

Gemeenschap en haar ontstaan

*J.F.M. Janssen**

1. KARAKTERISTIEKEN VAN GEMEENSCHAP

Gaat in het contractenrecht de betrekkelijke eenvoud verloren doordat bij een overeenkomst meer dan de gebruikelijke twee partijen zijn betrokken, in het goederenrecht geeft de aanwezigheid van meer dan één titularis soortgelijke problemen. Wat art. 6:279 BW is voor het contractenrecht, is art. 3:166 BW voor het goederenrecht. Dit artikel bepaalt in zijn eerste lid: ‘gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.’

Opvallend is zowel het eerste als het laatste woord van deze bepaling. Het eerste, omdat hieraan geen – onbepaald – lidwoord voorafgaat. Wellicht moet de verklaring hiervoor worden gezocht in het feit dat de wetgever wil voorkomen dat uit het onbepaalde lidwoord mogelijk onjuiste conclusies worden getrokken omtrent het aantal gemeenschappen dat zou bestaan. Wanneer een gemeenschap tien goederen omvat wil dit niet op voorhand zeggen dat er één gemeenschap is van tien goederen, het omgekeerde geldt evenmin; er bestaan niet per definitie tien gemeenschappen van telkens één goed. Welk van beide situaties – maar dan als uitersten gezien omdat allerlei tussenvarianten mogelijk zijn – aan de orde is, wordt bepaald door (de aard van) de rechtsverhouding der deelgenoten. Aan dit thema wordt elders in dit boek aandacht besteed.

Het laatste woord van het eerste lid van art. 3:166 BW is daarentegen cruciaal, want laat dit weg en Boek 3, titel 7 BW zou onbruikbaar worden, omdat dan ook een gemeenschap zou bestaan tussen de hoofd- en beperkt gerechtigde met betrekking tot hetzelfde goed. *Gezamenlijk* immers bezitten zij alle goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van het object van hun recht, niettemin ontbreekt een gemeenschap, omdat zowel het hoofdrecht, als het beperkte recht slechts één titularis heeft. Zouden beide ten minste

* Mr. J.F.M. Janssen is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden.

twee titularissen hebben, dan zouden er twee gemeenschappen zijn geweest.

Verder blijkt uit lid 1 dat een gemeenschap alleen denkbaar is ten aanzien van een *goed*. Dit begrip is gedefinieerd in art. 3:1 BW: 'goederen zijn zaken en andere vermogensrechten.' Slechts subjectieve rechten, derhalve activa, kunnen deel uitmaken van een gemeenschap. Schulden, passiva, kunnen in de zin van art. 3:166 BW geen gemeenschap vormen. In dit opzicht is de titel Gemeenschap niet uniek. Ondanks de ogenschijnlijk anders suggererende tekst van art. 1:94 BW is de situatie daar niet anders. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat de (huwelijks)gemeenschap, wat haar baten betreft, alle tegenwoordige en toekomstige goederen omvat. Wat haar lasten betreft, aldus lid 2, omvat zij alle schulden van ieder der echtgenoten. Valt een goed in de gemeenschap, dan zijn de echtelieden *gezamenlijk* rechthebbende van het desbetreffende goed. Valt een schuld in de gemeenschap dan kan men *niet* zeggen dat *beide* echtelieden debiteur zijn. Dit blijkt glashelder uit art. 1:102 BW: na de ontbinding van het huwelijk *wordt* de echtgenoot voor gemeenschapsschulden waarvoor hij tijdens het huwelijk niet aansprakelijk was, voor de helft aansprakelijk.

Het geval dat twee of meer personen voor dezelfde schuld door een schuldeiser kunnen worden aangesproken wordt in ons recht niet behandeld als een geval van gemeenschap. Dit blijkt ook uit de opzet van Boek 6, eerste titel, tweede afdeling, handelend over de pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke aansprakelijkheid. Is de schuld deelbaar dan zijn er even zovele *zelfstandige* vorderingsrechten als er schuldenaren zijn. Is de prestatie ondeelbaar of zijn schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk, dan zijn ze hoofdelijk verbonden. Met de betaling door de één gaat in de externe verhouding de vordering door betaling teniet, zie art. 6:7 lid 2 BW. Wat overblijft is in de interne verhouding een recht van regres, indien in de interne verhouding de schuld degene die heeft betaald in het geheel niet aangaat, dan wel voor een lager bedrag dan waarvoor hij heeft betaald. Bij de hoofdelijkheid gaat de wet in beginsel uit van lotsverbondenheid. Bij deelbaarheid ontbreekt die.

Net als bij de huwelijksgemeenschap kunnen schulden echter wel deel uitmaken van een gemeenschap in die zin dat, ook al is niet iedere deelgenoot voor deze schulden aansprakelijk, toch verhaal kan

worden genomen op de goederen van de gemeenschap, zie art. 3:192 BW versus 1:95 BW.

2. HET ONTSTAAN VAN GEMEENSCHAP

2.1 INLEIDING

Gemeenschappen zijn er in alle soorten en maten. Er zijn eenvoudige en bijzondere gemeenschappen. Eenvoudig zijn de gemeenschappen waarbij de enige band tussen deelgenoten wordt gevormd door het feit dat zij gezamenlijk rechthebbenden zijn van een goed. Dit geval is in het recht een witte raaf, maar een glaszuiver voorbeeld hiervan vormt mijns inziens het hierna te bespreken Nieuwe Matex-arrest. Ook kan worden genoemd de belegger die op grond van de Wet Giraal Effectenverkeer deelgenoot is in het gemeenschappelijk effectendepot.

Veruit de meeste gemeenschappen zijn echter bijzonder, omdat er tussen de deelgenoten, afgezien van de gemeenschap nog een andere band bestaat, vergelijk de niet limitatieve opsomming in art. 3:189 BW om een indruk te krijgen.

Sommige gemeenschappen zijn supergebonden, omdat de deelgenoten erin opgesloten blijven zolang ze de tussen hen bestaande – doorgaans obligatoire – rechtsbetrekking niet verbreken (huwelijk, geregistreerd partnerschap, samenlevingscontract, maatschap, vennootschap onder firma, rederij).

Er bestaan actieve gemeenschappen en verdelingsgemeenschappen. In tegenstelling tot de eerste zijn laatstgenoemde gedoemd te worden geëlimineerd.

Gemeenschappen kunnen ontstaan door rechtshandeling (overdracht, mandeligheid, overeengekomen actieve hoofdelijkheid, splitsing van een gebouw in appartementsrechten), feitelijke handelingen (zaaksvorming, vermenging), of van rechtswege (huwelijks-gemeenschap, nalatenschap met meer dan één erfgenaam). Uit de genoemde voorbeelden blijkt al dat gemeenschappen onder algemene titel én onder bijzondere titel kunnen ontstaan.

Soms is het aantal deelgenoten op voorhand gelimiteerd (huwelijks-gemeenschap, geregistreerd partnerschap). Soms zijn de andere deelgenoten volslagen onbekenden van elkaar (giraal effectendepot,

medegerechtigden in de inhoud van een opslagtank of depot). Dit heeft consequenties voor onder andere de beschikking over het onverdeelde aandeel en voor de verdeling.

Een enkele keer bestaat de gemeenschap uit slechts één goed. Zo is bij de rederij het zeeschip het enige bestanddeel van de gemeenschap. Ander voorbeeld: deelgenoten schaffen een auto aan voor gemeenschappelijk gebruik om op die manier de kosten te delen.

Hierna wordt een aantal bijzondere situaties besproken, waarin de vraag aan de orde is of er überhaupt een gemeenschap is (ontstaan). In 2.2 wordt de zaaksvervangings besproken. Deze figuur wordt ten onrechte gezien als oorzaak voor het ontstaan van een gemeenschap. Vervolgens komen in 2.3 e.v. een aantal situaties aan de orde die prohibitief zouden zijn voor het ontstaan van een gemeenschap; in nr. 2.4 ten slotte wordt een raszuiver geval van een eenvoudige gemeenschap aan de orde gesteld.

2.2ART. 3:167 BW: ZAAKSVERVANGING IS GEEN WIJZE VAN RECHTSVERKRIJGING

Mogen we de toelichting op art. 3:167 BW geloven, dan kunnen gemeenschappen ook ontstaan door zaaksvervangings.¹ Mijns inziens is hier sprake van een misvatting en van een onjuiste voorstelling van zaken.

In zijn dissertatie, p. 5, typeert Langemeijer zaaksvervangings als:

'het treden van een zaak in een rechtsbetrekking op grond dat haar ontstaan of verkrijging door een andere persoon onmiddellijk samenhangt met het verlies van een andere zaak die zich tevoren in gelijke rechtsbetrekking bevond'.

Het manco van deze typering is dat zij niet adequaat is voor alle vier categorieën gevallen van zaaksvervangings, die Langemeijer onderscheidt. Ditzelfde manco is ook terug te vinden in de door hem genoemde ratio voor de zaaksvervangings. Begin ik met dit laatste. Zaaksvervangings is volgens Langemeijer het aangewezen middel om een niet gerechtvaardigde vermeerdering of vermindering van macht of rijkdom zo zuiver mogelijk teniet te doen. Tegen zaaksvervangings

1. Ik verkies deze door de praktijk gemunte term boven mogelijk zuiverdere aanduidingen als goederenvervangings of reële substitutie.

pleit zijns inziens vooral dat zij een *overgang van rechtswege* inhoudt, die men bij voorkeur door uitdrukkelijk op een bepaalde zaak betrekking hebbende handeling wil laten ontstaan, a.w. p. 144.

Het probleem is evenwel dat zaaksvervanging (a) niet steeds een *wijze van rechtsverkrijging* is en (b) de voor haar typerende rechtsgevolgen niet alleen intreden wanneer sprake is van *vervanging*, maar ook wanneer een goed wordt verkregen zonder dat dit in de plaats treedt van een ander goed. Art. 3:167 BW is in dit opzicht niet veel beter.

Dat zaaksvervanging niet steeds een wijze van rechtsverkrijging is, blijkt al helder uit de vier categorieën gevallen die Langemeijer opsomt, waarbij naar zijn mening zaaksvervanging zich voordoet. Hij noemt de volgende, a.w. p. 148-149:

- a) Regelingen krachtens welke een zaak is onttrokken aan een recht dat in het algemeen alle verkrijgingen van de eigenaar van de zaak omvat. Hij noemt dan als voorbeelden: goederen buiten de huwelijksgemeenschap en goederen vrij van ouderlijk vruchtgegot;
- b) Regelingen die een bijzonder verhaalsrecht op bepaalde goederen vestigen. Zaaksvervanging is dan nodig om de belangen van de verschillende schuldeisers in evenwicht te houden. Hij noemt in dit verband de beneficiair aanvaarde nalatenschap en het vermogen van de vennootschap onder firma. Twee gevallen dus van een afgescheiden vermogen;
- c) Bijzondere regelingen van de beschikkingsbevoegdheid zoals bij een vermogen dat onder bewind is gesteld;
- d) Bepaalde erfrechtelijke verkrijgingen, zoals fidei-commissen.

In geen van de hier genoemde gevallen is zaaksvervanging te beschouwen als een wijze van rechtsverkrijging. Het dichtst in de buurt hiervan komt nog het eerste geval van categorie (a); zaaksvervanging heeft tot gevolg dat de zuigkracht van de huwelijksgemeenschap, art. 1:94 BW, wordt geneutraliseerd en het privé-vermogen niet wordt uitgehold ten gunste van de huwelijksgemeenschap.

Alle vier categorieën hebben gemeen dat niet alle goederen van de rechthebbende steeds door hetzelfde juridische regiem worden beheerst. Er zijn goederen waarvoor andere regels gelden en steeds wanneer sprake is van een juridisch regiem dat slechts voor een deel van de goederen van de rechthebbende geldt, wordt het redelijk

geoordeeld dat het surrogaat – het vervangende goed – onder hetzelfde regiem komt te vallen als het oorspronkelijke goed. Zou men zulks niet aannemen, dan zou het heel eenvoudig zijn zich te ontdoen van – de doorgaans knellende banden van – het bijzondere regiem door alle goederen te vervreemden. Neem ik als voorbeeld de vennootschap onder firma. Het bijzondere hiervan is dat niet alle schuldeisers zich gelijkelijk op het vennootschapsvermogen kunnen verhalen. De zaaksschuldeisers kunnen zich boven de privé-schuldeisers verhalen op de goederen die deel uitmaken van het vennootschapsvermogen. Vervangen de vennoten een bestaande pc door een nieuwe dan moet de verhaalsvoorrang zich ook uitstrekken tot de nieuwe pc, maar ook wanneer er geen sprake is van *vervanging*, maar van aanschaf van een nieuw goed dat *niet* in de plaats treedt van een ander goed, moet dit nieuwe goed worden beheerst door hetzelfde regiem dat ook voor de rest van het vennootschapsvermogen geldt. Met andere woorden, *zaaksvervanging* is als aanduiding van het verschijnsel te beperkt.

Het huidige BW kent ten minste twee gevallen waarin zaaksvervanging wel degelijk een wijze van rechtsverkrijging is, te weten: art. 3:213 BW (hetgeen in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelyk wordt beschikt, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen) en art. 3:229 BW (het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed). Zonder deze specifieke bepalingen zou het recht van de vruchtgebruiker respectievelijk zekerheidsgerechtigde zich niet uitstrekken over het nieuwe goed.

Bij art. 3:167 BW is evenwel iets anders aan de hand. Bekijken we eerst de voorbeelden die in de toelichting² worden genoemd en die moeten aantonen dat zaaksvervanging een wijze van rechtsverkrijging is.³ Drie gevallen worden genoemd:

2. M.v.A. II, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3 BW, Vaststellingswet, p. 580.
3. Zie ook A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 1999, nr. 25.

- 1) Door of namens de gezamenlijke deelgenoten wordt over een gemeenschappelijk goed tegen een tegenprestatie beschikt. De tegenprestatie gaat dan, aldus de toelichting, als gevolg van zaaksvervanging deel uitmaken van de gemeenschap. Dit is niet juist. Dat het vorderingsrecht gemeenschappelijk wordt, is geen gevolg van zaaksvervanging, maar komt doordat alle deelgenoten partij zijn bij de overeenkomst. Hierdoor zijn zij gezamenlijk rechthebbenden. Art. 3:170 lid 2 BW bepaalt – dan ook – dat de schuldenaar slechts aan de deelgenoten gezamenlijk bevrijdend kan betalen;
- 2) Een goed van de gemeenschap wordt beschadigd, waardoor een recht op schadevergoeding ontstaat. Ook hier weer zou volgens de toelichting⁴ de vordering tot schadevergoeding aan de deelgenoten gezamenlijk gaan toebehoren als gevolg van zaaksvervanging, maar ook hier weer is de redenering ondeugdelijk. Art. 6:162 BW beschermt de subjectief gerechtigde tegen onrechtmatige aantasting van het object van zijn recht en geeft hem als compensatie een vorderingsrecht tot schadevergoeding op de dader. Behoort het subjectief recht toe aan verschillende personen, dan hebben zij vanzelfsprekend gezamenlijk een vorderingsrecht en vloeit dus uit art. 6:162 BW en niet uit art. 3:167 BW voort dat dit vorderingsrecht gemeenschappelijk is;
- 3) Mede-erfgenamen verhuren een tot de nalatenschap behorende zaak.⁵ Ook hier weer geldt: de vordering is niet gemeenschappelijk als gevolg van de zaaksvervanging, maar omdat alle erfgenamen partij zijn bij de huurovereenkomst.

Het rechtsgevolg – het gemeen zijn van het surrogaat – in alle drie hiervoor genoemde gevallen verklaren als een gevolg van zaaksvervanging, zou betekenen dat de materiële herkomst van het oorspronkelijk goed beslissend zou zijn voor het antwoord op de vraag aan wie het surrogaat toebehoort: het enkele feit dat het nieuwe goed is betaald met een goed van de gemeenschap zou het surrogaat stemmen tot een gemeenschappelijk goed. Zou dit waar zijn, dan viel niet in te zien waarom buiten het terrein van de gemeenschap iets

4. Ibidem.

5. Toelichting Meijers op art. 6.1.3, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 126.

anders zou moeten gelden. Dit zou betekenen dat wanneer ik mijn gestelde auto verkoop, ik niet rechthebbende zou zijn van de vordering ter zake van de koopsom omdat ik partij ben bij de overeenkomst, maar omdat de auto van mij was. Dit is niet acceptabel, immers strijdig met de logica en met het stelsel van de wet. Geen wonder dat de Hoge Raad dan ook deze zogeheten leer van de materiële herkomst afwijst.⁶

'(...) dat echter noch in de bewoordingen van art. 214, noch in enig ander gegeven dat voor de uitlegging van dit artikel van belang is, grond kan worden gevonden voor de opvatting dat volgens die bepaling ook de echtgenoot te wiens name de aankoop van genoemde goederen niet geschiedde en aan wie deze ook niet werden geleverd, niettemin voor zijn of haar privé-vermogen de eigendom van die goederen zou kunnen verwerven, alleen omdat de gelden voor de aankoop besteed van hem of haar afkomstig waren.'

Het voorgaande laat slechts één conclusie toe: art. 3:167 BW is geen wijze van rechtsverkrijging. Wat aan de orde is, is dat het surrogaat aan hetzelfde *rechtsregiem* is onderworpen als het oorspronkelijke goed. Viel dit in een eenvoudige gemeenschap, dan gelden de regels van de eenvoudige gemeenschap, viel het in een bijzondere gemeenschap dan gelden de regels van de bijzondere gemeenschap. Tot deze gevolgtrekking voert reeds het gezonde verstand. Art. 3:167 BW is hiertoe in het geheel niet nodig. Men kan het ook aldus formuleren: de hier geschetste rechtsgevolgen zijn geen *gevolg* van zaaksvervanging, het is veeleer omgekeerd: de hier geschetst verschijnselen bestonden reeds. Zaaksvervanging is slechts een min of meer pakkende term om deze verschijnselen in één term te benoemen en aan te duiden.

Samengevat kan worden betoogd dat tegen art. 3:167 BW drie bezwaren kunnen worden ingebracht: het artikel is, zoals gezegd, overbodig, het is onjuist, omdat er is geen sprake van een wijze van rechtsverkrijging, het is onvolledig, omdat het verschijnsel zich ook voordoet buiten het geval dat een goed wordt *vervangen*.

Opvallend is dat in de literatuur over art. 3:167 BW òf gezwegen wordt over de werkelijke betekenis hiervan⁷ òf als axioma geldt dat zaaksvervanging een wijze van rechtsverkrijging is.⁸

6. HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 158 (Van Gaart-Spaan/Heykoop-van Gaart).

7. Zie bijvoorbeeld *Mon. Nieuw BW* B-9 (Van Mourik), 2001, nr. 2.

8. Bijvoorbeeld *Goederenrecht* (Sniijders/Rank-Berenschot), nr. 294.

2.3 HET PRIMAAT AAN DE OBLIGATOIRE FACTOR?

2.3.1 Overzicht

Hierna wordt een aantal gevallen besproken waarin min of meer de relativiteit van de gemeenschap wordt getest. In alle drie gevallen is daar het primaat van de obligatoire rechtsverhouding en rijst de vraag of deze rechtsverhouding prohibitief is voor het ontstaan van een gemeenschap dan wel, omgekeerd, of mag worden aangenomen dat de in de externe verhouding bestaande gemeenschap ook in de interne verhouding bestaat.

2.3.2 De toverstaf van art. 6:16 BW

Wie een bankrekening heeft en hierover ook door een ander wil laten beschikken, kan aan die ander een volmacht geven. Probleem hierbij is dat deze komt te vervallen door gebeurtenissen die de persoon van de volmachtgever betreffen, zie art. 3:72 BW. Met name in geval van overlijden van de rekeninghouder leidt dit tot problemen, omdat door en met diens dood de volmacht eindigt. Zonder een notariële verklaring van erfrecht kunnen de erfgenamen niet over de rekening beschikken.

Oplossing voor dit probleem is de en/of rekening. De rekening wordt op naam gesteld van verschillende personen en dezen kunnen onafhankelijk van elkaar over de rekening beschikken.

Hoe dit verschijnsel juridisch moet worden geduid, is te vinden in art. 6:16 BW:

'Wanneer met de schuldenaar is overeengekomen dat twee of meer personen als schuldeiser de prestatie van hem voor het geheel kunnen vorderen, des dat de voldoening aan de een hem ook jegens de anderen bevrijdt, doch in de onderlinge verhouding van die personen de prestatie niet aan hen allen gezamenlijk toekomt, zijn op hun rechtsverhouding jegens de schuldenaar de in geval van gemeenschap geldende regels van overeenkomstige toepassing.'

In art. 6:16 heeft iedere schuldeiser een *eigen*, niet afgeleide bevoegdheid en evenmin gaat het om een geval van pluraliteit van schuldeisers als bedoeld in art. 6:15 BW. Karakteristiek voor art. 6:15 BW is dat de gemeenschapsconstructie wordt gevolgd omdat

iedere deelgenoot voor een onverdeeld aandeel in het gemeenschappelijk goed gerechtigd is.⁹

In de MvA aan de Tweede Kamer¹⁰ wordt erop gewezen dat goed moet worden onderscheiden tussen de gevallen waarin tussen de schuldeisers wèl een gemeenschappelijk vorderingsrecht bestaat en de gevallen waarin dit niet zo is. Als voorbeeld wordt dan genoemd de gezamenlijke bankrekening en wordt erop gewezen dat zich hierbij twee verschillende situaties kunnen voordoen. Denkbaar is dat de vordering op de bank aan de rekeninghouders gezamenlijk toekomt, bijvoorbeeld wanneer zij in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In zo'n geval is art. 6:15 BW van toepassing. Is er daarentegen slechts één rechthebbende en is de ander alleen in staat gesteld over de rekening te beschikken, dan geldt art. 6:16 BW. In dit laatste geval gelden de regels van de gemeenschap *niet* voor de interne verhouding tussen de schuldeisers van de bank c.q. giro-instelling.

Geheel in lijn hiermee lijkt de uitspraak van Hof Amsterdam 29 juni 1995, *NJ* 1997, 487. Het ging in deze zaak om het volgende. Partijen woonden sinds 1988 samen en hadden twee, door de man erkende, kinderen. In januari 1994 hebben partijen een gezamenlijke bankrekening geopend. Kort hierna is hierop een bedrag van ruim f 272.000 gestort. Dit betrof een schadevergoeding voor een aan de man in Australië overkomen ongeval. In april 1994 neemt de vrouw f 75.000 op van deze rekening. Kort daarna verlaat de man de gemeenschappelijke woning van partijen. De man vordert het bedrag van f 75.000 terug.

In kort geding wijst de president de vordering van de man toe. In hoger beroep klaagt de vrouw zich erover dat de president ten onrechte bepalend heeft geacht en vervolgens ontkennend heeft beantwoord de vraag of zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat partijen hebben beoogd het uitgekeerde schadebedrag in gemeenschap te brengen. Aangevoerd wordt door de vrouw dat beslissend is of tussen partijen een gemeenschap bestaat en niet ook of die is beoogd. Voor het bewijs van het bestaan van de gemeenschap wordt

9. Toelichting Meijers, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 132.

10. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 133.

vervolgens een beroep gedaan op de met de bank gesloten rekening-courantovereenkomst.

Het Hof bekrachtigt het vonnis en overweegt hiertoe als volgt:

‘Ook al zouden de in geval van gemeenschap geldende regels op de rechtsverhouding tussen partijen en de ABN AMRO bank van – overeenkomstige – toepassing zijn, dan betekent dit nog niet dat die regels voor de interne verhouding tussen partijen gelden. De inhoud van laatstbedoelde rechtsverhouding wordt bepaald door hetgeen partijen dienaangaande hebben afgesproken. V. heeft in dit verband weliswaar gesteld dat partijen mondeling hebben afgesproken het bedrag van de schadevergoeding in gemeenschap te brengen, doch M. heeft een dergelijke afspraak uitdrukkelijk betwist.’

Extern – in de verhouding met de bank – is er een gemeenschap, intern – tussen man en vrouw – niet. De vraag kan worden gesteld (a) of dit logisch is en (b) of niet hetzelfde resultaat op andere manier kan worden bereikt.

In het goederenrecht past terughoudendheid met het aannemen van relatieve verhoudingen. Het huidig BW kent – daarom – slechts een enkel geval van relativiteit in het goederenrecht. Dit doet zich voor wanneer een bezitter-niet eigenaar *constituto possessorio* het bezit verschafft aan de verkrijger. Omdat levering naar luid van art. 3:90 lid 1 BW bezitsverschaffing is, is de levering c.p. door een bezitter-niet eigenaar geldig jegens de verkrijger,¹¹ maar deze kan zich jegens de ouder gerechtigde – in casu de eigenaar-niet bezitter – op deze levering niet beroepen, want art. 3:90 lid 2 bepaalt dat de levering eerst *werkt* tegenover de ouder gerechtigde vanaf het tijdstip dat de zaak in handen is gekomen van de verkrijger.¹² Doordat de levering niet werkt jegens de ouder gerechtigde, werkt dus ook de overdracht niet, art. 3:84 BW, en ontstaat er relatieve eigendom: de verkrijger is eigenaar, maar uitsluitend jegens de gedeposeerde kan hij zich niet erop beroepen eigenaar te zijn.

De hier beschreven uitzondering op het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten wordt opgedrongen door enerzijds het systeem, in casu art. 3:115 sub a BW – dat toestaat dat een bezitter door enkele overeenkomst zonder feitelijke overgave het bezit overdraagt –, maar vooral door de behoeften van de praktijk. Wordt eenmaal geproclameerd dat een bezitter bij enkele overeenkomst en

11. Zie met zoveel woorden art. 3:115 sub a BW.

12. Voor het recht van reclame geldt *mutatis mutandis* hetzelfde, omdat art. 7:42 BW verwijst naar art. 3:90 BW.

zonder feitelijke overgave bezit kan overdragen, dan moet dit ook gelden wanneer de vervreemder wel bezitter, maar geen eigenaar is. Uiteindelijk dient een belangenafweging tussen verkrijger en ouder gerechtigde te bepalen of relatieve eigendom moet worden aanvaard. Het antwoord luidt bevestigend, indien men van oordeel is dat de ouder gerechtigde zijn recht niet mag verliezen zolang voor hem de zaak niet zichtbaar uit de *macht* van de bezitter is geraakt, het antwoord luidt ontkennend als men art. 3:115 sub a BW onverkort wenst te handhaven en een bezitsoverdracht *constituto possessorio* te allen tijde en onvoorwaardelijk geldig acht. Onverkorte handhaving van art. 3:115 sub a BW stuit evenwel af op de behoeften van de praktijk.

Ook elders zien we wel dat de behoeften van de praktijk dwingen tot aanpassing van het systeem. Zo is art. 3:91 BW in feite een concessie aan art. 3:90 BW. Wanneer onverkort wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat levering bezitsverschaffing is, zou niet kunnen worden geleverd als de eigenaar het bezit nog niet kwijt wil. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij het eigendomsvoorbehoud. Ook hier moet door de wetgever dan worden gekozen tussen onmogelijkheid respectievelijk de mogelijkheid van leveren. Keuze voor het laatste alternatief dwingt tot een modificatie van het begrip leveren. De wetgever heeft ook hier oog gehad voor de behoeften van de praktijk en gekozen voor het laatste alternatief. Leveren kan dan niet langer zijn bezitsverschaffing, maar wordt machtsverschaffing.

Het komt mij voor dat in het kader van art. 6:16 BW de behoeften van de praktijk niet nopen tot een relativering van de gemeenschap. De oplossing kan worden gevonden in de verdeling. Als de interne verhouding van partijen meebrengt dat het saldo slechts één van hen aangaat, betekent dit voor de verdeling dat het gehele saldo aan de desbetreffende deelgenoot wordt toegescheiden. Op die manier doet men ook recht aan art. 3:166 lid 2 BW: de aandelen van de deelgenoten zijn gelijk, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit.

De hier gepropageerde opvatting vindt steun in ieder geval in de tekst – niet: in de toelichting, zoals uit het voorgaande moge blijken – van art. 6:16 BW, omdat nadrukkelijk wordt gesproken van ‘toekomst’ en niet van: ‘toebehoort’. Het eerste begrip wordt gereserveerd voor obligatoire, het laatste voor goederenrechtelijke aanspra-

ken.¹³ Zou de wetgever hebben bedoeld dat intern er géén gemeenschap is dan zou in de tekst hebben moeten staan: ‘doch in de onderlinge verhouding van die personen de prestatie niet aan hen allen gezamenlijk *toebehoort*’. Nu lijkt de tekst te suggereren dat ook intern een gemeenschap bestaat, maar dat redres *obligatoir* dient te geschieden. Gezien de overduidelijke toelichting is hoogstens sprake van een – veelzeggende! – Fehlleistung.

2.3.3 De commanditaire vennootschap met één beherende vennoot

Een commanditaire vennootschap is vennootschap ook indien er slechts één beherende vennoot is. Ook in een commanditaire vennootschap is derhalve inbreng vereist, art. 19 K jo. 7A:1655 BW.

In twee uitspraken heeft de Hoge Raad ontkend dat de commanditaire vennootschap met één beherende vennoot (a) een gemeenschap kan hebben en (b) een afgescheiden vermogen heeft.¹⁴

De aard van de obligatoire rechtsverhouding tussen de beherende vennoot en de commandiet(en) staat kennelijk in de weg aan het aannemen van een gemeenschap.

Kijken we naar wat karakteristiek is voor zo’n vennootschap, dan is het antwoord te vinden in met name art. 20 K. De naam van commanditaire venno(o)t(en) mag niet in de firma – de naam waaronder de vennootschap handelt – worden gebezigd en evenmin mag zo’n vennoot een daad van beheer verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet uit kracht ener volmacht, zo wordt nadrukkelijk bepaald. De identiteit van de commanditair(en) is kennelijk het geheim van de vennootschap. Wellicht dat hierin de verklaring moet worden gevonden dat de Hoge Raad het bestaan van een gemeenschap verwerpt, want dan zou, zeker bij registergoederen en vorderingen op naam, de identiteit van de commandiet(en) bekend zijn.

Tegen de opvatting van de Hoge Raad pleiten (a) dat de wet uitdrukkelijk rekening houdt met overtreding van dit voorschrift en dit in art. 21 K afstraft: de vennoot bij wijze van geldschieting, die de bepalingen van de leden 1 en 2 van art. 20 K overtreedt, is voor

13. Zie: A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1999, nr. 82.

14. HR 4 januari 1927, NJ 1937, 586 PS (Schaaper) en HR 3 februari 1956, NJ 1960, 120 HB (Hardy).

alle schulden en verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk en (b) de vraag of een gemeenschap ontstaat wordt door het goederenrecht en niet door het verbintenissenrecht bepaald.

Naar mijn oordeel ontbreken steekhoudende argumenten voor het ontkennen van een gemeenschap met commandieten.

2.3.4 HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 WK (Modehuis Nolly)

De casus: partijen zijn buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw exploiteert een modehuis. Zij is met haar echtgenoot overeengekomen dat deze de inkomsten uit de modezaak op eigen naam zou beleggen om ze hierdoor te onttrekken aan de greep van de schuldeisers van de vrouw. Als lasthebber van de vrouw koopt en verwerft hij op eigen naam met gelden van de modezaak een onroerende zaak.

Voor zover hier van belang werd in cassatie betoogd dat de vrouw als principaal van de man rechthebbende was van de onroerende zaak, althans dat in de interne verhouding tussen partijen de zaak gemeen was.

De Hoge Raad verwerpt beide stellingen:

‘(...) dat dit middel ongegrond is, voor zover het betoogt dat een middellijk vertegenwoordiger te eigen name een onroerend goed voor zijn principaal in eigendom kan verwerven in die zin dat de principaal door die verwerving eigenaar van de goederen wordt; dat een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar is met art. 671 B.W.¹⁵ en met de door dit wetsvoorschrift beoogde openbaarheid van eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht;

dat, wat betreft de subs. stelling van het middel, te weten dat de vrouw alleen naar de interne verhouding tussen pp. als eigenares geldt, deze stelling naast het eerste middel zelfstandige betekenis mist, daar niet valt in te zien, waarin een zodanig gerelativeerd recht van de vrouw op de goederen zich praktisch zou onderscheiden van een verbintenisrechtelijke aanspraak op die goederen; (...)’

Wat betreft de eerste stelling van het middel, thans zou niet anders geoordeeld worden. Een beroep op art. 3:110 BW zou niet baten, omdat deze bepaling handelt over het bezit en niet de eigendom van de onroerende zaak.

Ook de subsidiaire stelling was kansloos. Uit de rechtsoverweging laat zich afleiden dat de Hoge Raad niets wil weten van een

15. Vergelijk het huidige art. 3:189 BW.

relatieve gemeenschap: een gemeenschap die louter intern bestaat. Terecht stelt hij dat zo'n gemeenschap zich niet onderscheidt van een louter obligatoire aanspraak.

Voordeel voor de vrouw om, al was het maar intern, als recht-hebbende te worden aangemerkt, zou onder andere hierin zijn gelegen dat zij dan meedeelde in de waardeinstijging van de gekochte onroerende zaak, terwijl een obligatoire aanspraak nooit meer kon belopen dan het bedrag van de onttrekking aan de onderneming. De Hoge Raad wil evenwel niet(s) weten van deze relatieve eigendom. Op gronden in 2.3.2 uiteengezet, heb ik geen enkele moeite met deze afwijzing.

2.4HR 10 FEBRUARI 1978, NJ 1979, 338, WMK (NIEUWE MATEX), EEN ZUIVER EENVOUDIGE GEMEENSCHAP

Een eenvoudige gemeenschap bestaat indien de enige rechtsbetrekking tussen de deelgenoten is het feit dat zij gezamenlijk rechthebbende zijn. Dit is zelden het geval, omdat gewoonlijk tussen de deelgenoten ook nog een andere rechtsbetrekking bestaat. Doorgaans is deze van obligatoire aard. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: men is gehuwd, geregistreerd partner of woont samen, men heeft een samenwerkingsverband (maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, rederij), men is mede-erfgenaam (de andere rechtsbetrekking is hier niet obligatoir, maar erfrechtelijk van aard), men is eigenaar van een appartementsrecht (de andere rechtsbetrekking is verenigingsrechtelijk van aard), koop van een auto voor gemeenschappelijk gebruik etc.

Voorbeelden van een zuiver eenvoudige gemeenschap zijn schaars, maar ze bestaan wel. Ik noem het medegerechtigd zijn in een effectendepot en het thans te bespreken Nieuwe Matex-arrest.

De casus was de volgende: bij akte van maart 1974 heeft Murochem in verband met haar te verstrekken krediet aan de First National City Bank (FNCB) tot zekerheid overgedragen 'haar volledige voorraad vloeistoffen, welke zich nu of in de toekomst onder haar naam zal bevinden bij (...) Nieuwe Matex'. Levering vindt plaats doordat partijen overeenkomen dat de voorraden welke zich bij de opslagmaatschappij bevinden of zullen bevinden, bij deze laatste in opslag blijven, zodat de opslagmaatschappij de voorraden die zij houdt of zal houden voor Murochem voortaan zal houden voor de bank. Deze akte is door FNCB medegedeeld aan Nieuwe Matex.

Eind 1976 komt Murochem in financiële problemen en laat zich door Nieuwe Matex twee toondercelen op de door haar in bewaring gehouden voorraden afgeven. Het gaat om in totaal 1410 ton benzeen, die door Murochem aan Easco is verkocht. Levering geschiedde door overgave van de celen. Easco levert deze celen in bij Nieuwe Matex, die zich jegens Easco verbond de daarin vermelde door Easco intussen doorverkochte benzeen aan de door Easco aan te wijzen koper te zullen uitleveren. FCNB legt vervolgens revindicatoir beslag onder Nieuwe Matex.

Voor zover hier van belang ging het in cassatie om de vraag of Easco door middel overgave van een ceel (mede)bezitter van de door Murochem gehouden vloeistof was geworden, indien de ceel zelf niet vermeldt waar de geleverde vloeistof ligt opgeslagen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend:

‘Bij de beoordeling van het eerste onderdeel dient voorop te worden gesteld dat de hierin aangevoerde grief geen betrekking heeft op de vraag of naar Nederlands recht bezit of eigendom mogelijk is van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken – welke vraag ontkennend dient te worden beantwoord –, maar op de vraag of bezit en eigendom, resp. een aandeel daarin, van een bij een opslagbedrijf opgeslagen voorraad vloeistof kan worden overgedragen door overgave m.b.t. het geheel of een deel van die voorraad uitgegeven ceel, als die ceel zelf slechts de aard en de hoeveelheid van de opgeslagen vloeistof aanduidt en niet vermeldt in welke ruimte de vloeistof ligt opgeslagen. In het thans besproken onderdeel wordt de opvatting verdedigd dat laatstgenoemde vraag ontkennend dient te worden beantwoord, ook als uit een door het opslagbedrijf gevoerde interne administratie aan de hand van het nummer van de ceel kan worden afgeleid, dat deze betrekking heeft op (een gedeelte van) de in een bepaalde tank opgeslagen vloeistof.

Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht. Het feit dat uit de ceel zelf niet te lezen valt, waar de vloeistof ligt opgeslagen voor welke de ceel is uitgegeven, neemt niet weg dat de rechtmatige houder van de ceel tegenover het opslagbedrijf aanspraak heeft op uitlevering van – of uit – die bepaalde voorraad, waarop de ceel betrekking heeft. Ook in een dergelijk geval brengt de uitgifte van de ceel dan ook mee, dat het opslagbedrijf de betr. vloeistof houdt voor de opvolgende houders van de ceel en dat de overgave van de ceel zakenrechtelijk dezelfde betekenis heeft als overgave van de vloeistof zelf.

In het tweede onderdeel wordt er op gewezen dat de aan Easco overgedragen celen niet alleen afzonderlijk, maar ook te zamen genomen, betrekking hadden op een kleinere hoeveelheid benzeen dan zich in tank nr. 1708 bevond, waaruit dan wordt geconcludeerd dat genoemde celen ook om deze reden niet konden strekken tot het verschaffen van bezit en eigendom van een afgezonderde partij. Aldus wordt echter miskend dat door uitgifte van een ceel met betrekking tot een gedeelte van een opgeslagen hoeveelheid materiaal de mogelijkheid wordt geschapen door overdracht

van de ceel het medebezit en de medeëigendom in die hoeveelheid voor dat gedeelte over te dragen.⁷

De ceel zelf hoeft niet de locatie te vermelden waar de geleverde benzeen is opgeslagen, voldoende is dat deze gegevens uit de administratie van Nieuwe Matex blijken. Voor de (pand)cessie neemt de Hoge Raad hetzelfde aan.¹⁶ de gecedeerde vordering heeft niet *in* de akte zelf te zijn gespecificeerd, voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.

De beslissing over de eisen die aan de ceel mogen worden gesteld waar het de identificatie van de geleverde zaak betreft – de ceel zelf heeft die gegevens niet te bevatten –, verbaast niet, omdat de vloeistof blijkens de uitspraak op twee verschillende wijzen geleverd kan worden: door verschaffing van het bezit van de zaken op voet van art. 3:90 BW respectievelijk door overgave van de ceel, waardoor eveneens het bezit wordt verkregen. Welnu, waarom zouden voor de laatste variant andere eisen gelden waar het betreft de te specificeren zaken als voor de eerste? Ook in het eerst geval is het voldoende dat op *enige* wijze kan worden vastgesteld welke zaken zijn geleverd, zie art. 3:84 lid 2 BW.

Interessant is echter hetgeen wordt overwogen naar aanleiding van het tweede onderdeel.

In casu is sprake van vermenging. Vermenging onderscheidt zich in twee opzichten van natrekking:

- a) Doordat er geen hoofdzaak is. Dit heeft gevolgen voor de eigendomsverhoudingen. Natrekking leidt alleen tot rechtsverkrijging van de eigenaar van de hoofdzaak. Er kan geen gemeenschap ontstaan tussen de eigenaar van de hoofdzaak en de eigenaar van het bestanddeel.¹⁷ Laatstgenoemde verliest de eigendom aan eerstgenoemde, art. 5:14 BW;
- b) Doordat sprake is van een onomkeerbaar proces – de *oorspronkelijke* (vloeistof) is niet meer te isoleren. Slechts een zelfde *hoeveelheid* als is toegevoegd kan worden teruggehaald en hierin onderscheidt de vermenging zich van de oneigenlijke vermenging.

16. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 WMK (Spaarbank Rivierland/Gispens q.q.).

17. Dit geval is te onderscheiden van dat van art. 5:14 lid 2 BW, want dit gaat ervan uit dat *geen* van beide zaken hoofdzaak is. Alsdan kan zich wel een gemeenschap voordoen.

Wanneer ik drie pakken melk van een ander voeg bij zeven pakken van hetzelfde merk, die aan mij toebehoren, zodanig dat ik niet meer weet welke de oorspronkelijke drie pakken waren, is het heel goed mogelijk deze 'vermenging' terug te draaien, maar het feit dat de oorspronkelijke pakken niet meer te identificeren zijn, heeft gevolgen voor de revindicatie niet in die zin dat de eigendom voor de eigenaar van deze drie pakken verloren is gegaan, want oneigenlijke vermenging is geen door de wet erkende wijze van rechtsverkrijging respectievelijk rechtsverlies, maar doordat bij gebreke van specificatie de revindicatie zal (moeten) worden afgewezen. In het Texeira de Mattos-arrest¹⁸ lijkt dit ook te worden erkend, want naar aanleiding van het derde onderdeel van het cassatiemiddel wordt overwogen dat 'deze certificaten, die deel uitmaken van de algemene effectenvoorraad van Texeira, welke ook met betrekking tot de onderhavige soort stukken voortdurend aan wisseling onderhevig is geweest (...) moeten *gelden*¹⁹ als eigendom van Teixara'. Niet wordt dus gezegd dat ze eigendom *zijn* van Texeira. Doordat oneigenlijke vermenging geen wijze van rechtsverkrijging is, kan zij ook geen oorzaak zijn voor het ontstaan van een gemeenschap met de bewaarnemer.²⁰ Bij eigenlijke vermenging is dit anders: wanneer (vloeistoffen) die aan verschillende eigenaren toebehoren worden vermengd, ontstaat mede-eigendom, want er valt geen enkel logisch argument te bedenken waarom de ene eigenaar de eigendom zou moeten verliezen aan de andere eigenaar. Mede-eigendom is dan ook de oplossing van de wet, zie art. 5:15 jo 5:14 lid 2 BW. Ook in dit opzicht kan de uitspraak niet verbazen.

Waar men echter wel vraagtekens achter kan plaatsen, zijn de eisen die de Hoge Raad stelt aan de identificatie. Want, wat indien de administratie van Nieuwe Matex geen kompas meer kan zijn ter bepaling waar de benzeen van Easco ligt opgeslagen, bijvoorbeeld doordat de administratie bij brand verloren is gegaan? In een geval als het onderhavige lijkt het dan ongerijmd dat de ceelhouder ineens

18. HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 HD.

19. Cursief van mij, J.

20. Het cassatiemiddel waarin werd betoogd dat in ieder geval sprake was van een gemeenschap van hen die de vier certificaten Nillmij opeisten, stuitte af op de anders luidende uitleg door het Hof van de overeenkomst met de bewaarnemer.

zijn eigendomsrecht verliest c.q. niet meer geldend kan maken, immers (a) Nieuwe Matex pretendeerde nimmer rechten als recht-hebbende te hebben; het opslagbedrijf heeft zich van meet af aan op het standpunt gesteld slechts houder te zijn en (b) Nieuwe Matex heeft als houder celen afgegeven aan Murochem en hiermee diens eigendomsrecht erkend. Ook in zo'n situatie zal moeten worden aangenomen dat geen wijziging optreedt in de mede-eigendomsverhoudingen en zal de ceelhouder een *zakenrechtelijke* aanspraak hebben op uitlevering van de in de ceel genoemde hoeveelheid benzeen. Uitgangspunt zal toch moeten zijn dat de totale hoeveelheid benzeen die op het terrein – dus niet uitsluitend in een of andere tank – ligt opgeslagen, mede-eigendom is van al diegenen die deze benzeen in bewaring hebben gegeven. De ceel is bewijs van eigendom van de daarin genoemde hoeveelheid. Naar mijn mening is dan ook niet relevant in welke tank(s) de opslag heeft plaatsgevonden.

Voor A-G Ten Kate daarentegen lijkt het wèl verschil te maken of Nieuwe Matex benzeen met eigen voorraad heeft vermengd. Hij beroept zich hiertoe op het hiervoor genoemde Teixeira de Mattos-arrest en betoogt:²¹

'Ik meen evenwel dat zich i.c. ten aanzien van het destijds berechte geval een belangrijk verschil voordoet. De vraag was toen, of de vier in bewaring genomen effecten (certificaten Nillmij) tot het vermogen van de bewaarder behoorden, dan wel daarvan voldoende duidelijk waren afgescheiden. Wie effecten in zijn eigen voorraad opneemt of daarmee anderszins vermengt, *wordt daarvan eigenaar* [cursivering J.F.M.J.]. Zijn er op een gegeven ogenblik te weinig, niet voor de cliënt afgezonderd bewaarde effecten tegenover hetgeen in bewaring werd gegeven, dan is het min of meer toeval indien van een bepaalde soort juist het aantal aanwezig is, dat ter bewaring werd gegeven. Dat ze er zijn, is te danken aan het feit dat bij de voortdurende wijziging van het eigen vermogen andere stukken werden verbruikt.'

Ik ben het niet met hem eens. Zoals gezegd, bij vermenging ontstaat mede-eigendom indien (vloei)stoffen die aan verschillende rechtheb-benden toebehoren, worden vermengd. In dit opzicht is volslagen irrelevant *wie* de mede-eigenaren zijn. Niet valt in te zien waarom dit zakenrechtelijk resultaat anders zou (moeten) zijn, indien het opslagbedrijf zelf eigendomsrechten heeft ten aanzien van een *deel* van de voorraad.

21. T.a.p. p. 1040, r.k.

Hij miskent mijns inziens dat het in de uitspraak van 1968 ging om een geval van *oneigenlijke* vermenging en zoals hiervóór in het licht is gesteld, zijn de zakenrechtelijke gevolgen van *oneigenlijke* vermenging totaal anders dan die van *eigenlijke* vermenging.

De Hoge Raad lijkt zijn uitspraak niet te willen beperken tot vloeistoffen. Immers in de laatste geciteerde rechtsoverweging stelt hij: 'dat genoemde celen ook om deze reden niet konden strekken tot het verschaffen van bezit en eigendom van een afgezonderde partij'. In de hierop volgende zin wordt gesproken van 'opgeslagen hoeveelheid materiaal'. Terwijl in het arrest consequent wordt gesproken van 'benzeen' is hier ineens sprake van een 'partij' en 'materiaal'. Gelet op hetgeen zo juist is gezegd over het verschil in rechtsgevolgen tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke* vermenging zal moeten worden aangenomen dat met 'partij' c.q. 'materiaal' slechts kunnen zijn bedoeld zaken die vatbaar zijn voor *eigenlijke* vermenging.

Uit de uitspraak blijkt dat een deelgenoot op twee wijzen over zijn eigendomsrechten kan beschikken: hij kan zijn onverdeeld aandeel vervreemden door de ceel over te dragen, hij kan ook fysieke uitlevering van de benzeen verlangen.

De eerste wijze van beschikken is te zien als een vervreemding van het onverdeelde aandeel in de gemeenschap, zie art. 3:175 lid 1 BW. De aard van de tussen de deelgenoten bestaande gemeenschap verlangt dat een deelgenoot vrijelijk over zijn onverdeeld aandeel kan beschikken.

De tweede wijze moet worden gezien als een verdelingshandeling. Naar luid van art. 3:182 BW moeten hieraan alle deelgenoten hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, *medewerken*, maar aangezien een verdelingshandeling in beginsel vormvrij kan geschieden, art. 3:183 BW, zal de verdelingshandeling zich hier aldus (kunnen) voltrekken dat de andere deelgenoten geacht worden aan de bewaarder stilzwijgend²² volmacht te hebben verleend namens hen de verdeling tot stand te brengen met degene die fysieke uitlevering conform de ceel verlangt.

Interessant is om te onderzoeken of het hier besproken arrest moet leiden tot een heroriëntatie op de kwaliteitsrekening c.q. derden-rekening. Ik acht heel wel voorstelbaar dat, hoezeer de rekening op naam staat van bijvoorbeeld een advocaat of een notaris,

22. Zie art. 3:37 lid 1 BW jo. 3:60 BW.

het saldo toekomt aan hen ten behoeve van wie de gelden op de rekening zijn gestort. De mij gestelde grenzen staan evenwel niet toe aan dit denkbeeld hier uitwerking te geven.