogelijk alternatief te zien voor art. 3:175 lid 1 BW. De volgende vraag is of deze hoofdregel ook wenselijk zou zijn.

### 3. Is het een wenselijk alternatief?

Is het wenselijk om de huidige bepaling van art. 3:175 lid 1 BW te vervangen door een aanbiedingsregeling vergelijkbaar met die van art. 2:195 BW? De regeling van art. 2:195 BW heeft voor- en nadelen. Ik bespreek de belangrijkste argumenten voor en tegen dit alternatief en ik breng ze onder twee categorieën: rechtszekerheid en flexibiliteit.

#### 3.1 Rechtszekerheid

Het opnemen van een aanbiedingsregeling in art. 3:175 lid 1 BW als uitgangspunt, waarvan deelgenoten contractueel kunnen afwijken, zou meer houvast kunnen bieden dan de huidige regeling. Het probleem van de geldende bepaling is dat het voor onzekerheid zorgt, aangezien het moeilijk is om vast te stellen wanneer uit de rechtsverhouding tussen deelgenoten voortvloeit of zij wel of niet beschikkingsbevoegd zijn. Op grond van de huidige bepaling is het niet genoeg om te constateren dat deelgenoten geen afspraken hebben gemaakt omtrent hun beschikkingsbevoegdheid over hun aandeel in een gemeenschapsgoed. De strekking van hun rechtsverhouding speelt immers een belangrijke rol. Aspecten zoals de aard van de gemeenschap of de aard van de gemeenschappelijke goederen kunnen hierbij bepalend zijn. In de praktijk kan het daarom lastig zijn om aan de hand van deze gezichtspunten te stellen of een deelgenoot vrij kan beschikken over zijn aandeel.

Het overnemen van het uitgangspunt van art. 2:195 lid 1 BW zou een oplossing kunnen zijn voor de onduidelijkheid van de geldende regeling. Deze hoofdregel zou bijdragen aan twee wezenlijke dimensies van de rechtszekerheid: voorspelbaarheid van het recht en duidelijkheid over de rechtspositie van partijen. Indien het recht voorspelbaar is, kan men zijn gedrag aanpassen aan wat van hem wordt verwacht. Is de rechtspositie van partijen duidelijk, dan weten ze waar ze aan toe zijn.<sup>18</sup> Zijn geen afspraken

15. H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht*, diss. Nijmegen 1988, Deventer: Kluwer 1988, pp. 192 en 195.

16. M.v.A.II. bij art. 3.7.1.8 (art. 3:175 BW), *Parl. Gesch. BW Boek 3*, pp. 558 en 599.

17. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 5 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AF4007, waarin een gemeenschap was ontstaan op toevallige wijze op grond van art. 5:13 BW (*schatvinding*).

18. Zie H. A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid*, Deventer: Kluwer 1997, over een duidelijke rechtspositie p. 17 en over de voorspelbaarheid van het recht p. 19.

tussen deelgenoten gemaakt, dan moet men zich houden aan een aanbiedingsregeling met goederenrechtelijke werking. Een soortgelijke hoofdregel zou vanzelfsprekend meer helderheid tot gevolg hebben.

Toch kunnen we het voordeel van de rechtszekerheid deels relativiseren. Ook al zou als uitgangspunt gelden dat partijen zich moeten houden aan een aanbiedingsregeling, dan kan het nog steeds lastig zijn om na te gaan of deelgenoten toch iets anders hebben afgesproken. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 7 juli 2021 waaruit blijkt dat het sluiten van een schriftelijke overeenkomst niet betekent dat geen onduidelijkheid kan zijn over wat partijen zijn overeengekomen.<sup>19</sup> Zulke overeenkomsten hoeven bovendien niet schriftelijk te worden aangegaan en kunnen zelfs stilzwijgend ontstaan.<sup>20</sup> Deze consequenties vormen echter geen belemmering voor het opnemen van een aanbiedingsregeling als hoofdregel. Deze gevolgen horen bij de flexibiliteit die de rechtsfiguur van de gemeenschap al kent. Tevens is het overduidelijk dat het alternatief dat hier wordt besproken veel meer zekerheid met zich zou brengen dan de huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW, waarin ook de mogelijkheid bestaat om (stilzwijgend) van de hoofdregel af te wijken. De rechtszekerheid die gepaard gaat met een aanbiedingsregeling als hoofdregel is niet te ontkennen.

Tegen het argument van de rechtszekerheid kan worden ingebracht dat er belangrijke verschillen bestaan tussen een eenvoudige gemeenschap en een bv, waardoor het niet zo duidelijk is of een aanbiedingsregeling geschikt is voor beide rechtsfiguren. Een van die verschillen is de notariële tussenkomst. Zowel voor de oprichting als voor de overdracht van aandelen in een bv is een notariële akte vereist. Deze notariële tussenkomst was oorspronkelijk bedoeld om onder andere de misbruik van rechtspersonen te bestrijden.<sup>21</sup> Toch heeft een verplichte notariële akte andere voordelen. Bij de oprichting van de rechtspersoon informeert de notaris partijen over de hoofdregel van art. 2:195 lid 1 BW en over de mogelijkheid om van de aanbiedingsregeling af te wijken. De notaris speelt ook bij de overdracht van aandelen een belangrijke rol door partijen goed te informeren en door zorg te dragen voor de geldigheid van de beoogde rechtshandeling.<sup>22</sup> De notaris gaat na of een aandeelhouder vrij kan beschikken over zijn aandelen en of de betreffende aandeelhouder zich heeft gehouden aan een eventuele aanbiedingsregeling. Zo draagt de notaris bij aan de rechtszekerheid. Deze notariële tussenkomst ontbreekt vaak bij een eenvoudige gemeenschap.

Een hoofdregel zoals die van art. 2:195 lid 1 BW kan minder geschikt lijken indien geen tussenkomst is van een notaris. Bij het aangaan van een eenvoudige gemeenschap en bij de overdracht van een aandeel in een gemeenschappelijk goed is de medewerking van een notaris niet altijd vereist. Een gemeenschap kan bijvoorbeeld bestaan uit alleen niet-registergoederen. Het ontbreken van de notariële tussenkomst betekent dat er bij het aangaan van de gemeenschap niemand zou zijn die partijen informeert over de aanbiedingsregeling en de mogelijke afwijking daarvan. Daarnaast zou er geen notaris zijn die bij de overdracht van een aandeel in een gemeenschappelijk goed nagaat of partijen de eventuele aanbiedingsregeling hebben geëerbiedigd. Daardoor zouden partijen vaak tegen een ongeldige overdracht aanlopen. Dit kan natuurlijk ook gebeuren met de huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW, maar onbevoegdheid is nu niet de hoofdregel. Zonder de notariële tussenkomst is het de vraag of de beschikkingsonbevoegdheid van deelgenoten als uitgangspunt wenselijk zou zijn in het kader van de rechtszekerheid.

De onbevoegdheid van deelgenoten als hoofdregel kan inderdaad nadelig zijn, omdat partijen zonder medeweten kunnen aanlopen tegen een ongeldige overdracht. Dit is vooral onwenselijk voor de gevallen waarin naar huidig recht wel mogelijk is om vrij te beschikken over een aandeel in een gemeenschapsgoed. Denk bijvoorbeeld aan de schatvinder uit art. 5:13 BW in de al genoemde uitspraak van rechtbank Utrecht van 5 februari 2003. Tegelijkertijd kan dit nadeel worden gerelativeerd. Bij de overdracht van een aandeel in een gemeenschapsgoed moet de koper naar geldend recht zich altijd afvragen wat voor rechtsverhouding tussen deelgenoten geldt.

19. Rechtbank Noord-Holland 7 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6223, RN 2021/104.

20. Asser/Perrick 3-V 2019/39a.

21. Kamerstukken II 1985/86, 16631, 29, p. 3 e.v.

22. B.C.M. Waaijer/J.C.H. Melis, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, aant. 2.4.2.1.

De koper wil namelijk een aandeel in een goed en niet de gerechtigheid tot een geheel goed aanschaffen. Een partij die zich niet informeert over deze rechtsverhouding is onverstandig bezig en zou ten onrechte verbaasd zijn over de beschikkingsonbevoegdheid van een deelgenoot. Heeft hij niets gedaan om hierover informatie in te winnen, dan is hij naar huidig recht hoogstwaarschijnlijk niet te goeder trouw in het kader van een mogelijke derdenbescherming.<sup>23</sup> Het opnemen van een aanbiedingsregeling in art. 3:175 lid 1 BW zou in dat opzicht geen ingrijpende wijziging zijn, vooral als we van de parlementaire geschiedenis mogen aannemen dat vaak uit de rechtsverhouding tussen deelgenoten voortvloeit dat ze niet vrij kunnen beschikken over een aandeel in een gemeenschappelijk goed.<sup>24</sup> Met een eventuele aanbiedingsregeling zouden partijen zich weliswaar moeten afvragen of de verkopende deelgenoot kan beschikken over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed, maar dit is ook nu feitelijk het uitgangspunt van art. 3:175 lid 1 BW. Bovendien zou deze wijziging, zoals hiervoor gezegd, zorgen voor meer duidelijkheid omtrent de rechtspositie van deelgenoten en voor een voorspelbare toepassing van het recht.

### 3.2 De belangen van deelgenoten: flexibiliteit

Een ander voordeel van de aanbiedingsregeling als alternatief voor art. 3:175 lid 1 BW is dat deze hoofdregel rekening zou houden met de belangen van de deelgenoten. Tenzij deelgenoten iets anders hebben afgesproken, zouden zij in beginsel invloed kunnen uitoefenen om bepaalde personen buiten de gemeenschap te houden. Een aanbiedingsregeling lijkt in deze zin op de mogelijkheid om verdeling te vorderen. Naar huidig recht zou een deelgenoot die wordt geconfronteerd met een ongewenste nieuwe deelgenoot, verdeling kunnen vorderen.<sup>25</sup> Met een aanbiedingsregeling als uitgangspunt zou een deelgenoot feitelijk hetzelfde kunnen bereiken, maar in een eerdere stadium. De verplichte aanbieding zou vooral in het voordeel zijn van een verkopende deelgenoot. Een dergelijke hoofdregel zou tevens voor meer ruimte zorgen in vergelijking met een eventueel toestemmingsvereiste zoals bij de bijzondere gemeenschap. Indien deelgenoten het aangeboden aandeel niet willen of kunnen overnemen, zou het de verkopende deelgenoot vrij zijn om over zijn aandeel te beschikken. Met een toestemmingsvereiste zou dat niet mogelijk zijn. Op deze manier zou hij naast de mogelijkheid om verdeling te vorderen, van een ander middel genieten om niet te worden gedwongen in een gemeenschap te blijven.

Daarnaast zou de aanbiedingsregeling een flexibel uitgangspunt zijn. Deelgenoten zouden nog steeds de vrijheid hebben om een afwijkende

regeling overeen te komen. De aanbiedingsregeling zou alleen een vertrekpunt zijn.

Hoewel een aanbiedingsregeling zoals die van de bv in het voordeel zou zijn van een verkopende deelgenoot, zou deze hoofdregel nadelen met zich kunnen brengen voor de overige deelgenoten in de gemeenschap. De huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW houdt meer rekening met de belangen van en de rechtsverhouding tussen deelgenoten. Art. 3:175 lid 1 BW doet recht aan de verscheidenheid van eenvoudige gemeenschappen, terwijl een aanbiedingsregeling zoals die van art. 2:195 BW tekort zou doen aan deze diversiteit. Men kan niet spreken van één soort eenvoudige gemeenschap. Denk bijvoorbeeld aan de verschillende rechtsverhoudingen die gelden tussen samenwoners, legatarissen die hetzelfde goed gelegateerd krijgen, burens die een grasmaaier delen, twee gezinnen die eenzelfde caravan aanschaffen of een verzamelaar en een gemeente die toevallig samen een schat in eigendom hebben. De huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW, anders dan een aanbiedingsregeling zoals die van de bv, houdt meer rekening met deze variëteit.

Vooraf doet de aanbiedingsregeling geen recht aan eenvoudige gemeenschappen die niet vatbaar zijn voor verdeling, zoals bijvoorbeeld een gemeenschap van roerende goederen die tot gemeenschappelijk nut dienen van verschillende erven, maar die niet betrokken zijn bij een mandigheid.<sup>26</sup> Het zou onwenselijk kunnen zijn dat een deelgenoot bevoegd is om zijn aandeel aan een willekeurige derde te vervreemden, omdat

23. Van Mourik & Schols, *Gemeenschap* (Mon. BW nr. B9) 2015/26. Zie ook Rechtbank Utrecht 5 februari 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AF4007 r.o. 4.6.

24. M.v.A.II. art. 3:7.1.8 (art. 3:175 BW), *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 598.

25. Zie art. 3:178 BW. Het is belangrijk om op te merken dat verdeling van een gemeenschappelijk goed niet altijd mogelijk is. De aard van de gemeenschap kan zich hier tegen verzetten. Vgl. art. 3:175 lid 1 BW. Gezien de beperkte omvang van deze bijdrage ga ik verder niet in op de omvang van de tenzij-clausule van art. 3:178 lid 1 BW.

26. T.M en M.v.A.II. art. 3:7.1.9 (art. 3:178 BW), *Parl. Gesch. BW Boek 3*, pp. 604-606.

de overige deelgenoten niet in staat zijn om het aandeel over te nemen, ondanks de aanbiedingsregeling, terwijl de gemeenschap niet vatbaar is voor verdeling. Deelgenoten zouden dan een ongewenste derde niet buiten de gemeenschap kunnen houden.

De geldende tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW is een open norm die maatwerk en flexibiliteit biedt. Zorgt de aard van de gemeenschap of de aard van het gemeenschappelijk goed voor een besloten karakter van de gemeenschap, dan zal het uitgangspunt zijn dat deelgenoten op grond van dit artikel niet kunnen beschikken over hun aandeel in het betreffende goed. Is juist sprake van een gemeenschap waarin irrelevant is wie de deelgenoten zijn, zoals bijvoorbeeld in het geval van een schatvinder en een grondeigenaar, dan zijn er op basis van de huidige regeling geen belemmeringen voor de overdracht van een dergelijk aandeel. Deze flexibiliteit zou ontbreken bij een aanbiedingsregeling als hoofdregel.

### Conclusie

Uit deze analyse blijkt dat een aanbiedingsregeling meer houvast zou bieden en voor meer rechtszekerheid zou zorgen dan de huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW. Daarnaast is het opvallend dat een aanbiedingsregeling minder rekening houdt met de verscheidenheid die er is in eenvoudige gemeenschappen. De huidige regeling kent in dat opzicht meer flexibiliteit en maatwerk. De vraag of de aanbiedingsregeling van art. 2:195 BW een goed alternatief is voor art. 3:175 lid 1 BW zal dus afhankelijk zijn van het antwoord op de vraag aan welk principe men meer belang hecht: rechtszekerheid of flexibiliteit. Gezien de verscheidenheid van eenvoudige gemeenschappen heb ik een lichte voorkeur voor de huidige tenzij-clausule van art. 3:175 lid 1 BW boven een wettelijke aanbiedingsregeling. De huidige tenzij-clausule doet meer recht aan dit aspect van de eenvoudige gemeenschap dan een wettelijke aanbiedingsregeling. Toch is er verder onderzoek vereist om over deze kwestie te beslissen.