



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beginsel en begrip van verdeling

Sikkema, T.H.

Citation

Sikkema, T. H. (2018, November 22). *Beginsel en begrip van verdeling*. *Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67088>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67088>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/67088> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Sikkema, T.H.

Title: Beginsel en begrip van verdeling

Issue Date: 2018-11-22

Beginsel en begrip van verdeling

Beginsel en begrip van verdeling

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 22 november 2018
klokke 16.15 uur

door

Teije Heinze Sikkema

geboren te Harlingen

in 1971

Promotores:

prof. mr. W.G. Huijgen

prof. dr. F. Sonneveldt

Promotiecommissie:

mr. dr. P.C. van Es

prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg

prof. mr. B.E. Reinhartz (Universiteit van Amsterdam)

prof. mr. F.W.J.M. Schols (Radboud Universiteit Nijmegen)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Druk: ProefschriftMaken – www.proefschriftmaken.nl

© 2018 T.H. Sikkema

ISBN 978 94 9301 997 3

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

aan mijn ouders
aan Marga

Inhoudsopgave

	LIJST VAN AFKORTINGEN	xi
1	INLEIDING	1
1.1	Belang	1
1.2	Probleemstelling	2
1.3	Opzet	5
1.4	Methode	6
1.5	Behandeling	6
1.6	Terminologie	8
1.7	Onderzoek	9
2	INTRODUCTIE TOT VERDELING	11
2.1	Modellen van mede-eigendom	11
2.2	Mede-eigendom en scheiding	13
2.3	Gemeenschap en verdeling naar Nederlands recht	16
2.4	Gemeenschap en verdeling naar Belgisch recht	19
2.5	Slotopmerking	25
3	TOTSTANDKOMING VAN HET VERDELINGSBEGRIIP IN HET NBW	27
3.1	Van Meijers tot NBW	27
3.2	Van één naar twee volzinnen (GO)	29
3.3	Tweede volzin (GO) in de literatuur	31
3.4	Tweede volzin (NvW)	34
3.5	Het leveringsvereiste	37
3.6	Verdeling en levering	39
4	VERDELING IN TWEE VOLZINNEN	43
4.1	Inleiding	43
4.2	Opbouw van het verdelingsbegrip	43
4.3	Verdeling als causa voor levering	44
4.4	Een voor rekening van de gemeenschap komende schuld	50
4.5	Novatie van de causa	51
4.6	Geen novatie van de leveringshandeling	53
4.7	Inbetalinggeving	57
4.8	De nadere overeenkomst	62
4.9	De causa naar keuze: alternatief en exclusief	64

5	MAATSTAF VOOR VERDELING	69
5.1	Inleiding	69
5.2	Hetgeen als geldend recht aanvaard wordt	69
5.3	HR 20 juni 1951	70
5.4	Formuleringen van scheiding en verdeling	72
5.5	Heeft verdeling noodzakelijk verdeeldheid tot gevolg?	76
5.6	Maatstaf voor verdeling	79
5.7	Rechtsvergelijking	81
5.8	Slotbeschouwing	83
6	VERKRIJGEN KRACHTENS VERDELING	85
6.1	Inleiding	85
6.2	Verkrijgen volgens het verdelingsbegrip	86
6.3	Differentiatie binnen het begrip 'verkrijgen'	89
6.4	Interpretatie van het begrip 'verkrijgen'	91
6.5	Uitvoering van koop tevens verdeling	92
6.6	Differentiatie binnen titel 3.7 BW	94
6.7	Overbedeling en onderbedeling	95
6.8	Financiële consequenties	97
6.9	Verkrijgen en medewerken door deelgenoten	99
6.10	De rechtshandeling 'krachtens welke' wordt verkregen	101
6.11	Reikwijdte van verkrijgen in het kader van verdeling	103
6.12	De opvatting van Kleijn	106
6.13	Casusposities	109
7	SUBJECT IN HET KADER VAN VERDELING	117
7.1	Inleiding	117
7.2	Enige vragen van uitleg omtrent deelgenoten	117
7.3	Twee benaderingen van het begrip 'deelgenoten'	118
7.4	De onderliggende rechtsverhouding nader beschouwd	120
7.5	Nadere omlijning van begrip 'deelgenoten'	122
7.6	Ten minste of uitsluitend alle deelgenoten?	126
7.7	Medewerking	127
7.8	Subjectieve vrijheid en gebondenheid: art. 3:182 BW	129
7.9	Subjectieve vrijheid en gebondenheid: overige wetsbepalingen	137
8	OBJECT IN HET KADER VAN VERDELING	141
8.1	Inleiding	141
8.2	Object van verdeling	141
8.3	Object van levering	143
8.4	Gemeenschap zonder object: schuldengemeenschap	147
9	BEGRIJ VAN VERDELING	157
9.1	Inleiding	157
9.2	Goederentrein van verdeling	157
9.3	Verdelingsbegrip: eerste volzin	158

9.4	Verdelingsbegrip: tweede volzin	161
9.5	Begrip van verdeling: materiële kenmerken	162
10	CONCLUSIE EN SAMENVATTING	165
	SUMMARY	169
	LITERATUURLIJST	173
	JURISPRUDENTIEREGISTER	185
	LIJST VAN KAMERSTUKKEN	189
	AANSCHRIJVINGENREGISTER	191
	TREFWOORDENREGISTER	193
	CURRICULUM VITAE	197

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
aant.	aantekening
<i>Arr. Cass.</i>	<i>Arresten van het Hof van Cassatie</i>
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BNB	<i>Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak</i>
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Hof van Cassatie
CC	Code Civil
concl.	conclusie
c.s.	cum suis
D.	Digesten
ECLI	European Case Law Identifier
<i>FED</i>	<i>FED Fiscaal weekblad</i>
GO	Gewijzigd Ontwerp van Wet
<i>Handelingen I</i>	<i>Handelingen van de Eerste Kamer</i>
HR	Hoge Raad
Inv.	Invoeringswet
JPF	<i>Jurisprudentie Personen- en Familierecht</i>
jo.	juncto
<i>Kamerstukken I</i>	<i>Kamerstukken van de Eerste Kamer</i>
<i>Kamerstukken II</i>	<i>Kamerstukken van de Tweede Kamer</i>
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
L.v.Antw. II Inv.	Lijst van Antwoorden door de Minister van Justitie
L.v.Vr. II Inv.	Lijst van Vragen door de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer
m.nt.	met noot
MO	Mondeling Overleg van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer met de Minister van Justitie (tevens eindverslag)
MvA II	Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NvW	Nota van Wijziging
NW 2	Tweede Nota van Wijziging
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
OM	Ontwerp Meijers
<i>Parl. Gesch.</i>	<i>Parlementaire Geschiedenis</i>

<i>Pas.</i>	<i>Pasicrisie belge contenant les arrêts rendus par la Cour de cassation ainsi que les discours prononcés devant elle</i>
<i>PW</i>	<i>Periodiek Woordenboek</i>
<i>r.o.</i>	rechtsoverweging
<i>RW</i>	<i>Rechtskundig Weekblad</i>
<i>Stb.</i>	<i>Staatsblad</i>
<i>Stcrt.</i>	<i>Staatscourant</i>
<i>t.a.p.</i>	ter aangehaalde plaatse
<i>TM</i>	Toelichting Meijers
<i>W</i>	<i>Weekblad van het recht</i>
<i>Wbr</i>	Wet op belastingen van rechtsverkeer
<i>WPNR</i>	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
<i>WvK</i>	Wetboek van Koophandel

1 | Inleiding

1.1 BELANG

Een gemeenschap ontstaat wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.¹ Een gemeenschap eindigt wanneer aan dit criterium niet langer wordt voldaan. Beëindiging van een gemeenschap kan op verschillende wijzen plaatsvinden. Een van deze wijzen van beëindiging heeft betrekking op de beëindiging via verdeling.²

Met ingang van 1 januari 1992 heeft de wetgever de rechtsfiguur van verdeling van een plaats in de wet voorzien.³ Het wettelijke verdelingsbegrip is sindsdien geregeld in art. 3:182 BW:

‘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. 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.’

Het belang om te weten of een rechtshandeling al dan niet als verdeling moet worden aangemerkt, is zowel aanwezig binnen het civiele als het fiscale recht.⁴ Het civiele recht verklaart op de rechtsfiguur van verdeling verschillende bijzondere daarvoor geschreven bepalingen van toepassing.⁵ Daarnaast kent

1 Art. 3:166 lid 1 BW.

2 Zie art. 3:182 BW jo. art. 3:186 BW voor het bereiken van het bedoelde rechtsgevolg.

3 Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende geen wettelijke omschrijving van de voorloper van de verdeling, de zogenaamde (boedel)scheiding, ook wel scheiding en deling genaamd. Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611. Het BW 1838 kende wel de licitatie, art. 1122 BW.

4 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

5 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612: ‘Naar de mening van de ondergetekende moet een handeling als verdeling worden aangemerkt, indien de bijzondere regelingen van toepassing behoren te zijn, die het wetboek voor verdelingen bevat: de in de artikelen 3.7.1.12 lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:183 lid 2 BW, THS] en 3.7.2.3 lid 1 [thans art. 3:194 lid 1 BW, THS] vervatte waarborgen dat de verdeling deskundig en zorgvuldig geschiedt; de vrijwaringsregeling van artikel 3.7.1.16 [thans art. 3:188 BW, THS]; de benadelingsregeling van artikel 3.7.3.2 [thans art. 3:196 BW, THS]; de in artikel 3.7.1.14 lid 4 van het oorspronkelijk ontwerp – artikel 3.7.1.14a lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:186 lid 2 BW,

het civielrechtelijke verdelingsbegrip een doorwerking in het fiscale recht, meer in het bijzonder op het terrein van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (Wbr)⁶ in het kader van de overdrachtsbelasting.⁷ Het is de wisselwerking tussen het civiele en het fiscale recht die – met name via de fiscale jurisprudentie⁸ – tevens een bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW.

Nu het wettelijke toetsingskader leidend is voor de vaststelling of sprake is van een verdeling en de uitkomst daarvan relevantie heeft voor de hier bedoelde rechtsgebieden, is het belang van het hebben van een juist begrip omtrent de inhoud en reikwijdte van het verdelingsbegrip daarmee gegeven.

1.2 PROBLEEMSTELLING

Het kennen van de inhoud en reikwijdte van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW is een voorwaarde voor de juiste toepassing van dat begrip. Een blik op de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur leert echter dat over de inhoud en reikwijdte van dit verdelingsbegrip geen eenduidigheid bestaat.⁹ Zo wordt bijvoorbeeld van mening verschild over de vraag in hoeverre het begrip ‘verdeling’ in het wettelijke verdelingsbegrip tevens de voor verkrijging krachtens verdeling voorgeschreven leveringshandeling omvat.¹⁰ Evenmin bestaat er eenduidigheid over de mate waarin in het rechtsverkeer de toepasselijkheid van de rechtshandeling van verdeling kan worden aangenomen. Deze punten raken aan de uitleg van de beide volzinnen van het ver-

THS] – neergelegde regel dat een deelgenoot hetgeen hij door verdeling uit de gemeenschap verkrijgt, onder dezelfde titel houdt als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.’ Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

6 Zowel voor de voormalige Registratiewet 1917 als de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 geldt dat voor de vaststelling van de inhoud van de termen scheiding/verdeling het civielrechtelijke begrip leidend was/is. Zie: HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559; *Kamerstukken II* 1969/70, 10 560, 3, p. 25 (MvT).

7 Zie art. 7 Wbr jo. art. 12 lid 1 Wbr. Op grond van art. 3 Wbr is echter van verkrijging uitgezonderd de verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap, waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtverkrijgende onder algemene titel. Vrijstellingen zijn opgenomen in art. 15 Wbr, alwaar – onder voorwaarden – lid 1 onder f vrijstelt de verkrijging krachtens verdeling of vereffening in bepaalde gevallen en lid 1 onder g vrijstelt de verkrijging krachtens verdeling van een gemeenschap tussen samenwoners.

8 Zie onder andere: HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559 m.nt. Houwing; HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, BNB 1987, 149 m.nt. Laeijendecker, NJ 1989, 224 m.nt. W.M. Kleijn; HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, BNB 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, NJ 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn; HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, BNB 1992, 385 m.nt. Zwemmer; HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, BNB 1995, 251, m.nt. Zwemmer, FED 1995, 598 m.nt. Van Straaten.

9 Zie par. 4.3.

10 Zie par. 4.3.

delingsbegrip en hebben consequenties voor de afbakening van de rechtshandeling van verdeling ten opzichte van andere rechtshandelingen.

Hoewel er op het gebied van gemeenschappen goede monografieën voorhanden zijn, ontbreekt het in hedendaagse literatuur aan een voldoende systematische behandeling van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling.¹¹ Een systematische uiteenzetting daarvan ontbreekt met name indien er sprake is van drie of meer tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten. Alleen in gedateerde literatuur kan nog over deze problematiek worden gelezen, zij het dat de opvattingen hierover uiteen lopen.¹² Dit gebrek aan eensluidendheid dan wel het ontbreken van enige opvatting op dit punt heeft verregaande consequenties. Deze consequenties doen zich zelfs voelen bij het oplossen van ogenschijnlijk eenvoudige casusposities. Bijvoorbeeld:

ABC à 1/3 naar B 2/3, C 1/3 (A treedt uit).

ABC à 1/3 naar B 5/6, C 1/6 (A treedt uit).

ABC à 1/3 (3 zaken) naar A 1/1 (zaak 1), B 1/1 (zaak 2), AB à 1/6, C 4/6 (zaak 3).

In hoeverre kan in de hier vermelde casusposities krachtens verdeling het beoogde rechtsgevolg worden bereikt? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dient een analyse te worden gemaakt van de vereisten die overeenkomstig de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip bepalen of een rechtshandeling als verdeling wordt aangemerkt. In het bijzonder gaat het daarbij om het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg en de door de deelgenoten aan de totstandkoming van verdeling te verlenen medewerking.

Blijkens het wettelijke verdelingsbegrip geldt als het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg het door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Voor de toepassing van dit criterium dient de vraag te worden gesteld wat het grondbeginsel van verdeling inhoudt. Onder het grondbeginsel van verdeling versta ik het principe dat ten grondslag ligt aan de verdeling en het effect van de verkrijging krachtens verdeling in zijn essentie beschrijft. Dit grondbeginsel van verdeling zal ik in deze studie aanduiden als de maatstaf voor verdeling. De vraag naar de inhoud van dit beginsel houdt verband met de vraag naar het rechtskarakter van verdeling.

11 Zie bijvoorbeeld de monografieën over gemeenschap: Asser/Perrick 3-V 2015; Van Mourik & Schols 2015. Tevens kan hierbij worden gedacht aan het preadvies over verdeling in de notariële praktijk ten behoeve van het wetenschappelijke congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012 (Van Mourik e.a. 2012) en de dissertatie van Tuil (Tuil 2009).

12 Met gedateerde literatuur is hier bedoeld literatuur die niet recent is uitgekomen of niet langer met behandeling van de bedoelde problematiek in een recente druk verkrijgbaar is. Hiermee is niet gezegd dat dergelijke literatuur geen actualiteitswaarde meer zou hebben. Zie over de bedoelde problematiek bijvoorbeeld: Asser/Meijers/Van der Ploeg 1967, p. 327; Kleijn 1969, p. 2 e.v.; Schoordijk 1983, p. 100 e.v.

Aan het rechtskarakter van verdeling wordt in de literatuur vaak in beperkte zin aandacht besteed. Veelal wordt over het rechtskarakter van verdeling gedacht in termen van 'declaratief' en 'translatief'.¹³ Dat hierbij wordt gerefereerd aan een belangrijk element voor de werking van verdeling kan niet worden ontkend. Een dergelijke benadering van het rechtskarakter van verdeling heeft consequenties voor bijvoorbeeld de wijze waarop moet worden gedacht over het goederenrechtelijke effect van verdeling en de positie van derden in verband met het beschikken over aandelen in de gemeenschap gedurende het bestaan van de onverdeeldheid.¹⁴ Toch mag het rechtskarakter van verdeling hiertoe niet worden versmald. Het rechtskarakter van verdeling wordt in de eerste plaats bepaald door het beginsel dat aan de verdeling ten grondslag ligt en de essentie beschrijft van het effect van de verkrijging krachtens verdeling ofwel het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. Het gebrek aan doordenking van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling kan mede worden teruggevoerd op het ontbreken van het in voldoende mate doordenken van dit beginsel. Om deze reden zal ik mij in dit onderzoek toelagen op de analyse van dit aan verdeling ten grondslag liggende beginsel.

Blijkens het wettelijke verdelingsbegrip geldt dat het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg dient op te treden krachtens een rechtshandeling waartoe alle deelgenoten medewerken. Ten behoeve van de afbakening van de rechtshandeling van verdeling zal daarom een analyse worden gemaakt van de voor verdeling vereiste medewerking, mede in het licht van de analyse van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg.

Na de vaststelling van de vereisten die als geheel genomen de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling bepalen, zal tevens een reflectie plaatsvinden op de wijze waarop aan deze criteria in de formulering van het wettelijke verdelingsbegrip uitdrukking is gegeven.

Op grond van de uitkomsten van het onderzoek zal de rechtstheorie waar nodig worden aangevuld. Tevens zal aan de hand van de rechtstheoretische aspecten aandacht worden besteed aan de uit het onderzoek voortvloeiende gevolgen voor de rechtspraktijk.

Samengevat zal deze studie gericht zijn op het doordenken van de rechtstheoretische kaders van verdeling, in welk verband onderzoek zal worden gedaan naar de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling in het algemeen en het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW in het bijzonder.

¹³ Zie par. 2.2-2.4.

¹⁴ Zie par. 2.2-2.4.

1.3 OPZET

Deze studie is gericht op de rechtshandeling van verdeling volgens het civiele recht. Binnen deze studie zal de focus liggen op het onderzoek naar de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling. Daarbij zullen het grondbeginsel van verdeling en het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW als referentiepunten dienen.

Het onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de verdeling bij onderlinge overeenstemming. Een bespreking van de niet-contractuele verdeling, zoals de verdeling door de rechter en de ouderlijke boedelverdeling,¹⁵ zal derhalve achterwege blijven.¹⁶

Hoewel deze studie van civielrechtelijke aard is, zullen in het onderzoek tevens voor de vaststelling van de inhoud en reikwijdte van verdeling relevante fiscale aspecten aan de orde worden gesteld. Zo zal worden teruggegrepen op fiscale jurisprudentie en literatuur voor zover deze vanwege de wisselwerking tussen het civiele en fiscale recht hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het wettelijke verdelingsbegrip.¹⁷

Gelet op de geformuleerde probleemstelling vallen vele aan verdeling gerelateerde onderwerpen buiten de beschouwing van dit boek. Zo is dit onderzoek er niet op gericht om uitspraken te doen over de positie van deelgenoten ten opzichte van derden, over nietige en vernietigbare rechtshandelingen of over de gevolgen van een verkrijging krachtens verdeling voor de aard van de gemeenschap. Aan andere dan uit de probleemstelling voortvloeiende, met de contractuele verdeling samenhangende civielrechtelijke aspecten zal geen aandacht worden besteed, anders dan op incidentele basis.

De doordenking van de hierboven aangegeven problematiek zal plaatsvinden naar Nederlands recht. Bij deze doordenking zal gebruik worden gemaakt van rechtsvergelijking.¹⁸

Verschillende voor de inhoud en reikwijdte van verdeling relevante (deel)aspecten zullen in afzonderlijke kaders worden behandeld en beschreven. Het zijn deze kaders die uiteindelijk de rechtstheoretische afbakening van de rechtsfiguur van verdeling vormen.

15 Art. 3:185 BW respectievelijk art. 4:1167 OBW.

16 Dit laat onverlet dat bepaalde uitkomsten van dit onderzoek relevantie kunnen hebben voor verdelingen anders dan bij onderlinge overeenstemming, zoals bijvoorbeeld de verdeling door de rechter.

17 De hier bedoelde fiscale aspecten hebben met name betrekking op de voormalige Registratiewet 1917 en de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970.

18 Zie par. 1.4.

1.4 METHODE

Dit onderzoek zal worden uitgevoerd als een klassiek juridisch onderzoek naar Nederlands recht, waarbij als primaire bronnen wetgeving, jurisprudentie (voornamelijk van de Hoge Raad) en wetenschappelijke literatuur zullen worden gebruikt.

Ten behoeve van de uitwerking van de probleemstelling zal een beknopte rechtsvergelijking plaatsvinden. Vanuit een historisch perspectief zal worden gerefereerd aan het Romeinse, het Germaanse en oud-Franse recht. Het zijn deze stelsels die in mindere of meerdere mate invloed hebben gehad op het huidige verdelingsbegrip naar Nederlands recht. De focus ligt hierbij op de verschillende modellen van mede-eigendom en de rechtsfiguur van scheiding/verdeling. Naast de rechtsvergelijking van historische stelsels zal tevens rechtsvergelijking plaatsvinden met het hedendaagse Belgische recht. Het Belgische recht is op vergelijkbare historische leest geschoeid als het Nederlandse recht, maar kent ook een eigen rechtstheorie. De rechtsvergelijking met het Belgische recht zal met name plaatsvinden met betrekking tot het aan verdeling ten grondslag liggende beginsel. In de Belgische rechtsleer wordt nadrukkelijker dan in de Nederlandse doctrine aan dit beginsel aandacht besteed.

Naast de historische en externe rechtsvergelijking zal vanwege de doorwerking van het civielrechtelijke verdelingsbegrip in het fiscale recht – meer in het bijzonder op het terrein van de Wet op belastingen van rechtsverkeer in het kader van de overdrachtsbelasting – eveneens interne rechtsvergelijking worden toegepast.

1.5 BEHANDELING

De kern van het onderzoek zal worden gevormd door de hoofdstukken 4-9. De hoofdstukken 2 en 3 dienen ter introductie. Hoofdstuk 4 ziet op de afbakening van het begrip ‘verdeling’ mede gelet op de beide volzinnen van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Daarna wordt in hoofdstuk 5 ingegaan op het aan verdeling ten grondslag liggende beginsel. In hoofdstuk 6 zal het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg volgens het wettelijke verdelingsbegrip worden behandeld. De hoofdstukken 7 en 8 hebben betrekking op aspecten van het subject en object in het kader van verdeling. In hoofdstuk 9 komen verschillende lijnen van het onderzoek samen en zal toetsing plaatsvinden van het wettelijke verdelingsbegrip aan de bevindingen uit het onderzoek. Daarnaast zullen aanwijzingen worden gegeven voor herformulering van dit verdelingsbegrip.

In chronologische volgorde weergegeven ziet de hoofdstukindeling van dit onderzoek eruit als volgt.

In hoofdstuk 2 wordt de rechtsfiguur van verdeling geïntroduceerd. De inhoud en reikwijdte van verdeling kunnen pas omvattend worden beschouwd in samenhang met de soort gemeenschap waarop de verdeling betrekking heeft. In het kader van de introductie tot verdeling zal aandacht worden besteed aan relevante historische modellen van mede-eigendom en de wijze waarop deze via scheiding konden worden beëindigd. De behandeling hiervan vormt de opmaat naar een beschouwing over gemeenschap en verdeling in het huidige Burgerlijk Wetboek.

In hoofdstuk 3 wordt de totstandkoming van het verdelingsbegrip in art. 3:182 BW uitgewerkt aan de hand van de parlementaire geschiedenis, wetenschappelijke literatuur en jurisprudentie. In dit hoofdstuk zal met name de afbakening van het wettelijke verdelingsbegrip ten opzichte van andere handelingen aan de orde komen vanuit het oogpunt van de wetgever.

Hoofdstuk 4 staat in het teken van de analyse van de beide volzinnen van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. De beide volzinnen zijn elkaars antagogen; hetgeen op grond van de eerste volzin als verdeling wordt aangemerkt, kan door de tweede volzin van die kwalificatie worden uitgesloten. De bedoeling van de analyse is te komen tot de vaststelling van het kader van de rechtshandeling van verdeling volgens deze beide volzinnen. In dat verband zal onder meer onderzoek worden gedaan naar het antwoord op de vraag in hoeverre er sprake kan zijn van een verkrijging krachtens verdeling indien er meerdere titels voorhanden zijn krachtens welke het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg kan worden bereikt.

In hoofdstuk 5 zal een analyse plaatsvinden van het grondbeginsel van verdeling. Met het grondbeginsel van verdeling wordt bedoeld het beginsel waarin de rechtsfiguur van verdeling, naar zijn essentie teruggebracht, kan worden uitgedrukt. Dit beginsel zal in dit onderzoek tevens worden aangeduid als de maatstaf voor verdeling.

In hoofdstuk 6 zal het verkrijgingsbegrip van verdeling worden uitgewerkt. Onder het verkrijgingsbegrip van verdeling versta ik het overeenkomstig de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Er zal nader worden ingegaan op de vraag naar de inhoud en de uitleg van het begrip 'verkrijgen' en worden nagedacht over de reikwijdte van dat begrip met inachtneming van de mogelijkheden van over- en onderbedeling. Vanwege het belang voor de praktijk zal worden afgesloten met enige casusposities.

In hoofdstuk 7 zal nader worden ingegaan op de subjectieve elementen in verband met de totstandkoming van verdeling. Centraal staan de hoedanigheid waarin en de wijze waarop deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken en de subjectieve vrijheid en gebondenheid om al dan niet tot verdeling te contracteren.

In hoofdstuk 8 wordt de vaststelling van het object van zowel de rechtshandeling van verdeling als de levering ter uitvoering van de verdeling behandeld. Ten slotte zal worden ingegaan op de zogenaamde schuldengemeenschap.

In hoofdstuk 9 komen de verschillende deelconclusies over de vereisten voor verdeling samen in een afsluitende beschouwing over de formulering van beide volzinnen van art. 3:182 BW. Ten slotte zullen aanwijzingen worden gegeven voor een alternatieve formulering van het verdelingsbegrip.

1.6 TERMINOLOGIE

De wetgever heeft gemeend dat *iedere* rechtshandeling als verdeling moet worden aangemerkt, indien daarop de bijzondere voor verdeling geschreven regelingen van toepassing behoren te zijn.¹⁹ Om deze reden wordt ook wel gezegd dat van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW een absorberende werking uitgaat.²⁰ Zo heeft deze absorberende werking tot gevolg dat naast verdelingen die door partijen als zodanig zijn overeengekomen ook anders betitelde rechtshandelingen door het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling worden gekwalificeerd.

In deze studie zal ik onderscheid maken tussen de verdeling ‘in strikte zin’ en de verdeling ‘anders dan in strikte zin’. Als verdeling in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling van verdeling die door de deelgenoten als zodanig is overeengekomen. Als verdeling anders dan in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling die in materiële zin aan de eisen van het wettelijke verdelingsbegrip voldoet en als zodanig als verdeling moet worden aangemerkt, zonder dat er sprake is van een rechtshandeling in strikte zin. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een als verdeling aan te merken koop. Ten slotte wil ik ter voorkoming van misverstand de lezer erop wijzen dat in deze studie tot uitgangspunt zal worden genomen dat de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering is en dat de verdeling niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.²¹ Ik beschouw de verdeling als een meerzijdige rechtshandeling²² waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere partijen een verbintenis aangaan in de zin van art. 6:213 BW (obligatoire overeenkomst)²³ en waarop in beginsel de bepalingen omtrent

19 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612; TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611. Zie ook par. 1.1.

20 Zie ook Kleijn 1969, p. 14 e.v.

21 Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

22 Vergelijk HR 3 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8421, NJ 1990, 103 m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 4.3: ‘Verdeling van een gemeenschap geschiedt immers bij een meervoudige rechtshandeling die tot stand komt door aanbod en aanvaarding daarvan.’

23 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618: ‘Nu aan de deling geen declaratieve maar een zuiver obligatoire werking wordt toegekend (...)’ Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 168, met dien verstande dat Perrick de hier bedoelde overeenkomst duidt als de overeenkomst tot ver-

wederkerige overeenkomsten toepasselijk zijn.²⁴ Voor een verantwoording van deze terminologische afbakening verwijs ik naar paragraaf 4.3. Ik hoop hiermee een ‘Babylonische spraakverwarring’ te hebben voorkomen.²⁵

1.7 ONDERZOEK

Het onderzoek is uitgevoerd aan het Instituut voor Privaatrecht, afdeling Notarieel recht van de Universiteit Leiden. Het onderzoek is afgesloten op 1 juni 2018.

deling en de uitvoering van de overeenkomst tot verdeling als toedeling. Zie anders: Van Mourik 2012, nr. 6.2.

24 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 619-620: ‘(...) deze toepassing [volgt] reeds uit artikel 6.5.4.1 lid 2 [thans art. 6:261 lid 2 BW, THS].’ Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 172. Zie anders Van Mourik 2012, nr. 6.2.

25 De hier bedoelde ‘Babylonische spraakverwarring’ onderscheidt zich van de oorspronkelijke versie doordat wel dezelfde taal wordt gesproken, maar aan dezelfde bewoordingen een andere betekenis wordt gehecht (vergelijk *Bijbel*, Genesis 11:1-9).

2 | Introductie tot verdeling

2.1 MODELLEN VAN MEDE-EIGENDOM

Het Romeinse recht kent als oudste vorm van mede-eigendom de vroeg-Romeinse *societas ercto non cito* of *consortium*.¹ Het *consortium* is een na de dood van de *pater familias* als gemeenschap van mede-erfgenamen voortgezette gemeenschap.² Bij deze vorm van mede-eigendom worden geen zelfstandige aandelen in de gemeenschap onderscheiden.³ Alle rechten ten aanzien van de gemeenschapsgoederen komen zowel toe aan alle deelgenoten gezamenlijk, als aan ieder van hen afzonderlijk.⁴ Met betrekking tot de afzonderlijk uit te oefenen rechten geldt de beperking dat het gelijke recht van de andere deelgenoten moet worden geëerbiedigd.⁵ Beëindiging van de mede-eigendom kan alleen plaatsvinden met instemming van alle gerechtigden. Indien geen onderlinge overeenstemming kan worden bereikt, kan – in elk geval sinds de wetgeving van de XII Tafelen⁶ – iedere eigenaar boedelscheiding vorderen met de *actio familiae erciscundae*, de vordering tot scheiding van een nalatenschap.⁷

In de loop van de tijd ontwikkelt zich een ander Romeinsrechtelijk model van mede-eigendom, *communio* genaamd. Bij de *communio*, in latere tijd ook *condominium* genoemd,⁸ wordt meer nadruk gelegd op de individuele bevoegdheden van afzonderlijke deelgenoten.⁹ Bij een dergelijke vorm van mede-eigendom heeft iedere deelgenoot een recht dat correspondeert met een aandeel in de gemeenschappelijke zaak. Dit aandeel wordt 'ideëel deel' genoemd.¹⁰ Bij een onverdeelde zaak komt aan elk van de eigenaren een onverdeeld

1 Van Oven 1948, nr. 56, 166; Kaser/Wubbe 1971, p. 325, 353.

2 Van Oven 1948, nr. 166; Kaser/Wubbe 1971, p. 319, 353.

3 Kaser/Wubbe 1971, p. 115, 353.

4 Van Oven 1948, nr. 56; Kaser/Wubbe 1971, p. 115, 353-354.

5 Van Oven 1948, nr. 56; Kaser/Wubbe 1971, p. 353, 354.

6 Van Oven 1948, nr. 56, 166; Kaser/Wubbe 1971, p. 319, 354.

7 Van Oven 1948, nr. 56, 166; Kaser/Wubbe 1971, p. 319, 354.

8 Het Romeinse recht gebruikt de term *communio*. De term *condominium* als aanduiding voor de *communio* is pas ten tijde van de receptie gebruikelijk geworden. Zie Van Oven 1948, nr. 56.

9 Kaser/Wubbe 1971, p. 116 vermeldt dat de opkomst van de *communio* waarschijnlijk is gelegen in de toename van commerciële vennootschappen in de laatste eeuwen van de Republiek. Zie ook Van Oven 1948, nr. 56.

10 Van Oven 1948, nr. 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

aandeel, *pars pro indiviso*, toe.¹¹ Dient er over de gehele zaak te worden beschikt, dan dienen alle mede-eigenaren daartoe hun medewerking te verlenen.¹² Elke afzonderlijke mede-eigenaar kan echter zijn ideëel deel naar eigen inzicht vervreemden of bezwaren.¹³ Een op een aandeel gevestigd hypotheekrecht blijft ook na scheiding en levering op het aandeel rusten.¹⁴ Ontbinding van de *communio* kan plaatsvinden op gerechtelijke en op minnelijke wijze. Bij gerechtelijke ontbinding kan scheiding worden ingeleid door de *actio familiae erciscundae* of de algemene delingsactie *actio communi dividundo*.¹⁵ De minnelijke boedelscheiding, *divisio conventionē facta*, komt op vrijwillige wijze tot stand en behoeft de medewerking van alle mede-eigenaren. Voor deze wijze van scheiding is vereist dat een overeenkomst wordt aangegaan die tot levering van de onverdeelde aandelen in de gemeenschapsgoederen verplicht.¹⁶ Door levering op grond van een dergelijke overeenkomst vindt de eigendomsverkringing plaats.¹⁷

Het Germaanse recht kent als vorm van mede-eigendom de *Gesammteigentum* of *Gesammthand*.¹⁸ De middeleeuwse variant hiervan vertoont enige gelijkenis met het vroeg-Romeinse *consortium*.¹⁹ In dit model worden geen aandelen onderscheiden.²⁰ De uitoefening van rechten ten aanzien van de mede-eigendom komt uitsluitend toe aan de gezamenlijke gerechtigden; beschikkingshandelingen dienen plaats te vinden onder samenvoeging ofwel vereniging van handen.²¹ Het Germaanse recht voorziet niet in de mogelijkheid tot het instellen van een delingsactie.²² Uittreding uit de gemeenschap ten behoeve van een derde behoort niet tot de mogelijkheden.²³ Aldus functioneert deze vorm van mede-eigendom in het kader van de bescherming van familievermogen. Uiteindelijk zal dit model van de *Gesammthand*, mede onder invloed van de *communio*, evolueren tot een vorm van mede-eigendom waarin wel aandelen kunnen worden onderscheiden.²⁴ Deelgenoten blijven echter onbevoegd om over hun aandeel in (afzonderlijke) goederen van de gemeenschap te beschikken.²⁵

11 Van Oven 1948, nr. 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

12 Van Oven 1948, nr. 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

13 Van Oven 1948, nr. 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

14 Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

15 Van Oven 1948, nr. 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

16 Zwalve 1984, p. 92-93, 99.

17 Zwalve 1984, p. 92-93.

18 Versteeg 1912, p. 41.

19 Kaser/Wubbe 1971, p. 115.

20 Versteeg 1912, p. 42.

21 Versteeg 1912, p. 41.

22 Versteeg 1912, p. 43.

23 Versteeg 1912, p. 40.

24 Storme 2004, nr. 21, 22; Jansen 2009, nr. 280.

25 Storme 2004, nr. 21; Jansen 2009, nr. 280.

2.2 MEDE-EIGENDOM EN SCHEIDING

Het is met name de toekenning van beschikkingsbevoegdheid over aandelen gedurende de onverdeeldheid, die in de loop van de geschiedenis de aard van de rechtsfiguur van scheiding en verdeling in de verschillende rechtssystemen heeft bepaald. Dit geldt ook voor het Nederlandse recht. Aan de hand van een historisch overzicht zal worden ingegaan op de invloed van beschikkingsbevoegdheid over aandelen op het rechtskarakter van scheiding en verdeling voor het hier te lande geldende recht. Het overzicht heeft betrekking op het Romeinse (Justiniaanse), het Franse en het oud-Nederlandse recht en stelt de minnelijke boedelscheiding centraal.

Bij de Romeinse *communio* wordt het volle eigendomsrecht als het ware geconstrueerd uit de som van de individuele eigendomsrechten van de mede-eigenaren. Het individuele karakter van deze vorm van mede-eigendom heeft tot consequentie dat beschikkingen over een aandeel gedurende de periode van de onverdeeldheid worden gerespecteerd. Zo heeft een toedeling krachtens scheiding aan een van de mede-eigenaren niet tot gevolg dat voorafgaand aan de scheiding gevestigde zakelijke rechten tenietgaan.²⁶ Uit deze individualistische benadering vloeit voort dat de *communio* gemakkelijk kan worden ontbonden, omdat niet de voortzetting van de mede-eigendom, maar de ontbinding daarvan wordt beoogd.²⁷ Ontbinding van de *communio* op minnelijke wijze komt tot stand door het vrijwillig en met medewerking van alle mede-eigenaren aangaan van een overeenkomst die tot levering van de onverdeelde aandelen in de gemeenschapsgoederen verplicht.²⁸ Voor de eigendomsverwerving uit deze overeenkomst is een leveringshandeling vereist.²⁹ De erfgenaam die krachtens minnelijke boedelscheiding verwerft, verkrijgt niet het goed als geheel, maar verkrijgt de onverdeelde aandelen daarin van de overige deelgenoten. Deze onverdeelde aandelen wassen als het ware aan bij³⁰ ofwel vermengen met³¹ zijn eigen aandeel. De deelgenoot die op deze wijze verkrijgt, verwerft de onverdeelde aandelen van de overige deelgenoten onder bijzondere titel. Dat betekent echter niet dat de deelgenoot het goed als geheel eveneens onder bijzondere titel verkrijgt. Tot het oorspronkelijk hem toebehorende onverdeelde aandeel is de deelgenoot onder algemene titel gerechtigd. De deelgenoot verkrijgt het goed dus deels onder algemene deels onder bijzondere titel. Dit laatste geldt echter niet voor de titel waaronder de deelgenoot het gehele goed houdt. Ondanks het feit dat hij het goed deels onder

26 Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

27 Van Oven 1948, nr. 56, 56a; Kaser/Wubbe 1971, p. 116.

28 Zwalve 1984, p. 92-93, 99.

29 Zwalve 1984, p. 92-93.

30 Zwalve 1984, p. 93, 118.

31 Van Hemel 1998, p. 299, noot 38 en p. 300, noot 41.

algemene deels onder bijzondere titel verkrijgt, moet aangenomen worden dat hij het gehele goed 'als erfgenaam' houdt.³²

Dat de aard van de boedelscheiding wordt beïnvloed door de beschikkingsbevoegdheid over aandelen laat zich illustreren aan de hand van het volgende voorbeeld.³³ Stel dat een tot een nalatenschap gerechtigde erfgenaam voorafgaand aan de boedelscheiding zijn onverdeeld aandeel in een bepaald gemeenschapsgoed heeft belast met een pandrecht. De gezamenlijke erfgenamen komen vervolgens overeen dat het laatstbedoelde gemeenschapsgoed wordt toebedeeld aan een ander dan de erfgenaam die zijn aandeel bezwaarde. Volgens de heersende opvatting in het Romeinse recht zou het pandrecht blijven rusten op het aandeel in het goed waarop het voorafgaand aan de boedelscheiding is gevestigd.³⁴ Een dergelijke rechtsregel kan echter resulteren in juridische conflicten en rechtsonzekerheid. Deze zijn ook de aanleiding geworden voor een van deze rechtsregel afwijkende opvatting dat het pandrecht slechts zou moeten rusten op dat deel dat krachtens boedelscheiding toekomt aan de deelgenoot, die de zaak met het pandrecht heeft bezwaard.³⁵ Om dit te bereiken moet voor scheiding wel een ander rechtskarakter worden aangenomen. Het effect hiervan laat zich zien in de scheiding volgens Frans recht.

Het Franse recht neemt in de *Code Civil* van 1804 voor de rechtsfiguur van scheiding een rechtskarakter aan dat afwijkt van het Romeinse recht. Dit rechtskarakter kan worden afgeleid uit art. 883 CC.³⁶ Overeenkomstig art. 883 CC wordt bij de overeenkomst van scheiding vastgesteld welke goederen uit de nalatenschap behoren tot de gerechtigdheid van ieder van de deelgenoten als waren zij onmiddellijk opgevolgd vanaf het rechtsfeit dat de onverdeeldheid deed ontstaan. Deze vaststellende werking van de scheiding ofwel '*effet déclaratif*'³⁷ wordt ook wel geduid als de declaratieve werking of terugwerkende kracht van scheiding. Aangenomen moet worden dat art. 883 CC met zich brengt dat een tijdens de onverdeeldheid op een aandeel gevestigd hypotheekrecht als gevolg van de terugwerkende kracht nietig is, indien het

32 Aldus: Zwolve 1984, p. 93-94, 118. Juister is hier te spreken over het houden onder de titel(s) waaronder de erflater zelf het goed voor zijn overlijden hield. Zie: Verstappen 1996, p. 67; Van Hemel 1998, p. 299; Van Hemel 2014, p. 110.

33 Naar een voorbeeld bij Zwolve 1984, p. 94.

34 Krachtens het adagium *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, D. 50, 17, 54 (Ulpianus), aldus Zwolve 1984, p. 94, 95.

35 Zie: Zwolve 1984, p. 94-98; Van Hemel 1998, p. 140, 141. Beide bronnen verwijzen naar Simon à Groenewegen van der Made in *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* naar aanleiding van D. 20, 6, 7, 4 (Gaius). Vergelijk ook Zwolve 1984, p. 119-120 over de (minderheids)opvatting van Trebatius, D. 33, 2, 31 (Labeo).

36 Art. 883 CC is ontleend aan Pothier en een codificatie van het recht dat gold vóór de invoering van de Code Civil in 1804. Zie: Pothier, p. 186, 228-229; Asser/Meijers 1923, p. 329-331; Van Hemel 1998, p. 61; Jansen 2009, p. 249.

37 Planiol-Ripert 1956, p. 637 e.v.

goed wordt toebedeeld aan een ander dan degene die het recht vestigde.³⁸ Op grond van art. 1138 CC gaat de eigendom over zodra de overeenkomst van boedelscheiding is aangegaan. Voor de rechtsgeldige totstandkoming van de scheiding is geen levering nodig, noch een inschrijving in openbare registers. De bepalingen omtrent scheiding van nalatenschappen worden via art. 1476 CC en 1872 CC eveneens van toepassing verklaard op de scheiding van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de ontbonden maatschap.³⁹

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 vertoont in de regeling van de scheiding kenmerken van het Franse recht. Zo wordt in art. 1129 OBW het equivalent van art. 883 CC aangetroffen. Hoewel de regeling van art. 1129 OBW rechtstreeks van toepassing is op nalatenschappen, wordt de toepasselijkheid daarvan uitgebreid tot de scheiding van iedere gemeenschap.⁴⁰ Naast art. 1129 OBW kent het Burgerlijk Wetboek (oud) – anders dan de vorenbedoelde *Code Civil* – een artikel dat betrekking heeft op de mogelijkheid om een onverdeeld aandeel in het gemeenschappelijk goed met hypotheek te bezwaren. Het betreft hier art. 1212 OBW, waaruit kan worden afgeleid dat het hypotheekrecht na scheiding van het bezwaarde goed slechts gevestigd blijft op het deel dat aan de deelgenoot/hypotheekgever is toebedeeld.⁴¹

Naar de heersende opvatting⁴² wordt onder oud recht bij scheiding geen leveringshandeling noodzakelijk geacht, vanwege het vaststellende (declaratieve) karakter van de scheiding.⁴³ Met de overeenkomst van scheiding vloeit het toegedeelde onmiddellijk in het vermogen van de deelgenoot en wordt de deelgenoot, vanwege de terugwerkende kracht, geacht rechtstreeks in het toegedeelde te zijn opgevolgd. De meningen lopen uiteen over de vraag of met declaratieve werking en terugwerkende kracht hetzelfde wordt bedoeld of dat deze van elkaar kunnen worden onderscheiden. Zo wordt wel verdedigd dat de declaratieve werking zowel als de terugwerkende kracht betrekking hebben op beschikkingen over aandelen in de gemeenschap in relatie tot

38 Pothier, p. 228-229; Zwalve 1984, p. 109; Van Hemel 1998, p. 62, 63; Jansen 2009, p. 249.

39 Zie ook Van Hemel 1998, 59.

40 Volgens de artikelen 183, 628, 1689 OBW. Zie Asser/Meijers 1923, p. 333-334. Het bereik van dit voorschrift is niet onomstreden. Zie Kleijn 1969, p. 98-102.

41 Over de vraag of art. 1212 OBW overbodig is gelet op het bepaalde in art. 1129 OBW wordt van mening verschild. Zie: Asser/Meijers 1930, p. 327, noot 3; Zwalve 1984, p. 110-111; Van Hemel 1998, p. 145, 205.

42 Aldus Zwalve 1984, 102, onder verwijzing naar HR 8 december 1892, W 6280. Zwalve zelf is deze opvatting echter niet toegedaan, zie Zwalve 1984, p. 98 e.v. Zie ook Kleijn 1969, p. 129, waarin Kleijn aangeeft in afwijking van de destijds heersende meningen te verdedigen dat, in het geval van een declaratieve scheiding van onroerende zaken, overschrijving in de zin van art. 671 OBW en art. 671a OBW noodzakelijk is.

43 Uitzonderingen hierop vormen de in de loop van de tijd onder het regime van het oud Burgerlijk Wetboek voor enige gevallen van scheiding voorgeschreven formaliteiten van levering; zie art. 39c WvK (oud), art. 91 en art. 200, Boek 2 OBW.

gedurende de periode van onverdeeldheid ontstane rechten van derden.⁴⁴ Ook wordt wel verdedigd dat het hiervoor vermelde enkel voortvloeit uit de terugwerkende kracht, terwijl de declaratieve werking moet worden gezien in de voorzetting van de titel op de wijze zoals thans in art. 3:186 lid 2 BW bepaald.⁴⁵ Dit laatste heeft betrekking op voorafgaand aan het ontstaan van de onverdeeldheid reeds bestaande rechten van derden, waartegen na de scheiding door de verkrijger geen derdenbescherming kan worden ingeroepen.

2.3 GEMEENSCHAP EN VERDELING NAAR NEDERLANDS RECHT

Het Nederlandse vermogensrecht heeft met ingang van 1992 diverse wijzigingen ondergaan. Zo worden vormen van mede-eigendom sindsdien aangeduid met gemeenschap.⁴⁶ Het gebruik van de benaming 'gemeenschap' in plaats van 'mede-eigendom' heeft zijn oorzaak in de 'zakenrechtelijke' omschrijving van eigendom en de 'goederenrechtelijke' omschrijving van gemeenschap,⁴⁷ gelet op de wettelijke definitie van zaken en van goederen.⁴⁸

Gemeenschappen worden in hedendaagse rechtsstelsels wel onderscheiden in zaaksgemeenschappen en boedelgemeenschappen.⁴⁹ Dit onderscheid geldt ook voor het Nederlandse recht; indien we ons beperken tot de voor verdeling vatbare gemeenschappen van titel 3.7 BW, dan is dit onderscheid kenbaar uit

44 Zie Zwolve 1984, p. 104 e.v. (met name: p. 104, 112, 114), waarin de auteur zich keert tegen de opvatting dat declaratieve (bij Zwolve: declaratoire) werking en terugwerkende kracht onderscheiden kunnen worden.

45 Vergelijk: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618; Kleijn 1969, p. 78, noot 3 en p. 113; Lubbers 1977, p. 6 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 889; Storme 2004, p. 663-664; Van Mourik & Schols 2015, nr. 36, 66, 67; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 166 e.v.

46 Art. 3:166 BW.

47 Art. 5:1 BW jo. art. 3:166 BW.

48 Art. 3:2 BW jo. art. 3:1 BW.

49 Dit onderscheid kan bijvoorbeeld worden aangenomen voor het Belgische en het Duitse recht. Voor het Franse recht is dit echter niet (langer) het geval. Voor het Belgische recht wordt in de literatuur de gemeenschap van afzonderlijke goederen '*ut singuli*' (de zaak(s)gemeenschap) onderscheiden van de algemeenheid van goederen (de boedelgemeenschap). Als boedelgemeenschap wordt aangemerkt: de maatschap, de huwelijksgemeenschap en de nalatenschap. Zie: Casman 1997, (3) 4-5, nr. 2-3; Storme 1998, 795-796; Jansen 2009, nr. 291, 293. In het Duitse recht is het bedoelde onderscheid af te leiden uit de algemene regeling voor gemeenschappen (§747 BGB) en uitzonderingen daarop voor de maatschap (§719 BGB), de huwelijksgoederengemeenschap (§1419 BGB) en de nalatenschap (§2033, 2044 BGB). Het Franse recht kent voor het hier bedoelde onderscheid geen wetsgrond. Zo in het verleden een dergelijk onderscheid nog aangenomen kon worden, is de grond voor handhaving daarvan daaraan grotendeels ontvallen door de inwerkingtreding van de wet '*sur l'organisation de l'indivision*' van 31 december 1976. De toepasselijkheid van de artikelen 883 CC en 2205 CC is bij deze wet uitgebreid tot elke vorm van gemeenschap. Ook het met ingang van 1 januari 2007 laten vervallen van het oorspronkelijk in art. 826 CC opgenomen recht om als erfgenaam een aandeel *in natura* te kunnen vorderen, past in dit beeld.

het verschil tussen eenvoudige gemeenschappen⁵⁰ en bijzondere gemeenschappen.⁵¹

Zetten we de Romeinse *communio* en de Germaanse *Gesammthand* af tegen de beide laatstbedoelde gemeenschappen, dan kunnen we constateren dat deze gemeenschappen meer gelijkenis vertonen met de *communio* dan met de hiervoor beschreven *Gesammthand*. Zowel de eenvoudige als de bijzondere gemeenschappen kunnen blijkens de terminologie in de wet in 'aandelen' worden onderscheiden⁵² – we kunnen in dit verband spreken van zogenaamde 'breukdelengemeenschappen' – terwijl deelgenoten in deze gemeenschappen in meerdere of mindere mate kunnen beschikken over hun aandeel in de gemeenschap als geheel en over hun aandeel in een gemeenschapsgoed afzonderlijk.⁵³ Met betrekking tot het beschikken over een aandeel in de gemeenschap als geheel geldt dat deelgenoten in eenvoudige en bijzondere gemeenschappen daarin niet worden beperkt, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit (art. 3:175 lid 1 BW, per analogie resp. art. 3:191 lid 1 BW). Met betrekking tot het beschikken over een aandeel in een gemeenschapsgoed afzonderlijk geldt dat een deelgenoot in een eenvoudige gemeenschap over een dergelijk aandeel kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit (art. 3:175 lid 1 BW). Voor een deelgenoot in een bijzondere gemeenschap geldt dat deze niet over zijn aandeel in een gemeenschapsgoed afzonderlijk kan beschikken, zonder toestemming van de overige deelgenoten (art. 3:190 lid 1 BW). Anders gezegd: waar in de laatstbedoelde situatie als hoofdregel geldt dat een deelgenoot niet over een aandeel in een gemeenschapsgoed afzonderlijk kan beschikken, leidt deze regel uitzondering indien een dergelijke beschikkingshandeling met toestemming van de overige deelgenoten plaatsvindt.⁵⁴

De wetgever heeft voor huidig recht in art. 3:182 BW een verdelingsbegrip geformuleerd. Dit begrip dient ter vervanging van het scheidingsbegrip, dat onder oud recht niet van een wettelijke omschrijving was voorzien.⁵⁵ Bij de vastlegging van het verdelingsbegrip heeft de wetgever ten opzichte van het gangbare scheidingsbegrip een herformulering toegepast. Met deze herformulering heeft de wetgever echter geen inhoudelijke wijziging beoogd ten opzichte van het vóór 1992 geldende recht.⁵⁶ Wel stelt de wetgever onder nieuw recht

50 Het gaat hier om niet nader door de wet gekwalificeerde gemeenschappen, die in de parlementaire geschiedenis en literatuur als 'eenvoudige' gemeenschappen worden aange-merkt. Zie: MO, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 575; Wammes 1988, p. 2.

51 Zie art. 3:189 BW.

52 Zie bijvoorbeeld art. 3:175 lid 1 BW, art. 3:190 lid 1 BW en art. 3:191 lid 1 BW.

53 Zie ook: Van Hemel 1998, p. 324-325; Zwalve 1984, p. 116 e.v.

54 Kleijn 1969, p. 98, 99; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 38.

55 Zie TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611, onder verwijzing naar Asser/Meijers 1941, p. 341 [bedoeld zal zijn p. 342, THS] en HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559.

56 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

uitdrukkelijk elke overgang van het toegedeelde afhankelijk van een leverings-handeling. Art. 3:186 lid 1 BW bepaalt dat voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde, een levering is vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven. Heeft levering op de voorgeschreven wijze plaatsgehad, dan bepaalt art. 3:186 lid 2 BW dat hetgeen een deelgenoot verkrijgt, door deze wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.⁵⁷ Het leveringsvoorschrift is ingegeven door de wens om de rechtstoestand van registergoederen na verdeling uit de registers kenbaar te laten zijn.⁵⁸ De bepaling dat voor overgang van het toegedeelde een levering is vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven, geldt in beginsel voor alle verdelingen, althans de verdelingen die, al dan niet na rechterlijke tussenkomst, als contractuele verdeling tussen deelgenoten tot stand komen.⁵⁹

Waar onder oud recht aan de scheiding nog terugwerkende kracht wordt toegekend, bestaat daaraan onder nieuw recht niet langer behoefte.⁶⁰ Is de terugwerkende kracht daarmee dan geheel verdwenen? Volgens het bepaalde in art. 3:177 lid 1 BW komt, indien een gemeenschappelijk goed wordt verdeeld terwijl op het aandeel van een deelgenoot een beperkt recht rust, dat recht te rusten op het goed voor zover dit door die deelgenoot wordt verkregen en wordt het goed voor het overige van dat recht bevrijd. In deze bepaling herkennen we de hiervoor besproken Franse⁶¹ en oud-Nederlandse⁶² regeling omtrent de (on)geldigheid van beschikkingen gedurende de onverdeeldheid.⁶³ De terugwerkende kracht wordt hier naar zijn werking gehandhaafd ten aanzien van de problematiek van het wel of niet bevoegdlijk kunnen beschikken over een aandeel in de gemeenschap.⁶⁴

De vraag of verdeling als declaratief of translatief moet worden aangemerkt, wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord.⁶⁵ Daarbij wordt de beantwoording van deze vraag bemoeilijkt door de begripsverwarring over de

57 Zie ook: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618; Pleysier 1983, p. 354; Verstappen 1996, p. 56 e.v.; Van Hemel 1998, p. 294 e.v.; Zwalve 1984, p. 112-113, noot 66.

58 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

59 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620. Over de vraag in hoeverre art. 3:186 BW ook geldt voor een door de rechter vastgestelde verdeling, zie: Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 891; Albers-Dingemans 2012, nr. 3.4; Stille 2012, nr. 8.2; Perrick 2012, nr. 21 en 27; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 192.

60 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

61 Art. 883 CC.

62 Art. 1129 OBW en art. 1212 OBW.

63 Zie ook TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

64 Zwalve 1984, p. 119-120.

65 Vergelijk: Kleijn 1969, p. 129 e.v.; Pleysier 1983, p. 353; Zwalve 1984, p. 112 e.v.; Verstappen 1996, p. 62 e.v.; Van Hemel 1998, p. 306-309; Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 889; Kraan 2017, nr. 8.2.2; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 440; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 228; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189; Van Mourik & Schols 2015, nr. 36; Nuytink 2017, nr. 5; Lammers, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:186 BW, aant. 11, 12.

inhoud van beide begrippen,⁶⁶ alsmede de rubricering van opvattingen daaromtrent.⁶⁷ Ook wordt aan het nut van een dergelijk onderscheid getwijfeld. Zo zou de discussie of de verdeling naar huidig recht als declaratief of translatief moet worden aangemerkt, een ‘onvruchtbare’ zijn.⁶⁸ Het zou er niet om moeten gaan hoe men een rechtshandeling noemt, maar wat deze rechtshandeling inhoudt.⁶⁹ Vanuit een rechtswetenschappelijk oogpunt stem ik in met deze stelling, in zoverre hiermee bedoeld is aan te geven dat meer dan de vraag ‘wat’ verdeling is, de vraag is wat verdeling ‘is’.⁷⁰

2.4 GEMEENSCHAP EN VERDELING NAAR BELGISCH RECHT

In het Belgische recht worden de verschillende gevallen waarin meerdere personen tot dezelfde zaak zijn gerechtigd aangeduid met het begrip ‘meervoudige eigendom’.⁷¹ Meervoudige eigendom kan worden onderscheiden in de categorieën mede-eigendom, collectieve eigendom en multi-eigendom.⁷² Deze categorieën zullen hierna kort worden geduid, waarna vervolgd zal worden met de bespreking van de voor deze studie meest relevante categorie, de mede-eigendom.

66 Verstaep 1996, p. 65-67. Zie ook Van Mourik 1991c, p. 890-892.

67 Zo kan uit de door Lammers in *GS Vermogensrecht*, art. 3:186 BW, aant. 12 gemaakte opsomming worden opgemaakt dat niet alleen eenduidigheid ontbreekt ten aanzien van de kwalificering van de verdeling, maar dat eveneens van mening kan worden verschild over de classificering van de verschillende opvattingen. Zo vind ik de door Lammers (t.a.p.) gebruikte rubricering niet overtuigend. De opvatting van de minister blijkend uit L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299 wordt door Lammers geplaatst onder ‘De verdeling heeft noch een declaratief noch een translatief karakter’ en daarmee onderscheiden van onder andere ‘De verdeling heeft een translatief (en/of gemengd) karakter’. In de parlementaire geschiedenis (t.a.p.) wordt door de minister onderschreven dat er ‘noch voor het zogenaamde translatieve stelsel, noch voor het zogenaamde declaratoir stelsel is gekozen, doch voor een tussenfiguur in die zin dat de deelgenoot eerst verkrijgt door de leveringshandeling die op de verdeling volgt (translatief), doch dat die verkrijging krachtens de onderhavige bepaling een verkrijging is onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen voor de verdeling hielden (declaratoir).’ Een dergelijke opvatting zou mijns inziens – in de rubricering bij Lammers – ook als een stelsel met een ‘gemengd’ karakter kunnen worden aangeduid.

68 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189.

69 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189.

70 In deze studie zie ik het niet als mijn opdracht nader in te gaan op dat deel van het rechtskarakter van verdeling dat de hier bedoelde aspecten beschrijft (zie par. 1.2). Op grond van de parlementaire geschiedenis sluit ik aan bij de laatste door de minister gegeven zienswijze ten aanzien van de inhoud en werking van de rechtsfiguur van verdeling op deze onderdelen. Zie: L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv, *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299. Vergelijk par. 4.3.

71 Sagaert 2014, nr. 323; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 1.

72 Sagaert 2014, nr. 323; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 1; De Page & Dekkers 1975, nr. 1136.

Bij mede-eigendom is er sprake van een opsplitsing van het eigendomsrecht tussen meerdere personen, de mede-eigenaren, die een aanspraak hebben op een aandeel in de mede-eigendom.⁷³ Bij collectieve eigendom is er geen sprake van opsplitsing van het eigendomsrecht, maar is er één onverdeeld eigendomsrecht, dat toebehoort aan de gehele groep van eigenaren.⁷⁴ Onder multi-eigendom wordt verstaan de zogenaamde deeltijdse eigendom of timesharing.⁷⁵

Naar Belgisch recht kan mede-eigendom worden gedefinieerd als 'de rechtstoestand die ontstaat door opsplitsing van het eigendomsrecht tussen meerdere personen, de mede-eigenaars, die elk slechts op een aandeel in de mede-eigendom aanspraak kunnen maken'.⁷⁶ Het hier bedoelde aandeel wordt opgevat als aandeel in abstract-mathematische zin.⁷⁷ Onderscheiden worden verschillende vormen van mede-eigendom.⁷⁸ Voor elk van deze vormen van mede-eigendom geldt in beginsel een ander regime. Gebruikelijk worden deze vormen onderscheiden aan de hand van het zogenaamde oorsprongscriterium.⁷⁹ Uitgaande van de oorsprong van de onverdeeldheid worden de volgende vormen onderscheiden: toevallige mede-eigendom, gedwongen mede-eigendom en vrijwillige mede-eigendom.⁸⁰

De toevallige of gewone mede-eigendom komt tot stand door een toevallige gebeurtenis.⁸¹ Deze vorm van mede-eigendom ontstaat zonder dat de deelgenoten de totstandkoming van de onverdeeldheid nastreven; de onverdeeldheid dringt zich als het ware op.⁸² Van deze vorm van mede-eigendom wordt wel gesteld dat deze van tijdelijke en ongeorganiseerde aard is.⁸³ Het tijdelijke element ziet op de eigenschap dat deze vorm van verdeling doorgaans een overgangskarakter kent, terwijl het ongeorganiseerde element ziet op het feit dat de deelgenoten geen regeling hebben kunnen treffen om daarover hun wederzijdse rechten en verplichtingen te bepalen.⁸⁴ De toevallige of gewone mede-eigendom is geregeld in art. 577-2, §1-§8 BBW en heeft bijvoorbeeld betrekking op de nalatenschap en de ontbonden huwelijksgemeenschap.⁸⁵

Gedwongen mede-eigendom is een vorm van mede-eigendom waarbij de aard en de bestemming van de gemeenschappelijke goederen het gedwongen

73 Sagaert 2014, nr. 323, 324; Snaet & Verbeke 2011, p. 47; Dekkers/Dirix 2005, nr. 271; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 2; Cass. 30 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, nr. 680, p. 1445.

74 Sagaert 2014, nr. 323; Dekkers/Dirix 2005, nr. 273; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 6.

75 Sagaert 2014, nr. 323; Dekkers/Dirix 2005, nr. 275; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 7.

76 Sagaert 2014, nr. 324; Dekkers/Dirix 2005, nr. 280.

77 Sagaert 2014, nr. 324; Snaet & Verbeke 2011, p. 47; Dekkers/Casman 2010, nr. 621.

78 Sagaert 2014, nr. 327; Dekkers/Dirix 2005, nr. 277.

79 Sagaert 2014, nr. 327; Dekkers/Casman 2010, nr. 624.

80 Sagaert 2014, nr. 327; Dekkers/Dirix 2005, nr. 277.

81 Sagaert 2014, nr. 328; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 3.

82 Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 3.

83 Sagaert 2014, nr. 328; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 3.

84 Sagaert 2014, nr. 328; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 3.

85 Sagaert 2014, nr. 328; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 11.

karakter met zich brengen.⁸⁶ Deze vorm van mede-eigendom is van een niet-tijdelijke aard en in zekere mate georganiseerd.⁸⁷ De gedwongen mede-eigendom kent een algemene regeling in art. 577-2, §9-§10 BBW en daarnaast nog een aantal specifieke voor gedwongen mede-eigendom geschreven bepalingen. Een voorbeeld van deze vorm van mede-eigendom is de appartementsmede-eigendom (art. 577-3 e.v. BBW).

De vrijwillige mede-eigendom, ook wel aangeduid als conventionele of vrijwillige onverdeeldheid,⁸⁸ wordt gekenmerkt door een totstandkoming op vrijwillige basis.⁸⁹ Het gaat hier om een door partijen beoogde en in het kader daarvan georganiseerde vorm van mede-eigendom.⁹⁰ In het Belgisch Burgerlijk Wetboek wordt de vrijwillige mede-eigendom niet als een afzonderlijke vorm van mede-eigendom behandeld.⁹¹ Vergeleken met de toevallige of gewone mede-eigendom kan dit worden verklaard uit het feit dat bij de vrijwillige mede-eigendom deelgenoten vooraf wel een regeling hebben kunnen treffen, bijvoorbeeld door middel van het maken van onderlinge afspraken in een zogenaamde akte van onverdeeldheid.⁹² Verdedigd wordt dat de regels van de toevallige mede-eigendom analoog kunnen worden toegepast op de vrijwillige mede-eigendom voor zover gemaakte afspraken niet strijden met een dergelijke toepassing.⁹³ Ook is de vrijwillige mede-eigendom onderworpen aan de regels van het contractenrecht, daar de overeenkomst van onverdeeldheid kwalificeert als overeenkomst in de zin van art. 1101 BBW.⁹⁴ Als voorbeelden van vrijwillige mede-eigendom kunnen worden genoemd: de actieve huwelijksgemeenschap, de actieve gemeenschap van maatschap (welke laatste zowel als vorm van collectieve eigendom als van vrijwillige mede-eigendom kan worden beschouwd)⁹⁵ en de gemeenschap van een zaak.⁹⁶

Gemeenschappen kunnen naar Belgisch recht eveneens worden onderscheiden in boedelgemeenschappen en zaaksgemeenschappen (in Belgische literatuur zonder tussen-s ook wel zaaksgemeenschappen genoemd).⁹⁷ Als boedelgemeenschap wordt aangemerkt een algemeenheid van goederen, terwijl als zaaksgemeenschap heeft te gelden de gemeenschap van een afzonderlijk goed '*ut singuli*'.⁹⁸ Bij een boedelgemeenschap kunnen één of meer verschillende

86 Sagaert 2014, nr. 365; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 4; De Page & Dekkers 1975, nr. 1136.

87 Sagaert 2014, nr. 365; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 4; De Page & Dekkers 1975, nr. 1136.

88 Vananroye 2015, p. 153.

89 Sagaert 2014, nr. 349; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 5; De Page & Dekkers 1975, nr. 1136.

90 Sagaert 2014, nr. 349; Snaet & Verbeke 2011, p. 59; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 5; De Page & Dekkers 1975, nr. 1136.

91 Voor een historische beschouwing zie Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 50.

92 Snaet & Verbeke 2011, p. 59; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 5.

93 Snaet & Verbeke 2011, p. 59.

94 Sagaert 2014, nr. 349.

95 Sagaert 2014, nr. 323, 353.

96 Vananroye 2015, p. 153; Sagaert 2014, nr. 351, 353.

97 Jansen 2009, nr. 293; Storme 2004, p. 657.

98 Casman 1997, (3) 4-5, nr. 2-3; Storme 1998, p. 795-796; Jansen 2009, nr. 291, 293.

goederen gemeenschappelijk zijn, terwijl bij een zaaksgemeenschap slechts één goed gemeenschappelijk kan zijn.⁹⁹ Voor beide gemeenschappen geldt dat daarin aandelen zijn te onderscheiden, met dien verstande dat bij de boedelgemeenschap sprake is van aandelen waarover in beginsel niet kan worden beschikt, terwijl bij de zaaksgemeenschap in beginsel onbeperkt over aandelen kan worden beschikt.¹⁰⁰

Op grond van het bepaalde in art. 815 BBW kan niemand worden genoodzaakt in een onverdeeldheid te blijven en kan de verdeling van de onverdeeldheid te allen tijde worden gevorderd, behoudens een daarmee strijdige bepaling of overeenkomst. Het bepaalde in art. 815 BBW is van toepassing op de toevallige of gewone mede-eigendom.¹⁰¹ Bij gedwongen mede-eigendom kan geen verdeling worden gevorderd, noch door deelgenoten nog door hun crediteuren.¹⁰² Ook voor vrijwillige mede-eigendom wordt verdedigd dat art. 815 BBW daarop niet van toepassing is.¹⁰³

Op grond van art. 883 BBW wordt de verkrijger geacht alleen en onmiddellijk te zijn opgevolgd in alle goederen die hij in het kader van verdeling heeft verkregen; hij wordt geacht nooit de eigendom van de andere goederen van de nalatenschap te hebben gehad. Dit gevolg wordt wel toegeschreven aan de declaratieve werking van de verdeling.¹⁰⁴ Deze declaratieve werking treedt

99 Jansen & Storme 2007, nr. 9: 'In het Belgische recht bestaat er een *numerus clausus* aan boedelgemeenschappen. De regel van de *in natura*-verdeling geldt in ieder geval voor de nalatenschap, de huwgemeenschap, de maatschap en de feitelijke vereniging. (...) Houden deelgenoten meerdere goederen aan zonder dat ze vallen in een van deze categorieën, dan gaat het om evenveel *zaaksgemeenschappen* als er onverdeelde goederen zijn [cursivering bij de auteurs, THS].'

100 Jansen 2009, nr. 291.

101 Uit art. 577-2, §8 BBW volgt dat de verdeling van een gemeenschappelijke zaak is onderworpen aan de regels zoals vermeld in de titel 'Erfenissen'. Deze titel heeft betrekking op art. 718 e.v. BBW, waaronder art. 815 BBW en art. 883 BBW. Zie ook: Sagaert 2014, nr. 338; Dekkers/Dirix 2005, nr. 289; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 26.

102 Sagaert 2014, nr. 365; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 29.

103 Volgens de klassieke leer wordt de toepassing van art. 815 BBW beperkt tot de zogenaamde toevallige mede-eigendom (Sagaert 2014, nr. 355; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 50; De Page & Dekkers 1975, nr. 1165B). In afwijking van de klassieke opvatting wordt ook wel verdedigd dat art. 815 BBW behalve op de toevallige mede-eigendom eveneens toepasselijk is op de vrijwillige mede-eigendom (Sagaert 2014, nr. 355; Vananroye 2015, p. 153). In een beslissing van het Hof van Cassatie uit 2013 (Cass. 20 september 2013, C.08.0018.F/214) wordt een bevestiging van de klassieke leer gelezen op grond waarvan de toepasselijkheid van art. 815 BBW wordt beperkt tot toevallige mede-eigendom (Sagaert 2014, nr. 355; Vananroye 2015, p. 152-153).

104 Sagaert 2014, nr. 330, 343, 344; Snaet & Verbeke 2011, p. 68, 69; Puelinckx-Coene e.a. 2005, nr. 272; Vandenberghe & Snaet 1997, nr. 26. Zie anders: Pintens e.a. 2010, nr. 2239-2241; Dekkers/Casman 2010, nr. 729 e.v.; Dekkers/Dirix 2005, nr. 292, 294, waarin wordt betoogd dat verdeling een ruil van aandelen inhoudt, zodat deze translatief werkt.

niet alleen op in het kader van verdeling maar ook in het kader van met verdeling gelijk te stellen handelingen.¹⁰⁵

De meningen lopen uiteen over de vraag of met declaratieve werking en terugwerkende kracht hetzelfde wordt bedoeld of dat deze van elkaar kunnen worden onderscheiden. Zo wordt verdedigd dat de declaratieve werking zowel als de terugwerkende kracht betrekking hebben op beschikkingen over aandelen in de gemeenschap in relatie tot gedurende de periode van onverdeeldheid ontstane rechten van derden.¹⁰⁶ Ook wordt verdedigd dat dit laatste voortvloeit uit de terugwerkende kracht, terwijl de declaratieve werking moet worden gezien in de voortzetting van de titel waaronder de deelgenoten het goed gezamenlijk hielden.¹⁰⁷ Uitgaande van het onderscheid tussen boedelgemeenschappen en zaaksgemeenschappen zou de terugwerkende kracht in dat verband enkel van toepassing kunnen zijn op boedelgemeenschappen.¹⁰⁸

De opvatting dat de van de declaratieve werking te onderscheiden terugwerkende kracht alleen van toepassing kan zijn op de boedelgemeenschap, kan worden verklaard tegen de achtergrond van de mogelijkheid om al dan niet bevoegd over een aandeel in (een goed van) de gemeenschap te kunnen beschikken.¹⁰⁹

Voor de zaaksgemeenschap kan worden aangenomen dat de in beginsel onbeperkte beschikkingsbevoegdheid ertoe leidt dat art. 883 BBW op de verdeling van toepassing is, maar dat de verdeling uitsluitend declaratief werkt en niet tevens terugwerkende kracht heeft.¹¹⁰ Hiermee wordt bedoeld uit te drukken dat beschikkingen over aandelen in de zaaksgemeenschap gedurende de periode van onverdeeldheid en de daaruit ontstane rechten van derden worden geëerbiedigd, maar dat de uiteindelijke verkrijger van het goed krachtens verdeling na de verdeling het goed houdt onder de titel waaronder de deelgenoten het goed voor de verdeling hielden.¹¹¹

Voor de boedelgemeenschap geldt dat zonder instemming van de andere deelgenoten niet door een deelgenoot over zijn aandeel in een afzonderlijk

105 Volgens een moderne opvatting over de inhoud van met verdeling gelijk te stellen handelingen, is daarvan sprake indien alle deelgenoten bij deze rechtshandeling betrokken zijn en ten gevolge van de uitvoering daarvan het aantal deelgenoten afneemt. Zie: Snaet & Verbeke 2011, p. 69; Dekkers/Casman 2010, nr. 736-737; Puelinckx-Coene e.a. 2005, nr. 271. De moderne opvatting onderscheidt zich van de klassieke opvatting door naast het criterium dat ten gevolge van de handeling het aantal deelgenoten ten opzichte van het verdeelde goed moet dalen, eveneens te eisen dat alle deelgenoten daartoe medewerken. Zie hierover: De Decker 2012, p. 86. Zie ook: Cass. 15 januari 1847, *Pas.* 1847, I, p. 502 e.v.; Cass. 6 juni 1850, *Pas.* 1851, I, p. 144 e.v. voor een bevestiging van de hier bedoelde klassieke leer.

106 Sagaert 2014, nr. 343-344; Dekkers/Casman 2010, nr. 730-731; Dekkers/Dirix 2005, nr. 294.

107 Jansen 2009, nr. 295; Jansen & Storme 2007, nr. 7; Storme 2004, p. 663-664.

108 Jansen 2009, nr. 295-296; Casman 1997, nr. 2-3; Storme 2004, p. 665.

109 Storme 2004, p. 665. Zie ook Vananroye 2014, p. 245.

110 Jansen 2009, nr. 295; Storme 2004, p. 665; Casman 1997, nr. 9.

111 Jansen 2009, nr. 295.

goed kan worden beschikt.¹¹² Deze beschikkingsonbevoegdheid over een aandeel in een afzonderlijk goed moet worden aangenomen ondanks de mogelijkheid van vrije overdraagbaarheid van aandelen op grond van het bepaalde in art. 577-2, §4 BBW.¹¹³ Wat echter door de wetgever met de ene hand aan vrije overdraagbaarheid wordt verleend, wordt door hem met de andere hand door de terugwerkende kracht van de verdeling teruggenomen.¹¹⁴ Het is de terugwerkende kracht waarachter het beginsel van de onbevoegdheid om over aandelen in de afzonderlijke goederen van een boedelgemeenschap te beschikken schuil gaat.¹¹⁵ Daarmee is de beschikkingsonbevoegdheid over deze aandelen in dit verband het leidende beginsel geworden.¹¹⁶ Met dit beginsel wordt ook voorkomen dat door afzonderlijke beschikkingen door deelgenoten het aantal tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten wordt vergroot, waarmee een verdeling wordt bemoeilijkt.¹¹⁷ Het bemoeilijken van de verdeling hangt samen met het recht om verdeling *in natura* te vorderen.¹¹⁸ Dit aan alle deelgenoten toekomende recht op verkrijging *in natura* doet zich enkel voor bij de boedelgemeenschap; bij de zaaksgemeenschap, waarbij slechts één goed gemeenschappelijk is, kan daarvan in beginsel geen sprake zijn.¹¹⁹ Het recht om verdeling *in natura* te vorderen komt daarnaast uitsluitend toe aan de oorspronkelijke deelgenoten.¹²⁰ Verdedigd wordt

112 Jansen & Storme 2007, nr. 11; Storme 1998, nr. 144; Vananroye 2014, p. 245. Anders: Cass. 9 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 366 (*Molenaers I*).

113 Zie ook: Cass. 9 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 366 (*Molenaers I*); Cass. 22 december 2006, *RW* 2006-2007 m.nt. S. Mosselmans, p. 1411 e.v. (*Molenaers II*)

114 Vananroye 2014, p. 245.

115 Storme 2004, p. 665. Zie ook Vananroye 2014, p. 245.

116 Vergelijk Storme 2004, p. 664-666.

117 Jansen 2009, nr. 296; Vananroye 2014, p. 245; Snaet & Verbeke 2011, p. 52. Jansen & Storme 2007, nr. 9: 'Als een derde immers enkel aandelen heeft in één van de goederen van de nalatenschap, dan kan er namelijk geen 'ruil van aandelen *in natura*' plaatsvinden, maar hoogstens de 'ruil van aandelen tegen geld'.'

118 Zie art. 826 BBW voor nalatenschappen en – via art. 577-2, §8 BBW – voor de gewone mede-eigendom en gedwongen mede-eigendom in het algemeen. Zie ook: Jansen 2009, nr. 296; Jansen & Storme 2007, nr. 9; Pintens e.a. 2010, nr. 2205 e.v.

119 Bij verdeling van een (zaaks)gemeenschap bestaande uit één goed is het niet mogelijk aan alle deelgenoten *in natura* toe te delen, tenzij het goed materieel splitsbaar is. Zie ook Jansen 2009, nr. 296.

120 De regel dat het recht om verdeling *in natura* te vorderen uitsluitend toekomt aan de oorspronkelijke deelgenoten is bevestigd door het Hof van Cassatie in Cass. 22 december 2006, *RW*, 2006-2007 m.nt. S. Mosselmans, r.o. 13, p. 1411: 'In afwachting van de vereffening-verdeling, die enkel kan plaatshebben tussen de mede-erfgenamen, kan de koper [niet-deelgenoot, THS] van een onverdeeld aandeel bij de vereffening-verdeling geen rechten als deelgenoot laten gelden op het verkochte goed. De koper kan wel, als schuldeiser van de verkoper, toezien op de verdeling, met toepassing van art. 882 B.W. Ingevolge de voorwaardelijke verkoop verwerft koper de hoedanigheid van schuldeiser van de erfgenaam-verkoper, zonder als nieuwe mede-eigenaar in zijn plaats te treden als deelgenoot.' In Jansen & Storme 2007, nr. 11 betogen de auteurs in reactie op de door het Hof van Cassatie aangenomen 'voorwaardelijke verkoop' dat zij het rechtstheoretisch zuiverder vinden om de koop verbintenisrechtelijk geldig te verklaren. Nu de verkopende deelgenoot niet

dat om deze reden de terugwerkende kracht reeds werkt *tijdens* de verdeling doordat op grond daarvan het recht om verdeling *in natura* te vorderen aan een niet-oorspronkelijke deelgenoot wordt onthouden.¹²¹

Wel kan een tot een boedelgemeenschap gerechtigde deelgenoot over zijn volledige aandeel in een onverdeelde boedel beschikken.¹²² Dit strookt met de bevoegdheid tot overdracht van een ‘universaliteit van rechten en plichten’ op grond van art. 1696 BBW. Het probleem van de uitbreiding van medegerechtigden tot de boedel wordt als minder significant beschouwd als in het geval per goed over een aandeel zou worden beschikt.¹²³ Nu in dit verband het bevoegd zijn om te beschikken als leidend beginsel heeft te gelden en de grond voor de aanneming van de zogenaamde terugwerkende kracht is gelegen in de onbevoegdheid daartoe, kan worden aangenomen dat aan de hier bedoelde handelingen deze terugwerkende kracht dient te worden onthouden.¹²⁴

2.5 SLOTOPMERKING

In dit hoofdstuk heeft een introductie plaatsgevonden van verschillende modellen van mede-eigendom en van de rechtsfiguur van scheiding/verdeling. Vanuit een voor Nederlands recht relevant historisch perspectief is daarbij gerefereerd aan het Romeinse, het Germaanse en oud-Franse recht. Daarnaast heeft op deze onderwerpen een introductie plaatsgevonden van het huidige Nederlandse en Belgische recht. Het Nederlandse en Belgische recht zijn historisch gezien op een vergelijkbare leest geschoeid. Beide rechtssystemen kennen evenwel op de hier aan de orde gestelde onderdelen een zelfstandige rechtsontwikkeling en een eigen rechtstheorie. Zo besteedt de Belgische rechtsleer – nadrukkelijker dan de Nederlandse doctrine – aandacht aan het beginsel dat ten grondslag ligt aan de verdeling en dat het effect van de verkrijging krachtens verdeling in zijn essentie beschrijft. Nu het grondbeginsel van verdeling in deze studie als een referentiepunt dient, zal op dit laatstbedoelde onderdeel rechtsvergelijking met het Belgische recht worden toegepast. Deze rechtsvergelijking zal plaatsvinden in hoofdstuk 5 bij de behandeling van de zogenaamde maatstaf voor verdeling.

bevoegd is te beschikken over aandelen in afzonderlijke goederen van de boedelgemeenschap, dient ten gevolge van het feit dat de koper van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen op die grond het goederenrechtelijke effect aan de uitvoering van de koop te worden onthouden. Zie ook: Storme 2004, p. 665-666; Vananroye 2014, p. 245; Snaet & Verbeke 2011, p. 51.

121 Jansen 2009, nr. 298.

122 Snaet & Verbeke 2011, p. 52; Jansen 2009, nr. 339.

123 Snaet & Verbeke 2011, p. 52; Jansen 2009, nr. 339.

124 Storme 2004, p. 664.

3 Totstandkoming van het verdelingsbegrip in het NBW

3.1 VAN MEIJERS TOT NBW

Sinds 1 januari 1992 is met de invoering van onder meer Boek 3 van het huidige Burgerlijk Wetboek een in de wet vastgelegd verdelingsbegrip van kracht. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende geen wettelijke omschrijving van de voorloper van de verdeling, de zogenaamde (boedel)scheiding, ook wel scheiding en deling genaamd.¹ Wel ontwikkelt zich onder oud recht een scheidingsbegrip in zowel literatuur als jurisprudentie,² dat uiteindelijk leidt tot de verdelingsdefinitie,³ zoals opgenomen in art. 3:182 BW:⁴

‘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. 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.’

1 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611. Het BW 1838 kende wel de licitatie, art. 1122 BW.

2 Voor bijdragen in de literatuur: zie (bij wijze van voorbeeld en in chronologische volgorde) Suyling-Dubois 1931, no. 283; Asser/Meijers 1941, p. 342; Libourel 1948, p. 395; Studiecommissie voor Boek 3 BW 1958, p. 199 en voor een bespreking van dit voorstel: MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612; Van de Poll 1967, p. 29; Kleijn 1969 p. 9. Voor jurisprudentie: zie HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559.

3 Men kan zich de vraag stellen in hoeverre het verdelingsbegrip door art. 3:182 BW wordt gedefinieerd. Van Mourik 2012, p.17: ‘Verdeling is veel meer dan een op goederenrechtelijk resultaat gericht gebeuren. Art. 3:182 BW bevat dan ook geen omschrijving van het begrip verdeling. Het artikel bepaalt slechts dat bepaalde privatieve verkrijgingen van goederen als verdeling worden ‘aangemerkt’. (...) Verbintenisrechtelijke elementen omringen het goederenrechtelijke streven.’ Hoewel ik kan instemmen met Van Mouriks waarneming, zal ik toch in lijn met een bestendig gebruik in de literatuur gebruik maken van de termen ‘omschrijving’ en ‘definitie’. Zie onder anderen: Kleijn 1969, p. 2: ‘wettelijke definitie’; Schoordijk 1983, p. 100: ‘de definitie van het begrip verdeling’; Tuil 2009, p. 119: ‘een definitie van verdeling’; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 169: ‘wettelijke definitie van verdeling’; ook Van Mourik 2011, nr. 36: ‘wettelijke omschrijving’ en ‘per definitie’, evenals Van Mourik & Verstappen 2014a, nr. 5.8.7: ‘Art. 3:182 BW definieert het begrip verdeling [...]’.

4 Een verdeling volgens deze definitie wordt ook wel aangeduid als een contractuele verdeling en moet worden onderscheiden van de verdeling door de rechter (art. 3:185 BW), de ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 OBW) en de wettelijke verdeling (art. 4:13 BW). Zie ook: Luijten & Meijer 2008, nr. 885; Nuytinck 2009, p. 49.

De definiëring van het verdelingsbegrip is in fasen tot stand gekomen. Meijers staat aan de basis van een definitie van scheiding als hij in *WPNR* 2390 (1915) een duiding geeft van het verschil tussen scheiding en koop:

‘Een scheiding is een handeling, waarbij *alle* deelgenooten moeten betrokken zijn; is het een handeling tusschen slechts eenige der deelgenooten, dan kan dat nooit meer dan een *koop* zijn. Zie daaromtrent nader mijn eerstdaags verschijnende slotaflevering van het Erfrecht, blz. 316.’⁵

In de woorden van vorenbedoelde door Meijers bewerkte handleiding in eerste druk:

‘Wel echter moeten *alle* erfgenamen of hun vertegenwoordigers tot de handeling medewerken, wil een scheidingshandeling aanwezig zijn. Wanneer dus één der erfgenamen zijn erfdeel aan enkele of aan één zijner mede-erfgenamen overdraagt, is dit een koop en geen scheiding.’⁶

In *WPNR* 2434 (1916) besteedt Meijers opnieuw aandacht aan de vraag, waar de grenslijn getrokken moet worden tussen verkoop van een aandeel en scheiding:

‘In de bewerking van het erfrecht in Asser’s Handleiding (IV, blz. 316) heb ik getracht in navolging der Fransche juristen in ons land de meening ingang te doen vinden, dat iedere handeling, tusschen *alle* deelgenooten waardoor de onverdeeldheid wordt opgeheven of verminderd, een scheiding is; een handeling tusschen *enkele* deelgenooten echter nimmer een scheiding kan zijn.’⁷

Meijers voegt hier aan de eis van het gezamenlijk handelen door alle deelgenooten een rechtsgevolg toe: ‘waardoor de onverdeeldheid wordt opgeheven of verminderd’. In de vierde druk van de door Meijers bewerkte Handleiding omschrijft hij een scheidingshandeling als volgt:

‘Een scheidingshandeling is derhalve te omschrijven als iedere handeling, waartoe alle deelgenoten medewerken en die ten gevolge heeft, dat een of meer hunner ten aanzien van alle of enkele goederen der gemeenschap ophouden mede-eigenaar te zijn.’⁸

De ontwikkeling van een in de wet vastgelegd verdelingsbegrip begint met het zogenaamde Ontwerp Meijers (art. 3.7.1.11) om via een aantal tussenstap-

5 Meijers 1915b, p. 519.

6 Asser/Meijers 1915, p. 316.

7 Meijers 1916, p. 407.

8 Asser/Meijers 1941, p. 342.

pen te eindigen bij de tekst zoals opgenomen in de huidige wet. Op basis van het Ontwerp Meijers luidt de omschrijving van verdeling in aanvang als volgt:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd, medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten ve[r]krijgen.’⁹

Via een gewijzigd ontwerp worden in de vorenbedoelde volzin nog enkele redactionele aanpassingen gepleegd: ‘beschouwd’ wordt gewijzigd in ‘aangemerkt’ en ‘waardoor’ wordt ‘krachtens welke’.¹⁰ Tevens wordt er een tweede volzin opgenomen, die in oorspronkelijke zin luidt:

‘De handeling is niet een verdeling, indien zij geschiedt ter voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer der deelgenoten.’¹¹

Bij nota van wijziging wordt ‘geschiedt ter voldoening’ vervangen door ‘strekt tot nakoming’, vervalt het woord ‘der’ en wordt aan het slot nog een zinsdeel toegevoegd, namelijk:

‘(...) die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.’¹²

Aldus wordt de eindtekst bereikt van het in het huidige art. 3:182 BW opgenomen verdelingsbegrip.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het wettelijke verdelingsbegrip zijn finale vorm heeft verkregen door de formulering van twee volzinnen. De eerste volzin geeft aan welke rechtshandeling als verdeling wordt aangemerkt, terwijl de tweede volzin aanmerkt welke handeling niet als verdeling heeft te gelden. Het door deze afbakening bereikte kader waarbinnen verdeling wordt aangenomen is in de parlementaire geschiedenis van een toelichting voorzien. Voor het goed verstaan van het wettelijke verdelingsbegrip als geheel richt ik mij op deze toelichting.

3.2 VAN ÉÉN NAAR TWEE VOLZINNEN (GO)

Het is in het gewijzigd ontwerp dat de eerste volzin van het verdelingsbegrip zijn definitieve redactie bereikt, terwijl bovendien aan deze eerste volzin nog een tweede volzin wordt toegevoegd. Deze tweede volzin zal een tweetal fasen

9 Art. 3.7.1.11 OM.

10 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

11 Art. 3.7.1.11 GO.

12 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

doorlopen.¹³ De combinatie van de eerste en tweede volzin volgens het gewijzigd ontwerp luidt – voor de duidelijkheid nogmaals weergegeven – als volgt:

‘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. De handeling is niet een verdeling, indien zij geschiedt ter voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer der deelgenoten.’¹⁴

In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer wordt ten aanzien van de eerste volzin en de ten opzichte van het oorspronkelijk ontwerp daarop in het gewijzigd ontwerp gepleegde wijzigingen opgemerkt dat ‘enige kleine veranderingen van redactionele aard’ zijn aangebracht.¹⁵ Daarnaast wordt in dezelfde memorie van antwoord de toevoeging van de tweede volzin op de volgende wijze verantwoord:

‘Voorts is aan het artikel een tweede zin toegevoegd om vast te stellen dat niet als een verdeling wordt beschouwd een handeling die geschiedt ter voldoening van een schuld van de gemeenschap aan een deelgenoot. Indien bijvoorbeeld een erfgenaam krachtens legaat of krachtens koopovereenkomst met de erflater recht heeft op een bepaald goed uit de nalatenschap, behoort dit goed niet tot datgene wat tussen de deelgenoten moet worden verdeeld en is met betrekking tot dit goed de verhouding tussen degenen die recht heeft op het goed en de andere erfgenamen van andere aard dan de verhouding tussen deelgenoten in een gemeenschap. Men vergelijke H.R. 17 januari 1964, N.J. 1965 no. 126, m.o. J.H.B.’¹⁶

Naar aanleiding van de redactie van de tweede volzin (GO) volgt in de literatuur een kritische bespreking daarvan. Later zal bij nota van wijziging de tweede volzin worden ‘verduidelijkt’, onder andere door uitbreiding daarvan via toevoeging van een zinsdeel aan het slot.¹⁷ Met deze aanpassingen zal ook de eindtekst van de tweede volzin worden bereikt. Over de bespreking door de literatuur van de tweede volzin (GO) – dus nog voordat onder andere de slotwoorden van de eindtekst daaraan zijn toegevoegd – vermeldt de nota van wijziging het volgende:

‘De tweede zin van dit artikel is verduidelijkt naar aanleiding van de te ruime betekenis die daaraan in de literatuur over het gewijzigd ontwerp blijkt te zijn gehecht; men zie Kleijn, WPNR 5213, blz. 170, het rapport van de broederschap, WPNR

13 De formulering volgens het gewijzigd ontwerp betreft de eerste fase. Zie art. 3.7.1.11 GO en art. 3.7.1.11 NvW (tevens eindtekst).

14 Art. 3.7.1.11 GO.

15 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

16 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612, 613.

17 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

5280, blz. 684-685 en De Bruijn-Soons-Kleijn, Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht, 2de druk, 1972, blz. 503.¹⁸

Naar aanleiding van het bovenstaande zal ik nu aandacht besteden aan de punten van kritiek, zoals deze ten aanzien van de tweede volzin (GO) uit de besprekingen in de literatuur naar voren komen.

3.3 TWEDE VOLZIN (GO) IN DE LITERATUUR

In de literatuur voert Kleijn tegen de formulering van de tweede volzin (GO) twee hoofdbezwaren aan, een van theoretische en een van praktische aard:¹⁹

‘Allereerst het theoretische bezwaar. Aan de definitie van scheiding en verdeling van art. 3.7.1.11 ligt duidelijk de constructie ten grondslag, dat *iedere* rechtshandeling, die met medewerking van alle deelgenoten wordt verricht en die tot gevolg heeft dat een of meer gemeenschapsgoederen door één of sommige deelgenoten wordt verkregen, een verdeling is. In deze wettelijke definitie wordt in de eerste zin kennelijk geabstraheerd van de causa; alleen reeds op grond van het verkregen effect en de medewerking van alle deelgenoten wordt de kwalificatie ‘scheiding’ verleend. Dat is m.i. geheel juist, omdat hierdoor de verschillen tussen de gevolgen van scheiding en van overdracht juist gemarkeerd worden en logisch volgen uit het feit dat vóór scheiding de verkrijger als [sic] deelgenoot was in het toebedeelde goed terwijl bij de overdracht de verkrijger iets geheel nieuws verkrijgt (...). Vervolgens doet het dan echter merkwaardig aan dat voor één geval plotseling, in de tweede zin van art. 11, de causa zeer wel invloed krijgt op de kwalificering van een verdelingshandeling.’²⁰

Kleijn vervolgt met de opmerking dat in art. 3.7.1.7 lid 1 [thans art. 3:174 lid 1 BW, THS] een beperking is te vinden op de zojuist geformuleerde tweede volzin:²¹

‘Bovendien vindt men in de M.v.A. (pag. 216) weer een beperking op deze uitzonderingsregel. Als voorbeelden van een scheidingshandeling worden daar genoemd verkoop met machtiging of op bevel van de (boedel)rechter (art. 3.7.1.7 lid 1) door of namens de gezamenlijke deelgenoten aan één hunner. De op deze verkoop volgende levering van het ‘verkochte’ gemeenschapsgoed aan één der deelgenoten ter nakoming van de ten laste van de gemeenschap komende verplichting tot levering voortvloeiende uit deze verkoop valt naar de mening van de Minister dus blijkbaar niet onder de tweede zin van art. 3.7.1.11. Als inderdaad in de gedachten-gang van de Minister onder ‘schuld’ in art. 3.7.1.11 zin 2 slechts worden verstaan

18 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

19 Kleijn 1973, p. 169

20 Kleijn 1973, p. 170.

21 Kleijn 1973, p. 170.

verplichtingen niet voortvloeiende uit een handeling door (of namens) de gezamenlijke deelgenoten zelf, dan mag de wetstekst wel enige verduidelijking ondergaan.²²

Kleijn sluit zijn theoretische bezwaren af met enige opmerkingen over reprises en de voldoening daarvan door toedeling in het kader van de afwikkeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap:

‘Gezien de ter illustratie van art. 11 tweede zin gestelde voorbeelden (M.v.A. pag. 215) stonden de ontwerper hier waarschijnlijk voor ogen verplichtingen tot levering van een bepaald goed. Niettemin zullen, zoals de wetstekst thans luidt, reprises bij de afwikkeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap niet meer door toedeling van een gemeenschapsgoed voldaan kunnen worden; de voldoening aan reprises zal zijn te kwalificeren als een afzonderlijke inbetalinggeving gevolgd door levering, zodat de scheidingsregelen daarop niet van toepassing zijn. Indien dit inderdaad de bedoeling is, betekent dit een belangrijke afwijking van de thans heersende leer (...) en rechtspraktijk. Al moge de Hoge Raad (17 januari 1964, *N.J.* 1965 nr. 126) nu wel hebben uitgemaakt, dat de uitkering van een gelegateerd goed aan een erfgenaam geen scheidingshandeling is, het gaat nu toch wel ver om deze uitspraak, die specifieke goederen en een specifieke verplichting betrof, in een zo algemeen luidende wetstekst over te nemen.²³

Het bezwaar van praktische aard brengt Kleijn naar voren aan de hand van het volgende voorbeeld:

‘Gesteld een deelgenoot A met een aandeel waard *f* 20.000, heeft daarnaast een vordering van *f* 10.000, op de boedel. Bij de verdeling wordt hem toebedeeld een gemeenschapsgoed, waard *f* 30.000. Naar de bedoeling van de deelgenoten is dit geheel te beschouwen als een verdelingsprocedure; krachtens art. 11 tweede zin is deze verkrijging voor 2/3 een scheiding en voor 1/3 een overdracht. Waarom hier aan de deelgenoten onnodig zo een keurslijf aan te leggen en bovendien van de huidige praktijk af te wijken? (...) De zin van het *dwingend* opleggen van des wetgevers wil aan de deelgenoten – ook al zou men het met het principe van het onderscheid eens zijn – ontgaat mij, nu hierbij geen zaken van openbare orde betrokken zijn.²⁴

Als conclusie ten aanzien van de hier besproken tweede volzin volgens het gewijzigd ontwerp komt Kleijn tot de volgende aanbevelingen:

‘(I) Deze regel dient slechts te gelden voor schulden tot overdracht van bepaalde gemeenschapsschulden [bedoeld zal zijn: gemeenschapsgoederen, althans volgens

22 Kleijn 1973, p. 170.

23 Kleijn 1973, p. 170.

24 Kleijn 1973, p. 170.

de terminologie naar NBW, THS] aan een deelgenoot en dan nog slechts krachtens een rechtshandeling, welke niet tussen de deelgenoten is tot stand gekomen.

(II) De deelgenoten moeten het recht hebben om niettemin met algemene stemmen de handeling als scheidingsonderdeel te beschouwen; het is mij nl. niet duidelijk geworden, waaraan de betreffende verkrijging, die – afgezien van de causa – zakenrechtelijk geheel gelijk staat met een scheidingshandeling, niet door partijen ook obligatoir van de scheidingskenmerken en scheidingsgevolgen voorzien kan worden (zie verder mijn proefschrift pag. 32 e.v.).²⁵

In het rapport van de Broederschap,²⁶ onder voorzitterschap van voornoemde Kleijn, valt als commentaar op art. 3.7.1.11 onder meer het volgende te lezen:

‘De laatste zin van deze bepaling wil de commissie graag als volgt omgevormd zien: “Indien de handeling geschiedt ter voldoening van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan één of meer der deelgenoten, kan deze handeling als een overdracht geschieden.” De commissie is wel van mening dat in dat geval de verkrijging moet worden opgenomen onder de vrijstellingen in artikel 15 van de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer. (...) Overigens is de commissie van mening dat hier wel sprake behoort te zijn van een scheiding. De opmerking hierboven is derhalve bedoeld ter verduidelijking van het in het Gewijzigde Ontwerp gevolgde systeem, waaruit echter niet geconcludeerd mag worden dat de commissie het met dit systeem eens is.’²⁷

In de 2^e druk van ‘Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht’ schrijft Kleijn over de tweede volzin (GO) in relatie tot het rechtskarakter van de reprise onder andere:

‘De moderne opvatting, dat een reprise het aandeel in de gemeenschap niet vergroot doch de betrokken echtgenoot een vorderingsrecht jegens de gemeenschap verschaft, belet geenszins met Klaassen-Eggens-Polak p. 97 aan te nemen, dat de betrokkene het recht heeft bij de scheiding der gemeenschap verrekening van zijn reprise te eisen door hem zoveel goederen uit de gemeenschap toe te delen, dat hem diensgevolge zijn reprise in goederen is toegekend. Dit recht vloeit m.i. direct voort uit de beginselen van goede trouw en billijkheid; dat heeft ten gevolge dat dit recht tot honorering van het vergoedingsrecht door toedeling niet *steeds* aanwezig hoeft te zijn, maar afhankelijk is van de merites van de situatie. Meestal echter zal de goede trouw wel meebrengen dat de reprise-gerechtigde inderdaad voldoening aan zijn reprise in goederen der gemeenschap door toescheiding kan verlangen. Wonderlijk genoeg wil het gewijzigd ontwerp BW in artikel 3.7.1.11 slot hieraan een eind maken (...).’²⁸

25 Kleijn 1973, p. 170.

26 Voluit: Rapport van de commissie, ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, ter bestudering van het Gewijzigd Ontwerp van wet voor Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

27 Kleijn e.a. 1974, p. 684-685.

28 De Bruijn/Soons & Kleijn 1972, p. 503.

Na de weergave van deze punten van kritiek uit de literatuur – aan welke literatuur door de parlementaire geschiedenis nadrukkelijk wordt gerefereerd – richt ik mij nu op de wijze waarop de wetgever met de kritiekpunten is omgegaan in de formulering van de tweede volzin volgens de nota van wijziging, die tevens gelijk is aan de eindtekst.

3.4 TWEDE VOLZIN (NvW)

Met de nota van wijziging wordt voor het verdelingsbegrip als geheel, dat wil zeggen de combinatie van de eerste en tweede volzin, de eindtekst bereikt. Dit was afzonderlijk gezien reeds het geval voor de eerste volzin op grond van het gewijzigd ontwerp. De combinatie van de eerste en tweede volzin (NvW tevens eindtekst) luidt als volgt:

‘Als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerkers en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. 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.’²⁹

De nota van wijziging laat de eerste volzin redactioneel ongemoeid en merkt ten aanzien van de tweede volzin op dat deze is verduidelijkt ten opzichte van redactie van het gewijzigd ontwerp. Deze verduidelijking van de tweede volzin wordt in de parlementaire geschiedenis als volgt toegelicht:

‘De tweede zin van dit artikel is verduidelijkt naar aanleiding van de te ruime betekenis die daaraan in de literatuur over het gewijzigd ontwerp blijkt te zijn gehecht; (...).

De ondergetekende wil vooropstellen dat de bepaling van de tweede zin beoogt aan te sluiten bij de huidige rechtspraak, met name bij HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en 17 januari 1964, NJ 1965, 126.’³⁰

Beide laatstbedoelde arresten hebben betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap aan een of meer erfgenamen.

In HR 31 mei 1963³¹ gaat het om de voldoening van een vordering uit een koopovereenkomst, door de erflater bij leven gesloten met twee van zijn erfgenamen. De relevante feiten zijn als volgt. Het echtpaar Van der Looy-Vermeulen heeft bij koopakte de dato 2 mei 1955 aan twee van hun zeven

29 Zie art. 3.7.1.11 GO en art. 3.7.1.11 NvW.

30 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

31 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 m.nt. J.H. Beekhuis (*Erven Van der Looy*).

kinderen verkocht een winkelhuis met aanhorigheden te Eindhoven voor de prijs van f 10.000. Na het overlijden van vorenbedoeld echtpaar ontstaat er geschil over de uitvoering van de koopovereenkomst. De kopers verlangen de medewerking van de andere kinderen bij het opmaken van een transportakte. Eén van deze andere kinderen wenst medewerking te verlenen, niet echter de overige vier kinderen. De Hoge Raad overweegt ter zake:

‘(...) dat de verweerders in cassatie als erfgenamen van hun vader ieder voor zijn of haar aandeel tot nakoming van deze overeenkomst verplicht waren (...); dat het voldoen aan een vordering die een der mede-erfgenamen op den erflater had, niet oplevert een gedeeltelijke scheiding en deling (...).’³²

In HR 17 januari 1964³³ heeft de nakoming van een schuld van de nalatenschap betrekking op een aan een erfgenaam toekomende vordering uit legaat. De feiten zijn, voor zover relevant, als volgt. Tot de nalatenschap van de weduwe Schellens-Keunen behoren 104 aandelen in L. Schellens en Co’s Trijpfabriek NV (hierna: NV) te Eindhoven. Een dag voor haar overlijden verleent de weduwe een optie tot koop aan de NV met betrekking tot 71 van de aandelen en legateert zij de 33 resterende aandelen aan dochter Maria Schellens tegen inbreng van de waarde. Na het overlijden van de weduwe wordt de koopoptie aangenomen en het legaat aanvaard, waarna op een tweetal punten dispuut ontstaat. Het eerste dispuut betreft een geschil tussen de erfgenamen en de NV. In een andere dan de onderhavige procedure tot aan de Hoge Raad komt vast te staan dat de tot de nalatenschap behorende aandelen door de erfgenamen ingevolge de statuten van de NV eerst aan aandeelhouders ter overname moesten worden aangeboden in verband met een voorkeursrecht.³⁴ In de onderhavige zaak gaat om een dispuut tussen erfgenaam-legataris Maria Schellens en de overige erfgenamen in het kader van de uitoefening van een voorkeursrecht voor welk kader een rol speelt of en in welke mate de door Maria verkregen aandelen door haar zijn verkregen onder bijzondere of onder algemene titel. Eisers in cassatie stellen onder andere dat Maria Schellens de gelegateerde goederen verkrijgt onder algemene titel, aangezien:

‘(...) deze verkrijging, geschiedt bij scheiding, zijnde een rechtshandeling, waartoe alle deelgenoten medewerken, en die tengevolge heeft, dat een of meer hunner t.a.v. alle of van enkele goederen der gemeenschap ophouden mede-eigenaar te zijn, zodat de erfgenaam-legataris geacht wordt onmiddellijk na het overlijden van de erflater te zijn opgevolgd in de eigendom der gelegateerde zaken (...); ook al zou een kind en erfgenaam, aan wie een legaat is gemaakt, in beginsel verkrijgen onder bijzondere titel, dit althans niet geldt voor een zodanig gedeelte van de

32 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10, p. 41.

33 HR 17 januari 1964, ECLI:NL:PHR:1964:AC4437, NJ 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens-Schellens II*).

34 HR 11 april 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2029, NJ 1958, 302 (*Schellens-Schellens I*).

gelegateerde goederen als waartoe de begunstigde als erfgenaam, en dus onder algemene titel, reeds gerechtigd was, zijnde in het geval van M. Schellens, een onverdeeld eenvierde gedeelte (...).³⁵

De Hoge Raad overweegt:

‘dat (...) die zaak, ook indien aan een erfgenaam gelegateerd, niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld en de legataris de afgifte daarvan uit den onverdeelden boedel kan vorderen (...); dat (...) de omstandigheid dat blijkens ‘s Hofs beslissing de onderhavige 33 aandelen aan M. Schellens – voor het geheel en niet slechts voor een gedeelte – als legaat werden vermaakt, meebracht dat de desbetreffende testamentaire beschikking haar voor het geheel in de positie van een legataris heeft gesteld (...); dat zij mitsdien de haar als legaat vermaakte aandelen voor het geheel onder bijzonderen titel heeft verworven (...).’³⁶

Ik keer terug naar de toelichting in de parlementaire geschiedenis, die vanwege het belang van de overwegingen hieronder ruim wordt weergegeven:

‘In beide arresten [HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, THS] werd aangenomen dat deze nakoming geen verdeling van de nalatenschap opleverde. Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden. Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld wordt voldaan door inbetalinggeving (artikel 6.1.6.15) of schuldvernieuwing (bij voorbeeld afstand van de vordering tegen overbedeling van de deelgenoot-schuldeiser). Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11 een verdeling oplevert. Zo is ook de overneming van een goed door een der deelgenoten op grond van artikel 3.7.1.7 lid 1, tweede zin, een verdeling, zoals reeds in de memorie van antwoord, laatste alinea bij dat artikel (blz. 206), werd aange-stipt. Hetzelfde geldt voor de afwikkeling van een reprise bij een huwelijksgemeenschap door een overbedeling van de betreffende echtgenoot, ook als men met sommige schrijvers (De Bruijn-Soons-Kleijn, blz. 503; Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederenrecht*, 9de druk 1973, blz. 298) van mening is dat een reprise een *recht* op overbedeling inhoudt. Dit recht correspondeert immers niet met een “voor rekening van de gemeenschap komende schuld”, maar veeleer met een verplichting van de overige deelgenoten tot medewerking (een doen). De slotwoorden van de nieuwe redactie van de tweede zin zien op het geval van bij voorbeeld een verkoop door de gezamenlijke deelgenoten aan één hunner, een

35 Zie het cassatiemiddel onder a. en d. in HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126.

36 HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, p. 505. Een legaat als hier bedoeld werd van oudsher een prelegaat genoemd. Zie Asser/Perrick 4 2017, nr. 659, voor een historisch overzicht. De regel dat in geval van een prelegaat een mede-erfgenaam aan wie het legaat is gemaakt het geheel als legataris verkrijgt, vindt ook toepassing op het legaat tegen inbreng blijkens HR 16 april 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4360, NJ 1982, 580 m.nt. W.M. Kleijn (*Sanders-Sanders*).

handeling die onder de eerste zin van artikel 3.7.1.11 valt. De tweede zin van artikel 11 omvat, zoals de slotwoorden verduidelijken, niet de nakoming van de verplichting tot levering uit deze koop[o]vereenkomst jegens de deelgenoot-koper. Ook hier is er derhalve een verdeling.

De ondergetekende vertrouwt met de thans voorgestelde tekst het verdelingsbegrip op aanvaardbare wijze te hebben omlijnd en met name het te hebben beperkt tot die gevallen waarin het gerechtvaardigd is dat de in de memorie van antwoord, derde alinea bij artikel 3.7.1.11 (blz. 215), aangehaalde bepalingen van toepassing zijn. Tevens vertrouwt hij aldus tegemoet gekomen te zijn aan de in de literatuur tegen het artikel ingebrachte bezwaren.³⁷

Met deze toelichting op de tweede volzin volgens de nota van wijziging en de daarmee gerealiseerde eindtekst van het gehele verdelingsbegrip, eindigt de parlementaire toelichting op de totstandkoming van art. 3.7.1.11 (thans art. 3:182 BW). Niet echter eindigt daarmee hetgeen de parlementaire geschiedenis over de betekenis van het begrip 'verdeling' in de zin van art. 3:182 BW heeft te melden. De laatste opmerkingen worden aangetroffen bij art. 3.7.1.14a (thans art. 3:186 BW), dat betrekking heeft op het voor de verkrijging krachtens verdeling voorgeschreven leveringsvereiste. Het is dit leveringsvereiste waarop nu nader zal worden ingegaan, om daarna aandacht te besteden aan de in de parlementaire geschiedenis opgenomen opmerkingen over de verhouding van verdeling tot levering, mede in het kader van de aan het verdelingsbegrip toe te kennen betekenis.

3.5 HET LEVERINGSVEREISTE

Voor een verkrijging krachtens verdeling moet het bepaalde in art. 3:182 BW worden gezien in samenhang met het bepaalde in art. 3:186 BW. Art. 3:186 BW regelt onder welke voorwaarden overgang plaatsvindt van hetgeen aan ieder van de deelgenoten is toegedeeld en bepaalt onder welke titel de deelgenoten houden hetgeen zij hebben verkregen:

- '1. Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.
2. Hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.'

Ik concentreer me op het vereiste voor overgang en het titelaspect en wend me wederom tot de parlementaire geschiedenis. Hieruit blijkt dat niet de gemelde overgang, maar overdracht het uitgangspunt was van Meijers in de formulering van zijn Ontwerp. Ik volg in kort bestek de ontwikkeling van het Ontwerp Meijers tot aan de wettekst, zoals deze thans geldt.

37 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

In zijn Ontwerp neemt Meijers een regeling op, die de voorloper is van het latere art. 3:186 lid 1 BW. Meijers formuleert in die fase in termen van overdracht in plaats van overgang:

‘De overdracht van het aan een ieder der deelgenoten toebedeelde dient te geschieden op de wijze als voor overdracht van goederen in het algemeen is voorgeschreven.’³⁸

Meijers motiveert deze keuze met de volgende toelichting:

‘Het derde lid van het artikel [art. 3.7.1.14 lid 3 OM, vergelijkbaar met het huidige art. 3:186 lid 1 BW, THS] breekt met de zogenaamde declaratieve kracht der scheiding. Het gekozen stelsel, dat iedere rechtshandeling, waardoor de rechtstoestand van een registergoed gewijzigd wordt, uit de registers moet blijken, verzet zich er tegen, dat een verdeling anders dan een koop behandeld wordt.’³⁹

Het derde lid van art. 3.7.1.14 Ontwerp Meijers wordt gevolgd door een vierde lid dat gelijkkluidend is aan het huidige art. 3:186 lid 2 BW, waarin – ten behoeve van de lezer nogmaals weergegeven – het volgende is geregeld:

‘Hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.’⁴⁰

In zijn toelichting licht Meijers het hier weergegeven titelaspect in de volgende bewoordingen toe:

‘Het enige punt, waarop in het stelsel van het ontwerp de werking van een verdeling aan een declaratieve kracht doet denken, is dat een scheiding geen verandering in de titel, krachtens welke men houdt, brengt.’⁴¹

Blijkens de parlementaire geschiedenis worden de leden 3 en 4 van art. 3.7.1.14 (thans art. 3:185 BW) uiteindelijk geplaatst in een nieuw artikel 3.7.1.14a (het latere art. 3:186 BW), omdat de werking daarvan niet beperkt mag blijven tot verdelingen door de rechter, maar de bepalingen ‘ook moeten gelden’ voor contractuele verdelingen.⁴²

Naast de verplaatsing van de beide leden treedt ook een wijziging op in het oorspronkelijke derde lid van art. 3.7.1.14. Het woord ‘overdracht’ wordt

38 Art. 3.7.1.14 lid 3 OM.

39 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

40 Art. 3.7.1.14 lid 4 OM.

41 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

42 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620: ‘Nu artikel 14 wordt beperkt tot verdelingen die door de rechter worden vastgesteld, horen deze leden daarin niet meer thuis, omdat zij ook moeten gelden voor verdelingen bij onderlinge overeenstemming.’ Zie ook: Stille 2012, nr. 8.2; Albers-Dingemans 2012, nr. 3.4; Perrick 2012, p. 641 e.v.

vervangen door ‘overgang’ met het oog op het bepaalde in het oorspronkelijk vierde lid van hetzelfde artikel, het huidige art. 3:186 lid 2 BW. In de Memorie van Antwoord treffen we de volgende motivering aan:

‘Vaak zal immers de titel waaronder de deelgenoten de goederen vóór de verdeling gezamenlijk hielden en dus ieder het hem toegedeelde gaat houden, er niet een zijn strekkende tot overdracht, wel steeds tot de overgang.’⁴³

Met de opname van deze laatste wijziging en de verplaatsing van de beide artikelliden wordt de eindtekst van het huidige art. 3:186 BW bereikt.

3.6 VERDELING EN LEVERING

Tegen het einde van het wetgevingsproces⁴⁴ worden ten aanzien van de begrippen verdeling en levering, hun betekenis en onderlinge verhouding, vragen gesteld door de Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer en wel in het kader van art. 3.7.1.14a lid 1 BW (thans art. 3:186 lid 1 BW). De vragen zijn, zo zal blijken, ingegeven door de behoefte misverstand omtrent de betekenis van het begrip ‘verdeling’ te voorkomen. Deze behoefte strekt zich ook uit over de reikwijdte van het begrip ‘levering’ en de verhouding van het begrip ‘verdeling’ tot het begrip ‘levering’.

In het kader van de Invoeringswet wordt onder art. 3.7.1.11 (thans art. 3:182 BW) de volgende slotzin vermeld:

‘Zie voor uitleg van de term “verdeling” L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv. bij artikel 3.7.1.14a [thans art. 3:186 BW, THS], hieronder blz. 1299.’⁴⁵

Gelet op het gewicht van de in dit citaat bedoelde uitleg voor het goed verstaan van het begrip ‘verdeling’ zullen de aan de minister gestelde vragen en de daarop gegeven antwoorden hieronder grotendeels worden weergegeven.

Tot de lijst van vragen, vastgesteld door de hiervoor bedoelde Commissie voor Justitie in het kader van de wijziging en invoering van Boek 3 BW, behoren de onderstaande vragen:

- ‘Kan de minister (ter voorkoming van misverstand) onderschrijven[:]
- dat met “verdeling” in titel 3.7 bedoeld is het “vaststellen” wat aan ieder der deelgenoten toekomt,
 - dat met verdeling niet bedoeld is levering,

⁴³ MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1986/87*, 17496, 26, p. 2 (L.v.Vr. II Inv.) en *Kamerstukken II 1986/87*, 17496, 28, p. 5 (L.v.Antw. II Inv.). De lijst van vragen is vastgesteld op 3 juni 1987 en de lijst van antwoorden is ontvangen op 10 juni daarna.

⁴⁵ *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1295.

- dat de levering van art. 3.7.1.14a [thans art. 3:186 BW, THS] een uitvoeringshandeling is die op de verdeling volgt en die nodig is wil de deelgenoot aan wie het goed is toegedeeld, dat goed ook kunnen verkrijgen,
- dat voor de verkrijging door de deelgenoot nodig is zowel een rechtsgeldige verdeling als een rechtsgeldige leveringshandeling. (Anders W.R. Meijer, *Kiezen of delen*, oratie Open Universiteit, 1986.)⁴⁶

De minister antwoordt:

‘De hier aan de orde gestelde vragen dienen inderdaad alle bevestigend te worden beantwoord. Daarbij verdient aantekening dat ook in artikel 3.7.1.11 [thans art. 3:182 BW, THS] de term verdeling wordt gebezigd in de door de commissie aangegeven zin van de vaststelling van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt, “krachtens” welke vaststelling de verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen. (...) De tweede zin is zoals aan het slot is uitgedrukt, uiteraard zonder enige betekenis als het gaat om de nakoming van een schuld uit een handeling die zelf al een verdeling is.’⁴⁷

Tevens stelt de vorenbedoelde Commissie aan de minister een vraag, die betrekking heeft op de aard van de verdeling. De aard van de verdeling wordt mede bepaald door het eerste, zowel als het tweede lid van art. 3:186 BW. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat hetgeen een deelgenoot verkrijgt, door deze wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen voor de verdeling hielden. De Commissie:

‘Is de conclusie van de commissie juist dat in titel 3.7 noch voor het zogenaamde translatieve stelsel, noch voor het zogenaamde declaratoire stelsel is gekozen, doch voor een tussenfiguur in die zin dat de deelgenoot eerst verkrijgt door de leveringshandeling die op de verdeling volgt (translatief), doch dat die verkrijging krachtens de onderhavige bepaling een verkrijging is onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen voor de verdeling hielden (declaratoir).’⁴⁸

Hierop antwoordt de minister onder meer:

‘De conclusie van de commissie wordt geheel onderschreven.’⁴⁹

Uit het vorenstaande kan worden afgeleid dat van de zijde van de wetgever moeite is gedaan om het verdelingsbegrip duidelijk af te bakenen. Of de wetgever hierin is geslaagd valt echter nog te bezien. Het komende hoofdstuk zal worden gebruikt voor een analyse van het verdelingsbegrip met als doel inzicht te krijgen in de betekenis(sen) van het begrip ‘verdeling’ en, waar

46 L.v.Vr. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

47 L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

48 L.v.Vr. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

49 L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

nodig, daarover een standpunt te bepalen. In de analyse zal aandacht worden besteed aan de wijze waarop aan het begrip 'verdeling' in de beide volzinnen van art. 3:182 BW vorm wordt gegeven, daarbij mede gelet op het leveringsver-eiste van art. 3:186 BW.

4 | Verdeling in twee volzinnen

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de analyse van de beide volzinnen van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW centraal. De beide volzinnen functioneren als elkaars antagogenisten; de rechtshandeling die op grond van de eerste volzin als verdeling moet worden aangemerkt, kan door de tweede volzin die kwalificatie worden onthouden.

De bedoeling van de analyse is te komen tot de vaststelling van het kader van verdeling volgens deze beide volzinnen. In het bijzonder zal worden ingegaan op het met verdeling samenhangende begrippenkader en zal onderzoek worden gedaan naar het juridische kader waarbinnen de rechtshandeling van verdeling kan worden aangenomen. In dat laatste verband zal tevens aandacht worden besteed aan de mogelijkheden van nakoming, waaronder de mogelijkheid voor deelgenoten om zichzelf in het kader van een beoogde verkrijging krachtens verdeling van een daartoe strekkende titel te voorzien.

4.2 OPBOUW VAN HET VERDELINGSBEGRIP

Een beschouwing van de beide volzinnen van het verdelingsbegrip en de daarop gegeven toelichting leert het volgende over de samenhang van beide zinnen. Uit de toelichting kan worden afgeleid dat de eerste – en aanvankelijk enige – volzin een te ruime omschrijving geeft van rechtshandelingen die als verdeling dienen te worden aangemerkt. Om deze reden wordt in aanvulling op de eerste volzin een tweede volzin geformuleerd. Deze tweede volzin geeft geen algemene beschrijving van handelingen die niet als verdeling kunnen gelden, maar heeft ten doel te duiden welke handelingen in uitzondering op het bepaalde in de eerste volzin buiten het verdelingsbegrip dienen te worden gehouden. Een bijzonder kenmerk van de tweede volzin is dat deze in de omschrijving van de handeling die niet als verdeling wordt aangemerkt aan het einde van de zin verwijst naar de rechtshandeling ‘als bedoeld’ in de eerste volzin. Hetgeen bedoeld is in de eerste volzin is echter alleen kenbaar met inachtneming van het bepaalde in de tweede volzin in aanvulling op – naar zijn werking beter gezegd: in uitzondering op – het bepaalde in de eerste volzin. Aldus beschouwd leidt het in de twee volzinnen *bepaalde* tot het in de eerste volzin *bedoelde*. Uit de samenhang van beide volzinnen kan worden

afgeleid dat (i) de eerste volzin zelfstandig bezien een te ruime beschrijving geeft van hetgeen als verdeling moet worden aangemerkt, dat (ii) daartoe een tweede volzin aan de eerste is toegevoegd om aan de te ruime omschrijving van de eerste volzin beperking aan te brengen en dat (iii) voor een goed begrip van de beperking van de tweede volzin deze aan het einde van dezelfde zin de beperking beperkt onder verwijzing naar de rechtshandeling als bedoeld in de eerste volzin. Aldus dienen beide volzinnen elkaar ter beperking van de ander vanwege de zonder uitzondering of beperking te ruime omschrijving van hetgeen volgens beide volzinnen als verdeling respectievelijk niet als verdeling heeft te gelden.

4.3 VERDELING ALS CAUSA VOOR LEVERING

Voor een goed verstaan van het verdelingsbegrip vragen verschillende aspecten de aandacht. In deze paragraaf zal ik ingaan op het begrip 'verdeling' in relatie tot het begrip 'levering'. De afbakening van deze begrippen is van belang nu in art. 3:182 BW 'verdeling' centraal staat, terwijl in art. 3:186 BW wordt gesproken over 'het toegedeelde' en 'levering'.

De eerste volzin van art. 3:182 BW merkt als verdeling aan iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. De eerste volzin stelt daarmee een materieel criterium vast. Indien aan de daar vermelde vereisten van medewerking en rechtsgevolg wordt voldaan, wordt een rechtshandeling als verdeling aangemerkt.

De tweede volzin heeft ten doel te duiden welke handeling geen verdeling is en vormt daarmee een uitzondering op de eerste volzin. Aangenomen kan worden dat de functionaliteit van de tweede volzin wordt bepaald door die handelingen, die zowel een rechtshandeling van verdeling volgens de eerste volzin, als een handeling strekkend tot nakoming als bedoeld in de tweede volzin zijn. Het is met name deze tweede volzin die in zijn beperkende werking vragen oproept ten aanzien van zijn toepasselijkheid. Wat kan hierover worden gezegd? Het oogmerk van de wetgever is kenbaar uit de toelichting op de wettekst. De wetgever stelt voorop dat de bepaling van de tweede zin beoogt aan te sluiten bij enkele arresten van de Hoge Raad,¹ waarin aan de orde was de voldoening van een vordering uit een door de erflater met twee van zijn zeven erfgenamen gesloten koopovereenkomst respectievelijk een vordering uit legaat aan een erfgenaam.² In beide arresten werd aangenomen

1 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 respectievelijk HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126.

2 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

dat nakoming in deze gevallen geen scheiding van de nalatenschap oplevert.³ Ter zake hiervan wordt in de toelichting opgemerkt:

‘Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden.’⁴

De bewoordingen ‘buiten twijfel’, ‘uitsluitend zodanige gevallen’ en ‘beoogt’ suggereren een niet mis te verstane duidelijkheid omtrent hetgeen de wetgever voor ogen heeft. De uitwerking van hetgeen is beoogd blijkt echter niet met dezelfde duidelijkheid uit de redactie van de gewijzigde wettekst en de toelichting daarop. Waar de tweede volzin blijkens het gemelde oogmerk – kort gezegd – nakoming van een andere causa voor levering dan verdeling, via verdeling moet verhinderen,⁵ lijkt de toevoeging van de slotwoorden aan de tweede volzin ook gevolgen te hebben voor de inhoud van het verdelingsbegrip. Er gaat door de herformulering van de tweede zin niet enkel een beperkende werking uit ten opzichte van de tekst volgens het gewijzigd ontwerp, maar de herformulering lijkt tevens door de toevoeging van de slotwoorden een uitbreiding mee te brengen van hetgeen op grond van de eerste zin als verdeling kan worden aangemerkt. Uit de redactie van de tweede volzin kan immers worden afgeleid dat een handeling die dient ter uitvoering van een verdeling ook zelf een verdeling is.⁶ Dit kan echter alleen als de uitvoeringshandeling in de eerste plaats zou kunnen vallen onder het bepaalde in de eerste volzin. De toelichting bij de redactie van de tweede volzin volgens de eindtekst vermeldt:

‘De slotwoorden van de nieuwe redactie van de tweede zin zien op het geval van bij voorbeeld een verkoop door de gezamenlijke deelgenoten aan één hunner, een handeling die onder de eerste zin van artikel 3.7.1.11 [thans art. 3:182 BW, THS] valt. De tweede zin van artikel 11 omvat, zoals de slotwoorden verduidelijken, niet de nakoming van de verplichting tot levering uit deze koop[o]vereenkomst jegens de deelgenoot-koper. Ook hier is er derhalve een verdeling.’⁷

Kennelijk dient op basis van het eerste gedeelte van de tweede volzin – dus zonder het in aanmerking nemen van de slotwoorden – te worden aangenomen dat de leveringsverplichting strekt tot nakoming van de daar bedoelde schuld. Daarmee zou – hier ten aanzien van de levering – gelden ‘de handeling is niet een verdeling’, ware het niet dat de slotwoorden van de tweede volzin – nu wel in aanmerking genomen – voor deze laatste kwalificatie als voorwaarde

3 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

4 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

5 Novatie of schuldvernieuwing is wel toegestaan, maar in dat geval wordt niet de oorspronkelijke causa nagekomen, maar de nadere causa.

6 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 172.

7 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

stellen dat de in de tweede volzin bedoelde schuld 'niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin'. Nu de in de tweede volzin bedoelde schuld rechtstreeks voortspuit uit een op grond van de eerste volzin als verdeling aan te merken koop, kan de kwalificatie 'de handeling is niet een verdeling' niet op de leveringshandeling van toepassing zijn. Daarmee is de uitkomst op basis van de eerste volzin van beslissende betekenis. Omdat uit het vorenbedoelde citaat kenbaar is dat de slotzin ('Ook hier is er derhalve een verdeling') ziet op de nakoming van de verplichting tot levering uit koop, moet daaruit worden afgeleid dat zowel de koop als de levering – althans volgens dit onderdeel van de parlementaire geschiedenis – als verdeling kunnen worden aangemerkt. Aldus bieden zowel de wettekst als de toelichting op de tekst grond voor de aanname dat zowel de causa voor levering als de leveringshandeling zelf onder het verdelingsbegrip kunnen vallen.⁸ Dit heeft tot consequentie dat ook het denken over verdeling hierdoor wordt beïnvloed. Waar voor scheiding gold dat deze rechtsfiguur kon worden onderscheiden in een obligatoire en een zakenrechtelijke fase, zou dit ook voor verdeling het geval kunnen zijn, indien bovenstaande aanname juist is. In dat geval zou onder verdeling zowel de obligatoire overeenkomst als de goederenrechtelijke uitvoering daarvan kunnen worden begrepen, voor welke uitvoering het leveringsvereiste van art. 3:186 BW moet worden gevolgd.

Tegen de mogelijkheid om naast de causa voor levering ook de levering zelf onder het verdelingsbegrip te brengen, kunnen echter bedenkingen worden aangevoerd. Hoewel een leveringshandeling kan worden beschouwd als een handeling die strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld, kan een dergelijke handeling pas als verdeling worden aangemerkt indien deze kwalificeert als rechtshandeling van verdeling als bedoeld in de eerste volzin. Aan de tweede volzin komt immers in zoverre geen zelfstandige betekenis toe dat een handeling die op grond van de tweede volzin *niet* kwalificeert als een handeling die géén verdeling is, *wel* als verdeling kan worden geduid zonder daartoe als zodanig op grond van de eerste volzin te worden aangemerkt. Men kan het bepaalde in de eerste volzin met

8 Annotator Kleijn merkt op in zijn noot onder HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224 onder 1: 'In het NBW daarentegen, is de verdeling ook slechts titel voor eigendomsverkrijging, waarop nog levering moet volgen krachtens art. 30701014a NBW (...)' Kleijn vervolgt onder 3, met betrekking tot de toevoeging van de tweede zin aan wat hij noemt 'de definitie van boedelscheiding': 'De bedoeling daarvan was aan te sluiten bij bovengenoemd arrest [HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126, THS] en dat van 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10. Door deze toevoeging is er in art. 30701011 sprake van twee begrippen verdeling. In de eerste zin van dit artikel omvat verdeling twee fasen, te weten zowel 'de obligatoire overeenkomst tot verdeling (titel)' als de zakenrechtelijke uitvoering daarvan.' Vergelijk Meijer 1986, p. 24, die in haar oratie verdedigt 'voor het komende recht' uit te gaan van een verdelingsbegrip dat bestaat uit twee fasen: de obligatoire fase ('overeenkomst tot toedeling') en de zakelijke fase ('toedeling').

betrekking tot de als verdeling aan te merken rechtshandeling *krachtens*⁹ welke deelgenoten verkrijgen ook zo verstaan dat daartoe enkel kan worden gerekend de titel tot levering en niet de levering zelf. Ondanks de in de parlementaire toelichting op de eindtekst van de tweede volzin gebruikte casus kan ook voor laatstbedoelde opvatting in de parlementaire geschiedenis steun worden gevonden. Meijers maakt in de toelichting op zijn Ontwerp duidelijk dat niet alleen wordt gebroken met de zogenaamde declaratieve kracht van de scheiding, maar dat aan verdeling zuiver obligatoire werking wordt toegekend.¹⁰ Alleen de bepaling dat hetgeen een deelgenoot krachtens verdeling verkrijgt, door hem wordt gehouden onder dezelfde titel waaronder de deelgenoten dit tezamen voor de verdeling hielden,¹¹ doet nog denken aan een declaratoir stelsel.¹² Ook als het gaat om de wijze en de vorm waarop verdeling kan plaatsvinden, merkt Meijers op dat het artikel dat in zijn Ontwerp hierop betrekking heeft 'overigens slechts betrekking [heeft] op de verdeling; voor de daarna komende levering vergelijk men artikel 3.7.1.14 lid 3 [vergelijkbaar met thans art. 3:186 lid 1 BW, THS]', aldus Meijers.¹³ Leggen we de toelichting door Meijers naast hetgeen in de eindfase door de minister wordt opgemerkt, dan zien we daarin een bevestiging voor de opvatting dat verdeling de titel voor levering vormt en niet tevens de leveringshandeling zelf is. Met verdeling is niet bedoeld de levering en de leveringshandeling van artikel 3.7.1.14a (voorheen art. 3.7.1.14 lid 3 OM, thans art. 3:186 lid 1 BW) is een uitvoeringshandeling, die op de verdeling volgt en voor verkrijging van het toegedeelde goed noodzakelijk is.¹⁴

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het doorgronden van het verdelingsbegrip bemoeilijkt wordt door de gebrekkige wetstechniek en de ambivalentie waarmee binnen de totstandkomingsgeschiedenis van het verdelingsbegrip over verdeling is gesproken. In lijn daarmee is er tot op heden in de doctrine geen eenduidigheid van opvatting over de inhoud en reikwijdte

9 Vergelijk L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299. Door de minister wordt aangetekend dat ook in artikel 3.7.1.11, het huidige art. 3:182 BW, de term verdeling wordt gebezigd in de zin van de vaststelling van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt, "krachtens" welke vaststelling de verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen. De minister bevestigt desgevraagd dat met verdeling niet bedoeld is levering.

10 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

11 Vergelijk art. 3.7.1.14 lid 4 OM en art. 3:186 lid 2 BW.

12 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618: 'Het enige punt [cursivering door mij, THS], waarop in het stelsel van het ontwerp de werking van een verdeling aan een declaratieve kracht doet denken, is dat een scheiding geen verandering in de titel, krachtens welke men houdt, brengt.' Meijers zag de verdeling in zijn Ontwerp als 'overdracht', zie art. 3.7.1.14 lid 3 OM, welke duiding vanwege het direct hierboven gestelde werd gewijzigd naar 'overgang', zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620.

13 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 614.

14 L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

van verdeling op dit punt.¹⁵ Het bovenstaande maakt ook dat bij het beoordelen van hetgeen in dezen juist of onjuist is terughoudendheid moet worden betracht. Aan het maken van keuzes kan echter niet worden ontkomen. Gelet op het bovenstaande en meer in het bijzonder op de samenhang tussen hetgeen Meijers vanaf de aanvang en de minister tegen het einde van de parlementaire behandeling omtrent verdeling hebben verklaard, zal ik in het vervolg van deze studie ervan uitgaan dat het ervoor moet worden gehouden dat verdeling een obligatoire overeenkomst is¹⁶ die de causa voor levering¹⁷ vormt en van

15 Voor de opvatting waarbij de verdeling zowel omvat de overeenkomst (die) tot verdeling (verplicht) als de overeenkomst van verdeling (of termen van gelijke strekking), zie onder meer: Hartkamp & Snijders 1983, p. 149, noot 14; Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 891; Burgerhart 2008, p. 218 en noot 321; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167 e.v. In lijn met de constatering dat verdeling een titel voor levering oplevert, zie onder meer: Tuil 2009, nr. 278; Van Mourik 2012, p. 43; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 450; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 222; Van Mourik & Schols 2015, nr. 36.

Met betrekking tot de rechtspraak van de Hoge Raad wordt wel verdedigd dat de Raad, gelet op de door hem gebezigde terminologie, een opvatting over verdeling heeft gelijk aan de opvatting in de eerstbedoelde zin. Zo verwijst Perrick (Perrick 2010, p. 434) in zijn reactie op de opvatting van Tuil (Tuil 2009, nr. 278) naar HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1697, *NJ* 1996, 499 m.nt. W.M. Kleijn [r.o. 3.3, THS]. Zie ook HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1871, *NJ* 2015, 481, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 4.2.3, waarin wordt verwezen naar HR 7 april 1995, voormeld. Zie echter HR 27 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1856, *NJ* 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4: 'Het [middel, THS] gaat terecht ervan uit dat, zoals ook naar voren komt uit de Lijst van vragen Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3) en de daarop gegeven antwoorden (Parl. Gesch. Boek 3 (inv. 3, 5 en 6), blz. 1299), voor verkrijging door een deelgenoot van een hem bij de verdeling van de gemeenschap toegedeeld goed een op de verdeling volgende levering van dat goed vereist is.' Zie ook recenter HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274, *NJ* 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 3.4.2 waarbij de Raad een terminologie lijkt te bezigen die aansluit bij de opvatting in de laatstbedoelde zin. Het is mij niet duidelijk in hoeverre de door de Hoge Raad gebruikte terminologie teruggaat op een principiële opvatting hieromtrent. Voor het parket bij de Hoge Raad vergelijk: concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2006:AV8719, vóór HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8719, onder 10; concl. A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2013:BY4279, vóór HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, onder 4.10; concl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2015:405, vóór HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1290, noot 18; concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2015:589, vóór HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1871, onder 2.4. In de laatstbedoelde conclusies verwijzen de genoemde Advocaten-generaal allen voor hetgeen onder verdeling moet worden verstaan naar L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299, alwaar door de minister wordt betoogd dat de begrippen verdeling en levering van elkaar dienen te worden onderscheiden.

16 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618: 'Nu aan de deling geen declaratieve maar een zuiver obligatoire werking wordt toegekend (...).' Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 168, met dien verstande dat Perrick de hier bedoelde overeenkomst duidt als de overeenkomst tot verdeling en de uitvoering van de overeenkomst tot verdeling als toedeling. Zie anders Van Mourik 2012, nr. 6.2. Uit TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618 en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 619-620 volgt tevens dat op de verdeling in beginsel de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten toepasselijk zijn. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 172. Zie anders Van Mourik 2012, nr. 6.2.

de leveringshandeling moet worden onderscheiden. Verder ga ik ervan uit dat met verdeling is bedoeld het vaststellen van hetgeen aan ieder van de deelgenoten toekomt, na welke vaststelling over verdeelde goederen kan worden gesproken. Dat verdeelde goederen moeten worden onderscheiden van verkregen goederen blijkt zowel uit het gegeven dat de term ‘verdeling’ in de bewoordingen van de minister wordt gebezigd in de zin van vaststelling van hetgeen de deelgenoten toekomt, als uit de constatering dat de vastgestelde en daarmee verdeelde goederen worden verkregen na levering. Wanneer in dit verband verdeling en toedeling¹⁸ op een lijn worden gesteld, kan ook de door de minister onderschreven opvatting van voornoemde Commissie voor Justitie worden begrepen dat de levering een uitvoeringshandeling is die op de verdeling volgt en dat de op de verdeling volgende levering nodig is om een deelgenoot het aan hem toegedeelde goed te kunnen laten verkrijgen.¹⁹

Als de levering de uitvoeringshandeling is van verdeling en met verdeling niet bedoeld is levering, dan kan levering niet op grond van de eerste volzin als verdeling worden aangemerkt. Indien levering op grond van de eerste volzin niet als verdeling kan worden aangemerkt, kan het bepaalde in de tweede volzin noodzakelijk niet op de leveringshandeling zien. In dat kader

Het hier vermelde uitgangspunt laat onverlet dat de wijze waarop in het huidige BW de rechtshandeling van verdeling is vormgegeven vragen oproept. Enerzijds wordt verdeling gepresenteerd als een obligatoire overeenkomst, die in de privaatrechtelijke behandeling met een koop kan worden vergeleken, anderzijds wordt de verdeling niet op de gebruikelijke wijze in het privaatrechtelijke stelsel ingepast. Dit laatste moge alleen al blijken uit het gegeven dat voor de rechtsgeldige totstandkoming van de verdeling vereist is dat alle deelgenoten daaraan meewerken en wel – als hoofdregel – op straffe van nietigheid (art. 3:195 lid 1 BW). Het rechtsgeldig tot stand brengen van de verdeling wordt daarmee afhankelijk gemaakt van het gerechtigd zijn tot – lees: beschikkingsbevoegd zijn over – de goederen van de gemeenschap. Het stellen van een dergelijke voorwaarde geeft de indruk dat de Franse vlag op dit onderdeel van het privaatrecht nog niet geheel gestreken is. Voor de overeenkomst van koop ligt dit naar huidig recht anders. Voor de rechtsgeldige totstandkoming van de koop wordt niet als eis gesteld dat de koper over het verkochte beschikkingsbevoegd is. De eis van beschikkingsbevoegdheid komt daar aan de orde in het kader van de overdracht van het verkochte goed (art. 3:84 BW).

17 Met de causa voor levering doel ik op de titel voor levering met dien verstande dat daaronder in het kader van verdeling begrepen moet worden de rechtsgrond voor en rechtvaardiging van de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde.

18 Vergelijk art. 1125 lid 2 OBW over de inhoud van het begrip ‘toescheiding’: ‘Vervolgens wordt (...) bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen (...).

19 Zie L.v.Vr. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299. De hierboven door mij verdedigde visie op het begrip ‘toedeling’ wijkt ten opzichte van de in hedendaagse monografieën gebruikte terminologie met name af van die van Perrick. Perrick gaat er bij zijn analyse van het wettelijke verdelingsbegrip vanuit dat in de regel geldt ‘verdelen is toedelen’. Hierbij wordt de toedeling beschouwd als de uitvoering van de overeenkomst tot verdeling (Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 172). In mijn opvatting geldt eveneens ‘verdelen is toedelen’, maar ik beschouw de verdeling als de vaststelling van hetgeen aan de deelgenoten toekomt en onderscheid de verdeling/toedeling van de daarop volgende leveringshandeling ter verkrijging van ‘het aan ieder der deelgenoten toegedeelde’ in de zin van art. 3:186 lid 1 BW. Deze laatste opvatting is in lijn met de in de hoofdtekst bedoelde opvatting van de minister (t.a.p.).

kan ook de betekenis van de slotwoorden van de tweede volzin niet worden verklaard uit het feit dat een op verdeling volgende levering als nakomings-handeling zonder deze slotwoorden via toepassing van de tweede volzin als een 'niet-verdeling' wordt aangemerkt. Hiermee komt de betekenis te ontvallen aan de door de wettekst geopende mogelijkheid dit anders te zien en het door de parlementaire toelichting hieromtrent gestelde voor zover daaruit een andersluidende opvatting zou kunnen worden afgeleid.

4.4 EEN VOOR REKENING VAN DE GEMEENSCHAP KOMENDE SCHULD

De tweede volzin bepaalt – in uitzondering op de aanwijzing als verdeling door de eerste volzin – dat bepaalde handelingen niet als verdeling hebben te gelden. De tweede volzin heeft daarbij handelingen op het oog die – behoudens de beperking aan het slot van de tweede zin – strekken tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten. Wat dient hieronder te worden verstaan?

Er is sprake van nakoming als door voldoening aan een verbintenis de daarmee samenhangende rechtsbetrekking wordt beëindigd.²⁰ Nakoming kan in dat verband gelijkgesteld worden met betaling, waarbij betaling moet worden opgevat als de voldoening van een schuld in ruime zin.²¹ Zo kan betaling zien op de voldoening van een geldschuld, maar ook op de levering van een bepaald goed.²² Ten aanzien van de nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld kan het volgende voorop worden gesteld. Verdeling in de zin van art. 3:182 BW ziet op goederen van de gemeenschap, niet op schulden.²³ Hoewel verdeling niet op schulden ziet, heeft het verdelingsbegrip hierop echter wel betrekking. In de tweede volzin van het verdelingsbegrip is opgenomen dat een handeling geen verdeling is, indien deze strekt tot nakoming van 'een voor rekening van de gemeenschap komende schuld (...)'. Een voor rekening van de gemeenschap komende schuld is een aan de gemeenschap gerelateerde schuld. De wet spreekt over 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en over 'tot de gemeenschap behoren-

20 Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 190.

21 Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 190.

22 Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 190.

23 Ondanks dat in art. 3:179 lid 3 BW wordt gesproken van 'de toedeling van een schuld' worden gebruikelijk geen schulden 'verdeeld', maar wordt in het kader van een verdeling van goederen tevens bepaald welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen (in termen van draagplicht). Vergelijk: Meijer 1986, p. 21 e.v.; Perrick 1986, nr. 94; Tuil 2009, nr. 278; Van Mourik 2012, nr. 3; Stille 2012, nr. 6.2; Perrick 2012, p. 649-650; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

de schulden'.²⁴ Zowel bij een eenvoudige gemeenschap als een bijzondere gemeenschap kan sprake zijn van schulden die voor rekening van de gemeenschap komen.²⁵ De tot de gemeenschap behorende schulden spelen alleen een rol bij bijzondere gemeenschappen.²⁶ Alle schulden die tot een gemeenschap behoren, komen eveneens voor rekening van de gemeenschap. Niet echter kunnen alle voor rekening van de gemeenschap komende schulden, als tot de gemeenschap behorende schulden worden beschouwd. De voor rekening van de (eenvoudige en bijzondere) gemeenschap komende schulden omvatten zowel de uitsluitend voor rekening van de gemeenschap komende schulden als de tot de (bijzondere) gemeenschap behorende schulden. Het is de verzameling van de aan een gemeenschap gerelateerde schulden, die in de tweede volzin van het verdelingsbegrip in de vorm van 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' is neergelegd.

4.5 NOVATIE VAN DE CAUSA

Voor het bepalen van het juridische kader waarbinnen verdeling al dan niet wordt aangenomen, is het noodzakelijk de mogelijkheden van nakoming nader te verkennen. Zo kan de vraag worden gesteld in hoeverre gebruik kan worden gemaakt van de figuur van inbetalinggeving of schuldvernieuwing om vanuit een niet als verdeling aan te merken rechtshandeling in de nakoming van een daaruit voortvloeiende schuld toch gebruik te maken van de rechtsfiguur van verdeling. De parlementaire geschiedenis lijkt hiervoor een opening te geven:

'Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld wordt voldaan door inbetalinggeving (artikel 6.1.6.15) of schuldvernieuwing (bij voorbeeld afstand van de vordering tegen overbedeling van de deelgenoot-schuldeiser). Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11 een verdeling oplevert.'²⁷

24 Zie art. 3:174 BW, art. 3:178 lid 2 BW, art. 3:179 lid 1 BW en art. 3:182 BW in verband met 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en art. 3:192 BW in verband met 'tot de gemeenschap behorende schulden'. Wammes 1988, p. 69-70 onderscheidt nog een derde – bij hem tweede – categorie: schulden van een deelgenoot aan de gemeenschap, zoals bedoeld in art. 3:176 lid 2 BW en art. 3:184 BW. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 11; Van Mourik 2011, nr. 33, 35; MvA, II *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 608.

25 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 11.

26 Uit MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 608 blijkt dat bij een gemeenschap die er niet een is van een algemeenheid van goederen, van de voor rekening van de gemeenschap komende schulden niet kunnen worden gezegd dat deze deel uitmaken van de gemeenschap. Blijkens art. 3:192 BW kunnen tot de gemeenschap 'behorende' schulden op de goederen van de gemeenschap worden verhaald. Zie Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 72.

27 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

In deze paragraaf richt ik me op de figuur van de schuldvernieuwing ook wel novatie genoemd.

Schuldvernieuwing was onder OBW een van de wijzen waarop een verbintenis teniet kon gaan.²⁸ Een verschijningsvorm daarvan was de door een schuldenaar ten behoeve van zijn schuldeiser aangegane nieuwe ‘schuldverbintenis’, welke in de plaats werd gesteld van de oude verbintenis.²⁹ Het NBW kent geen aparte regeling voor de schuldvernieuwing, maar voorziet in deze rechtsfiguur via de mogelijkheid van afstand van recht:

‘Schuldvernieuwing is mogelijk binnen het kader van de figuur van de afstand van een vorderingsrecht, die, afgezien van art. 6:160 BW, niet nader geregeld is. Uit het beginsel van de contractsvrijheid vloeit voort dat partijen een tussen hen bestaande verbintenis vervangen door een andere. Wettelijke regels daaromtrent zijn overbodig geoordeeld.’³⁰

De figuur van afstand kent diverse verschijningsvormen:

‘Men kan de afstand onderverdelen in afstand om niet en afstand om baat, en de laatste in afstand waarbij de baat bestaat in het aangaan van een nieuwe verbintenis of in het verrichten van een andere prestatie. (...) De figuur van de afstand met als tegenprestatie het aangaan van een nieuwe verbintenis kan weer in drieën worden onderverdeeld: de nieuwe verbintenis is er één hetzij van de oude schuldenaar jegens de oude schuldeiser (hierna ook objectieve schuldvernieuwing), hetzij van de schuldenaar jegens een nieuwe schuldeiser (actieve schuldvernieuwing), hetzij van een nieuwe schuldenaar jegens de oude schuldeiser (passieve schuldvernieuwing).’³¹

We hebben zojuist gezien dat de parlementaire geschiedenis spreekt over ‘een nadere overeenkomst’.³² De toelichting lijkt hier te duiden op objectieve schuldvernieuwing en wel wegens verandering van de oorzaak van de verbintenis.³³ Indien na een dergelijke schuldvernieuwing de nadere overeenkomst ter uitvoering waarvan wordt geleverd een als verdeling te kwalificeren overeenkomst is, moet worden aangenomen dat dit een verkrijging krachtens verdeling tot gevolg heeft. Nu via een dergelijke schuldvernieuwing verdeling alsnog kan worden gerealiseerd, kan worden aangenomen dat de bewoordingen ‘strekt tot nakoming’ in de tweede volzin niet een zodanige betekenis hebben dat op grond daarvan aangenomen moet worden dat novatie de

28 Art. 1449-1460 OBW.

29 Art. 1449 sub 1 OBW.

30 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 312. Zie ook: TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 102, 482-483; Tjittes 1992, nr. 27.

31 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 313. Vergelijk: TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 482-483; Aaftink 1974, p. 54 e.v.

32 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

33 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 482; Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 325, 328.

strekking heeft de oorspronkelijke verbintenis na te komen.³⁴ Nu het hier gaat om afstand via een (nadere) overeenkomst, zou de daarin gelegen (tweezijdige) afstand kunnen worden beschouwd als een 'rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin'.³⁵

4.6 GEEN NOVATIE VAN DE LEVERINGSHANDELING

Hierboven is vastgesteld dat het rechtens mogelijk is de causa voor levering te noveren ten behoeve van een verkrijging krachtens verdeling. De parlementaire geschiedenis duidt op deze novatie van de causa waar deze spreekt over de mogelijkheid van schuldvernieuwing in het kader van de verkrijging met als resultaat een nadere overeenkomst die verdeling oplevert.³⁶ De vraag kan worden gesteld of behalve novatie van de causa ook novatie van de leveringshandeling mogelijk is.

Het noveren van de leveringshandeling wordt onder OBW niet voor onmogelijk gehouden. Kleijn verdedigt in zijn dissertatie de mogelijkheid om scheiding in te zetten bij de uitvoering van handelingen die in zichzelf geen scheiding zijn. Denk aan de overdracht van een door de erflater verkocht goed aan een van de erfgenamen en aan de uitkering van een legateerd goed aan de legataris.³⁷ In geen van beide gevallen is er sprake van een scheiding wegens de koop of het legaat.³⁸ Indien echter in het geval van koop de deelgenoten overeenkomen, aldus Kleijn, dat de schuld gekweten zal worden doordat de deelgenoot/koper het goed verkrijgt boven zijn aandeel, dan kan deze omzetting als een novatie worden beschouwd en de novatie worden beschouwd als te zijn een scheidingshandeling nu er sprake is van een overeenkomst tussen de deelgenoten met als oogmerk de opheffing van de gemeenschap ten aanzien van dit goed.³⁹ Ook met betrekking tot het legaat van een goed stelt Kleijn zich op het standpunt dat, indien kwijting wordt gegeven voor de verplichtingen uit het legaat tegen toedeling van het goed bij boedel-scheiding, er sprake is van novatie.⁴⁰

Advocaat-generaal Molmaker bespreekt de mogelijkheid van novatie van de leveringshandeling in zijn conclusies vóór de arresten HR 4 maart 1987 (ECLI:

34 Vergelijk Kleijn in zijn noot onder HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224, onder 5. Kleijn betoogt dat de tweede volzin niet als een zogenaamde strekkingsbepaling mag worden gezien, ten gevolge waarvan afstand als een verboden constructie zou kunnen worden beschouwd, gelet op het beginsel van contractsvrijheid.

35 Vergelijk Kleijn in zijn noot onder HR 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224, onder 5.

36 *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

37 Kleijn 1969, p. 28, 30-32.

38 HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 en HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126.

39 Kleijn 1969, p. 31.

40 Kleijn 1969, p. 32.

NL:HR:1987:AB8699),⁴¹ HR 4 maart 1987 (ECLI:NL:HR:1987:AB8698)⁴² en HR 16 september 1992.⁴³ Voor een goed begrip zal ik eerst de feiten behandelen zoals deze in de hier bedoelde zaken aan de orde kwamen, voor zover relevant voor de te beantwoorden vraag naar de mogelijkheid van novatie van de leveringshandeling.

In HR 4 maart 1987 (ECLI:NL:HR:1987:AB8699)⁴⁴ is het feitencomplex als volgt. Een dochter koopt bij akte van 24 maart 1966 van haar ouders een woning. Uit de akte kan worden opgemaakt dat de koop wordt aangegaan onder de opschortende, niet terugwerkende voorwaarde dat de dochter de eerststervende van haar ouders zal overleven en onder de ontbindende voorwaarde dat de woning aan de dochter krachtens boedelscheiding wordt toebedeeld. De vader overlijdt in november 1982. De moeder verwerpt de nalatenschap met als gevolg dat de koopster en haar zuster, ieder voor de helft, tot de nalatenschap van hun vader zijn gerechtigd. Bij akte van 8 december 1983 wordt ter uitvoering van de verplichtingen uit koop onder andere de woning aan vorenbedoelde dochter overgedragen. De inspecteur is van opvatting dat ter zake van de verkrijging van de woning overdrachtsbelasting is verschuldigd. De dochter maakt hiertegen bezwaar, maar zonder succes. Het hof bevestigt de uitspraak op bezwaarschrift en overweegt dat de dochter de eigendom van de woning niet heeft gekregen als opvolger onder algemene titel van haar vader, maar als koopster ingevolge de akte van 24 maart 1966. Verder overweegt het hof dat het mogelijk was geweest om het onroerend goed krachtens boedelscheiding toe te delen hetgeen in laatstbedoelde akte als een ontbindende voorwaarde van de koopovereenkomst was aangemerkt. Nu partijen de voorkeur hebben gegeven aan de uitvoering van de koopovereenkomst verkrijgt belanghebbende het goed ten titel van koop en niet, ook niet voor een gedeelte, krachtens erfrecht. Het cassatiemiddel stelt primair dat verkrijging door de dochter is aan te merken als een verkrijging krachtens scheiding van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtverkrijgende onder algemene titel als bedoeld in art. 3 letter b Wbr. De Hoge Raad verwerpt het beroep:

‘Het middel stelt in zijn primaire onderdeel de vraag aan de orde of art. 1122 lid 2 BW ook van toepassing is op het geval waarin een door een van de deelgenoten in de nalatenschap reeds van de erflater gekocht onroerend goed ter uitvoering van die koopovereenkomst door de deelgenoten aan de koper wordt overgedragen.

41 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8699, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, onder 2.3.

42 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8698, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, onder 2.2.

43 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, onder 2.2.

44 HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, BNB 1987, 149 m.nt. Laaijendecker, NJ 1989, 224 m.nt. W.M. Kleijn.

Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. De strekking van genoemd artikel is slechts een overdracht, die geschiedt ter uitvoering van een tussen de deelgenoten in de gemeenschap tot stand gekomen overeenkomst welke tot de overdracht verbindt, gelijk te stellen met een verkrijging bij de verdeling van de gemeenschap. Dat is niet anders indien, zoals in het onderhavige geval, de koopovereenkomst tussen de erflater en de deelgenoot was gesloten onder een opschortende voorwaarde die door het overlijden van de verkoper in vervulling is gegaan. (...) Indien, zoals hier, een deelgenoot in een nalatenschap een tot de boedel behorend goed van de erflater heeft gekocht, verkrijgt die deelgenoot door de levering dat goed in zijn geheel ter uitvoering van de koop.⁴⁵

In HR 4 maart 1987 (ECLI:NL:HR:1987:AB8698)⁴⁶ moet van het volgende worden uitgegaan. Op 27 augustus 1971 testeert een buurvrouw ten behoeve van haar buurman in zoverre dat zij aan hem legateert haar woning tegen inbreng van een getaxeerde waarde. In dezelfde maand van hetzelfde jaar, maar na te hebben getesteerd in vorenbedoelde zin, verkoopt de buurvrouw aan haar buurman haar woning tegen de vorenbedoelde waarde onder de bepaling dat de woning in eigendom zal worden overgedragen binnen drie maanden na haar overlijden. De buurvrouw overlijdt in augustus 1981. In december van dat jaar wordt haar voormalige woning aan de koper overgedragen. De erfgenaam van de overleden vrouw verklaart in de akte dat de overdracht geschiedt ter uitvoering van het legaat. Daarnaast verklaren de comparanten in de akte dat door de overdracht tevens is voldaan aan de rechten en verplichtingen voor zover deze uit de vorenbedoelde koopovereenkomst voortvloeien. Het hof overweegt dat de rechtstitels van eigendomsverkrijging, koop en legaat, onverenigbaar zijn.⁴⁷ Het hof stelt vast dat na het overlijden van erflater ten behoeve van de voormalige buurman twee vorderingsrechten tot overdracht van het onroerend goed bestonden en dat deze zich het goed deed overdragen ter uitvoering van het legaat. Het cassatiemiddel richt zich onder meer tegen de hier weergegeven opvatting van het hof. De Hoge Raad beoordeelt de klachten als ongegrond:

‘Uit voormelde vaststellingen vloeit voort dat belanghebbende het onroerend goed heeft verkregen krachtens erfrecht (...). Hieraan doet niet af dat als gevolg van bedoelde overdracht het uit de koopovereenkomst voortvloeiende geheel overeenkomstige recht tot overdracht teniet ging. Dit gevolg trad van rechtswege in door de overdracht ter uitvoering van het legaat. Aan de bepaling, bij de afgifte van het legaat gemaakt, dat daarmee tevens voldaan werd aan de verplichting uit de koopovereenkomst, komt daarom geen betekenis toe.’⁴⁸

⁴⁵ HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, onder 4.1 en 4.2.

⁴⁶ HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn.

⁴⁷ Zie HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, onder 2.5.

⁴⁸ HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, onder 4.2.

In HR 16 september 1992⁴⁹ zijn de feiten als volgt. Op 22 december 1982 heeft erflaatster aan haar zoon verkocht en in economische eigendom overgedragen een woning. Op 6 juli 1988 overlijdt erflaatster onder achterlating van haar drie kinderen, waaronder vorenbedoelde zoon, als erfgenamen. Bij notariële akte van 14 september 1988 verklaren de drie erfgenamen over te gaan tot scheiding en deling van de tot de nalatenschap behorende woning onder toedeling van de woning aan vorenbedoelde zoon. In dit verband wordt door de erfgenamen tevens verklaard dat de scheiding en deling geschiedt ter uitvoering van en onder volledige handhaving van de koopovereenkomst, onder verwijzing naar de akte van 22 december 1982. Daarnaast verklaren de erfgenamen de vermelde koopovereenkomst uitdrukkelijk niet te ontbinden, maar deze af te wikkelen door middel van scheiding en deling via toedeling van de woning aan de zoon onder gelijktijdige verrekening van en kwijting voor de tot de nalatenschap behorende leveringsverplichting.⁵⁰ Het hof constateert uitgaande van de geschetste feiten bij de beoordeling van het geschil dat de betrokkenen de koopovereenkomst hadden kunnen ontbinden en tot scheiding en deling hadden kunnen overgaan.⁵¹ Het hof constateert eveneens dat dit niet is gebeurd, maar dat onder uitdrukkelijke instandhouding van de koopovereenkomst betrokkenen ‘nader overeengekomen’ zijn dat de tot de nalatenschap behorende leveringsverplichting werd omgezet – het hof spreekt over schuldvernieuwing⁵² – in een verplichting om bij scheiding en deling de woning aan de zoon toe te delen.⁵³

Nadat in deze zaak cassatie is ingesteld, gaat Moltmaker in zijn conclusie in op de mogelijkheid van novatie van de leveringsverplichting met behulp van scheiding.⁵⁴ Omdat de Hoge Raad niet eerder blijkt had gegeven van sanctionering van een dergelijke novatie, overweegt Moltmaker in zijn conclusie vóór HR 16 september 1992 het volgende: ‘Het is de vraag’, aldus Moltmaker, ‘of Uw Raad in het arrest BNB 1987/150 [HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, THS] de door mij veronderstelde mogelijkheid van objectieve novatie van de leveringsverplichting (...) categorisch heeft verworpen, dan wel slechts heeft verworpen op grond van de omstandigheden van het daar aan de orde zijnde geval (...).’⁵⁵ Moltmaker overweegt verder dat, indien de Hoge Raad in dat arrest de novatiegedachte niet heeft aanvaard op de grond van de

49 HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, BNB 1992, 385 m.nt. Zwemmer.

50 HR 16 september 1992, BNB 1992, 385 onder 3.1.

51 Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1990, 382/1989c onder 5.1.

52 Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1990, 382/1989c onder 5.5.

53 Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1990, 382/1989c onder 5.2.

54 Moltmaker ging in zijn conclusies reeds eerder in op dit onderwerp. Zie: concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8699, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, onder 2.3; concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8698, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, onder 2.2.

55 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, onder 2.2.5.

omstandigheden van dat geval, het denkbaar is dat novatie van (uitsluitend) de leveringsverplichting door hem wel mogelijk wordt geoordeeld.⁵⁶ Moltmaker concludeert tot verwerping van het beroep,⁵⁷ uitgaande van de veronderstelling dat het hof op goede gronden de juiste beslissing heeft genomen.⁵⁸

Op 16 september 1992 vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof, daarbij in verband met het vorenstaande overwegende:

‘Met de klachten wordt terecht bestreden het oordeel van het Hof dat belanghebbende ten gevolge van schuldvernieuwing de onroerende zaak heeft verkregen krachtens scheiding en deling. Immers, met de in 3.1 zakelijk weergegeven verklaring hebben de erfgenamen tot uitdrukking gebracht dat de handeling waarbij de onroerende zaak aan belanghebbende werd toegedeeld voortbouwde op de koopovereenkomst, zodat die handeling niet kan worden aangemerkt als een scheiding van de nalatenschap als bedoeld in artikel 3, onder b, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Hieruit volgt dat de akte van 14 september 1988 moet worden aangemerkt als een tot levering bestemde akte.’⁵⁹

Uit het vorenstaande kan de conclusie worden getrokken dat, naar oud recht, het gebruik van een scheiding als uitvoering van een causa die geen scheiding is niet denkbaar is, ook niet bij wege van objectieve novatie. Men zou, ook hier voor oud recht, kunnen zeggen: de handeling ter uitvoering van de verplichting op grond van een rechtshandeling die geen scheiding is, is ook zelf geen scheiding. De uitkomst voor scheiding kan, naar huidig recht, worden vergeleken met de formulering van de tweede volzin van het verdelingsbegrip. Hieruit moet worden begrepen dat een handeling niet een verdeling is, indien deze strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld, die niet voortspuit uit verdeling. Het gebruik van een als verdeling beoogde rechtshandeling ter uitvoering van een causa die geen verdeling is, leidt niet tot verdeling en daarmee evenmin tot een verkrijging krachtens verdeling.

4.7 INBETALINGGEVING

De parlementaire geschiedenis refereert aan inbetalinggeving als een rechtsfiguur die kan worden ingezet in het kader van de voldoening van een schuld

56 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, onder 3.2.1.

57 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, onder 4.

58 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, onder 3.2.2.

59 HR 16 september 1992, *BNB* 1992, 385, onder 3.2.

als bedoeld in de tweede volzin ten gevolge waarvan krachtens verdeling kan worden verkregen. Voor de duidelijkheid geef ik hier nogmaals de bedoelde passage weer:

‘Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld wordt voldaan door inbetalinggeving (...) of schuldvernieuwing (...). Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11 een verdeling oplevert.’⁶⁰

Waar onder oud recht verschil van mening bestond over de vraag of inbetalinggeving schuldvernieuwing oplevert of niet,⁶¹ kan ook onder huidig recht verschil van opvatting worden geconstateerd. Zo wordt inbetalinggeving door sommige auteurs niet beschouwd als de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis, maar als vervanging van de verbintenis door een andere, zodat er sprake is van schuldvernieuwing en daarmee afstand (hierna: visie I).⁶² In dat geval zal de oorspronkelijke verbintenis niet in stand blijven en zal inbetalinggeving als nadere overeenkomst op dezelfde wijze effect sorteren als de schuldvernieuwing, zoals hiervoor behandeld.

Anderen nemen op grond van art. 6:45 BW aan dat inbetalinggeving moet worden gezien als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis door het verschaffen van een andere prestatie dan de op grond van de oorspronkelijke verbintenis verschuldigde prestatie (hierna: visie II).⁶³ Uitgaande van de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis dient inbetalinggeving dan – anders dan bij novatie – niet te worden beschouwd als een vorm van afstand. Als argument voor dit standpunt wordt wel aangevoerd dat dit impliciet blijkt uit de memorie van antwoord,⁶⁴ in afwijking van de toelichting bij art. 6:45 BW.⁶⁵

De vraag kan worden gesteld welke van deze visies kan worden gelezen in de nota van wijziging bij art. 3.7.1.11 (thans art. 3:182 BW).⁶⁶ In deze nota van wijziging zou kunnen worden gelezen dat de minister van mening is dat zowel schuldvernieuwing als inbetalinggeving onder nieuw recht een species van afstand zijn (visie I). In dat geval zou immers de overeenkomst die nader was ten opzichte van de oorspronkelijke overeenkomst, als nadere overeenkomst worden nagekomen en zou de gelijkstelling van inbetalinggeving en

60 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

61 Vergelijk Asser/Rutten 1981, p. 393-394.

62 Zie: Van Boom 1999, p. 53-55; Schoordijk 1979, p. 135; TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 105, 124, waarin in het kader van inbetalinggeving over afstand om baat wordt gesproken.

63 Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 327. Vergelijk: Asser/Sieburgh 6-I 2016, nr. 233; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 183.

64 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 183. Zie ook Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 327.

65 TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 105, 124.

66 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

schuldvernieuwing op dat punt daaruit begrepen kunnen worden. Is het echter ook mogelijk dat de minister iets anders voor ogen heeft gestaan?

Ik bezie opnieuw de verklaring die werd gegeven om het gebruik van de rechtsfiguur van inbetalinggeving te rechtvaardigen in het kader van een verkrijging krachtens verdeling:

‘Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11 een verdeling oplevert.’⁶⁷

Is hier met de constatering dat er sprake is van een nadere overeenkomst hetzelfde bedoeld als dat er sprake is of zou moeten zijn van (enkel) de nakoming van de nadere overeenkomst (en derhalve niet van de overeenkomst waartoe de nadere overeenkomst ‘nader’ is)? Voorop gesteld moet worden dat inbetalinggeving een eigen rechtsgrond voor verkrijging oplevert, ook indien de inbetalinggeving tot gevolg zou hebben dat daarnaast de oorspronkelijke verbintenis wordt nagekomen.⁶⁸ Als inbetalinggeving dan voorziet in een eigen causa voor overgang van een goed, kan niet worden ontkend dat bij de uitvoering daarvan sprake is van de uitvoering van inbetalinggeving als nadere overeenkomst. Het is deze nadere overeenkomst waarvan in bovenstaand citaat melding wordt gemaakt.

Indien dan ten gevolge van inbetalinggeving, naast de eigen causa tevens de oorspronkelijke causa wordt nagekomen (visie II) – we zouden kunnen spreken van een samengestelde titel – wat is dan rechtens indien van inbetalinggeving gebruik wordt gemaakt ten behoeve van een verkrijging krachtens verdeling? Deze vraag zal worden uitgewerkt aan de hand van enkele voorbeelden.

Stel dat een erflater overlijdt met achterlating van zijn drie kinderen als erfgenamen. Aan een van de erfgenamen heeft de erflater gelegateerd een bedrag in geld. De drie kinderen komen overeen dat door middel van inbetalinggeving niet het bedrag in geld, maar een tot de nalatenschap behorende onroerende zaak zal worden geleverd. Indien moet worden aangenomen dat bij inbetalinggeving de oorspronkelijke causa wordt nagekomen, kan bij inbetalinggeving geen sprake zijn van afstand van de oorspronkelijke causa. Indien de oorspronkelijke causa het legaat betreft, moet worden aangenomen dat de levering van de onroerende zaak mede plaatsvindt ter nakoming van de verplichting uit legaat.⁶⁹ Van een verdeling kan hier geen sprake zijn.

⁶⁷ NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

⁶⁸ Zie Van Es, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:89 BW, aant. 69.2.

⁶⁹ Anders ten aanzien van de titel: Staatssecretaris van Financiën blijktens Besluit 15 oktober 2015, nr. BLKB 2015/794M, *Stcrt.* 2015, 36766 onder 5.1 inzake afgifte van een onroerende zaak aan een legataris ter voldoening van een legaat in geld. De Staatssecretaris: ‘Als een erflater bij testament een onroerende zaak heeft gelegateerd, dan is de legataris bij de afgifte van dit legaat geen overdrachtsbelasting verschuldigd. Het is mogelijk dat een erflater aan iemand een bedrag in geld heeft gelegateerd. Bij de afgifte van het legaat kunnen de

Anders dan bij novatie van de causa wordt in dit geval – onder de aanname dat inbetalinggeving geen vorm van afstand is – de oorspronkelijke rechtshandeling nagekomen en kan op basis van de tweede volzin van het verdelingsbegrip de inbetalinggeving niet als verdeling worden aangemerkt; de handeling strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een van de deelgenoten, die niet voortspuit uit verdeling.

Stel dat tot de nalatenschap van een andere erflater behoren de onroerende zaken A en B. De drie kinderen van de erflater zijn als erfgenamen tot de nalatenschap gerechtigd. Stel dat alle erfgenamen een verdeling zijn overeengekomen waarbij onroerende zaak A aan een van hen is toegedeeld. Nog voor de levering van het toegedeelde wordt door de erfgenamen overeengekomen dat ter uitvoering van de bestaande verdeling niet onroerende zaak A, maar onroerende zaak B moet worden geleverd. Indien moet worden aangenomen dat bij inbetalinggeving de oorspronkelijke causa wordt nagekomen, kan ook hier geen sprake zijn van afstand van de oorspronkelijke causa. De levering van onroerende zaak B vindt mede plaats ter uitvoering van de oorspronkelijke causa. De vraag kan worden gesteld in hoeverre de inbetalinggeving hier als verdeling kwalificeert. Op grond van de eerste volzin van het verdelingsbegrip kan de inbetalinggeving als zodanig worden aangemerkt. Ervan uitgaande dat inbetalinggeving heeft te gelden als nakoming van de oorspronkelijke causa, zou op basis van de tweede volzin de kwalificatie ‘verdeling’ in beginsel aan inbetalinggeving kunnen worden onthouden. Nu echter deze nakoming ziet op een schuld die voortspuit uit een handeling die zelf een verdeling is, wordt op grond van de slotwoorden van de tweede volzin aan de inbetalinggeving niet de kwalificatie ‘verdeling’ ontnomen.

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de rechtsfiguur van inbetalinggeving kan worden ingezet in het kader van een verkrijging krachtens verdeling, kan op grond van het bovenstaande tot de volgende conclusies worden gekomen.

Indien moet worden aangenomen dat inbetalinggeving geen species van afstand is, maar een functie heeft in de nakoming van de oorspronkelijke rechtshandeling, dan is bij de beantwoording van de vraag of de inbetalinggeving als verdeling kwalificeert beslissend of de rechtshandeling ter uitvoering waarvan inbetalinggeving plaatsvindt, eveneens een verdeling is. Vindt inbetalinggeving plaats volgend op een verdeling als causa voor levering, dan wordt ook na inbetalinggeving de rechtsgrond ‘verdeling’ gehandhaafd. Waar echter inbetalinggeving volgt op een causa die niet als verdeling kwalificeert, kan

erfgenamen en de legataris vervolgens overeenkomen dat aan de legataris niet een bedrag in geld maar een onroerende zaak wordt afgegeven. Er is dan sprake van een inbetalinggeving (artikel 45 van Boek 6 van het BW). De legataris neemt genoeg met een andere zaak dan het aan hem gelegateerde. Hij heeft die andere onroerende zaak dan *niet krachtens erfrecht* verkregen en is over zijn verkrijging overdrachtsbelasting verschuldigd [cursivering door mij, THS].’ In dezelfde zin als het voormelde besluit: Van Straaten e.a. 2017, nr. 3.3.1; Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.5.C.a.

van verdeling geen sprake zijn. Dat inbetalinggeving een nadere overeenkomst oplevert en daarmee een eigen causa voor de levering van een andere prestatie dan de oorspronkelijke prestatie, doet hier niet aan af. De inbetalinggeving strekt er tevens toe uitvoering te geven aan de oorspronkelijke causa, ook waar deze niet als verdeling kan worden aangemerkt. De rechtsfiguur van inbetalinggeving heeft hier de tweede volzin van het verdelingsbegrip tegen zich te laten gelden. Waar de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid van inbetalinggeving openhoudt om een verkrijging krachtens verdeling mogelijk te maken, doet zij dit – onder de aanname dat bij inbetalinggeving de oorspronkelijke causa wordt nagekomen – in zoverre ten onrechte dat, indien de oorspronkelijke rechtshandeling niet als verdeling kan worden aangemerkt, noch de nadere overeenkomst van inbetalinggeving, noch de oorspronkelijke rechtshandeling, als verdeling kan hebben te gelden.

Indien aangenomen kan worden dat inbetalinggeving een species van afstand is, dient over het bovenstaande anders te worden geoordeeld en is het hiervoor bepaalde omtrent novatie van de causa van overeenkomstige toepassing. In dat geval dient het in de parlementaire geschiedenis voorgestelde omtrent de mogelijkheid om via inbetalinggeving een verkrijging krachtens verdeling te realiseren als juist te worden beschouwd.

Bezien we tot slot nogmaals de opmerking van de minister, zoals blijkend uit de nota van wijziging bij art. 3.7.1.11 (thans art. 3:182 BW):

‘Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld wordt voldaan door inbetalinggeving (...) of schuldvernieuwing (...).’⁷⁰

Waarop doelt de minister wanneer hij spreekt over ‘een schuld als hier bedoeld wordt’? Gelet op de context van dit citaat heeft de hier bedoelde schuld betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap aan een of meer erfgenamen, zoals aan de orde in de arresten HR 31 mei 1963 en HR 17 januari 1964.⁷¹ Het betreft hier schulden waarop het bepaalde in de tweede volzin ziet:

‘In beide arresten werd aangenomen dat deze nakoming geen verdeling van de nalatenschap opleverde. Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden. Wel een verdeling is er, wanneer een schuld als hier bedoeld wordt voldaan door inbetalinggeving (...) of schuldvernieuwing (...). Er is dan sprake van een nadere overeenkomst tussen de deelgenoten die volgens artikel 3.7.1.11 een verdeling oplevert.’⁷²

⁷⁰ NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

⁷¹ NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613: HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 m.nt. J.H. Beekhuis (*Erven Van der Looy*); HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens-Schellens II*).

⁷² NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

Het geheel in aanmerking nemende lijkt het ervoor te moeten gehouden dat de door de minister gebezigde redenering stoelt op de gedachte dat inbetalinggeving niet (mede) de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis betreft, maar dat deze dient ter vervanging van de oorspronkelijke verbintenis, zodat er sprake is van schuldvernieuwing en daarmee afstand. Alleen in die visie kan hij tot de constatering komen dat bij voldoening van een zodanige schuld via inbetalinggeving sprake is van verdeling.

Gelet op de verdeelde opvattingen over het rechtskarakter en de rechtsgevolgen van inbetalinggeving kan hier niet tot een eensluidende rechtsleer worden geconcludeerd. Zolang dit nog het geval is, lijkt het aangewezen om, bij de behoefte via een nadere overeenkomst een verkrijging krachtens verdeling te realiseren in het geval de overeenkomst waartoe de nadere overeenkomst 'nader' is geen verdeling is, van een andere (nadere) overeenkomst gebruik te maken dan die van inbetalinggeving. Om deze reden zal in de volgende paragraaf de aandacht worden gericht op de nadere overeenkomst als rechtsgrond voor verkrijging krachtens verdeling.

4.8 DE NADERE OVEREENKOMST

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de als verdeling te kwalificeren 'nadere overeenkomst'.⁷³ De behandeling zal plaatsvinden aan de hand van enkele gestileerde voorbeelden naar oud respectievelijk nieuw recht.

Als uitgangspunt wordt genomen een rechtshandeling X, die niet als scheiding/verdeling kan worden aangemerkt. Stel dat deze rechtshandeling betreft een door de erflater bij leven met een van zijn kinderen gesloten koopovereenkomst, onder de bepaling dat de levering zal plaatsvinden na zijn overlijden. In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat na het overlijden van de erflater de kinderen van de erflater als erfgenamen en medegerechtigden tot de nalatenschap willen overgaan tot levering van het verkochte goed met gebruikmaking van de rechtsfiguur van boedelscheiding/verdeling om redenen van fiscale aard.

X+S

We bezien eerst de situatie naar oud recht ervan uitgaande dat de oorspronkelijke rechtshandeling X wordt gevolgd door een als boedelscheiding bedoelde rechtshandeling S. Het belanghebbende kind laat zich het goed leveren ter uitvoering van koop onder het maken van aanspraak op de gewenste fiscale behandeling wegens de verkrijging krachtens boedelscheiding. Indien X als koop wordt uitgevoerd kan niet tevens sprake zijn van de uitvoering van S

73 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

als scheiding, maar dient S te worden aangemerkt als een tot levering bestemde handeling. Anders gezegd: waar zowel X als S zelfstandig bezien als causa zouden kunnen dienen, brengt de inzet van S ter uitvoering van X met zich dat aan S de kwalificatie scheiding wordt onthouden, in zoverre dat laatstbedoelde rechtshandeling niet als causa voor levering kan worden aangemerkt. Waar boedelscheiding twee elementen combineert, namelijk die van de obligatoire overeenkomst en die van de zakenrechtelijke uitvoering, wordt – zo zouden we kunnen zeggen – door de Hoge Raad het element causa aan de rechtshandeling onthouden, zodat enkel het zakenrechtelijke element overblijft.⁷⁴

Zouden betrokkenen wel van scheiding gebruik hebben willen maken, dan zouden zij hun toevlucht hebben moeten zoeken tot een als causa dienende scheiding. Waar in de casus het door betrokkenen beoogde resultaat niet wordt bereikt door het noveren van de leveringshandeling, zou novatie van de causa hen wel ten dienste hebben gestaan. Na novatie, een verschijningsvorm van afstand, zou immers niet de oorspronkelijke rechtshandeling van koop zijn uitgevoerd, maar de nadere overeenkomst van scheiding.

X+(V+L)

Wat is rechtens indien, uitgaande van de bovenstaande casus, de als scheiding beoogde rechtshandeling S vervangen wordt door een als verdeling bedoelde rechtshandeling V, gevolgd door de leveringshandeling L?

Met de verdeling zijn we onder de vigeur van het NBW terecht gekomen. Anders dan scheiding kent verdeling geen zakenrechtelijke of beter gezegd goederenrechtelijke werking. Voor de goederenrechtelijke werking dient de rechtshandeling van verdeling te worden gevolgd door een levering overeenkomstig het bepaalde in art. 3:186 BW. Waar de rechtshandeling van verdeling op grond van de eerste volzin van het verdelingsbegrip de causa voor levering kan vormen, wordt echter de als verdeling geformuleerde handeling de kwalificatie ‘verdeling’ onthouden indien een verdelingsconstructie wordt opgezet ter nakoming van een schuld als bedoeld in de tweede volzin, die niet voortspuit uit verdeling. In zoverre verhindert de tweede volzin de mogelijkheid om met behoud van de oorspronkelijke causa anders dan verdeling, via een daaropvolgende verdelingsconstructie een verkrijging krachtens verdeling te realiseren. Aldus kan de als verdeling beoogde rechtshandeling V niet als causa dienen voor een verkrijging krachtens verdeling.

Aangenomen kan worden dat betrokkenen met gebruikmaking van de novatie van de causa een nadere overeenkomst kunnen creëren die, voorzien van de kenmerken van verdeling, kan dienen als causa voor levering. Wordt ter uitvoering van een dergelijke causa geleverd, dan wordt langs deze weg

74 Zie HR 16 september 1992, *BNB* 1992, 385 onder 3.2.

in een verkrijging krachtens verdeling voorzien. Deze werkwijze wordt ondersteund door de parlementaire geschiedenis op grond waarvan moet worden aangenomen dat via novatie van de causa het mogelijk is een verdeling te bewerkstelligen.⁷⁵

In aanvulling op bovenstaande constatering kan de vraag worden gesteld in hoeverre de nadere overeenkomst de erfgenamen ook overigens – dus zonder gebruikmaking van novatie – ten dienste staat indien zij tot eenzelfde resultaat wensen te komen. Denkbaar is dat deelgenoten eveneens op een andere wijze dan via novatie van de oorspronkelijke, niet als verdeling kwalificerende causa ‘afscheid’ kunnen nemen. Zo kunnen betrokkenen overeenkomen de oorspronkelijke causa te ontbinden om vervolgens via een nadere overeenkomst een verdeling te bewerkstelligen.⁷⁶

Naast de mogelijkheid om de oorspronkelijke causa teniet te doen, kan ook de vraag worden gesteld of hetzelfde resultaat kan worden bereikt onder handhaving van de oorspronkelijke, niet als verdeling aan te merken causa. De parlementaire geschiedenis stelt immers als eis voor de rechtvaardiging van de aanwezigheid van een verdeling dat er sprake is van een nadere overeenkomst die een verdeling is, niet de eis dat de overeenkomst waartoe de nadere overeenkomst ‘nader’ is, niet meer ‘is’. Indien dan de nadere overeenkomst de grondslag vormt voor de acceptatie van een als verdeling aan te merken overeenkomst, terwijl de rechtshandeling waartoe de nadere overeenkomst ‘nader’ is, dat niet is, dan is er ook grond om aan te nemen dat een *andere* nadere overeenkomst dan in de parlementaire geschiedenis vermeld, als verdeling te accepteren is.

Met deze vaststelling kom ik toe aan de vraag in hoeverre betrokkenen de mogelijkheid hebben om een voor verdeling vereiste causa te creëren in het kader van een beoogde verkrijging krachtens verdeling.

4.9 DE CAUSA NAAR KEUZE: ALTERNATIEF EN EXCLUSIEF

Voorafgaand aan de behandeling van de vraag in hoeverre keuzemogelijkheden bestaan bij het creëren van een causa voor levering in het kader van een verkrijging krachtens verdeling, kan het volgende voorop worden gesteld.

Bij de beschikbaarheid van twee geheel overeenkomstige (bestaande) rechten tot overdracht (zoals koop en legaat; scheiding is niet aan de orde) ten behoeve van dezelfde gerechtigde sanctioneert de Hoge Raad de keuze

⁷⁵ NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

⁷⁶ Van Straaten 1988a, p. 416; Huijgen 1995a, p. 54; Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.5.F.d; Van Straaten e.a. 2017, nr. 3.3.2. Zie ook: concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8699, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, onder 2.3.1; Zwemmer in zijn noot onder HR 16 september 1992, BNB 1992, 385, onder 3.

voor het jongere recht uit legaat en merkt hij in dat kader op dat uit de keuze voor het recht tot overdracht krachtens het legaat het recht uit koop ten gevolge daarvan van rechtswege teniet gaat.⁷⁷ Uit de door de Hoge Raad toegelaten keuze voor het jongere recht kan worden afgeleid dat de keuzevrijheid van betrokkenen niet door de anciënniteit van een aan hen ter beschikking staand recht wordt belemmerd. Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat bij alternatieve titels de levering slechts ter uitvoering van een van beide titels kan plaatsvinden, hoezeer bij de keuze voor de titel ter uitvoering waarvan wordt geleverd, de vrijheid van de keuze bij de betrokkenen ligt.⁷⁸

Ik verlaat nu de bovenbedoelde situatie en bezie de situatie dat er behoefte bestaat aan het creëren van een causa in het kader van verdeling.

Vast staat dat bij een 'beroep' op de dubbele causa van bijvoorbeeld koop en boedelscheiding, de Hoge Raad de causa voor levering beperkt tot een enkelvoudige, met dien verstande dat de keuze van de belanghebbende om ter uitvoering van scheiding en koop geleverd te krijgen, de koop en niet de scheiding als causa voor levering wordt aangenomen.⁷⁹ Wordt ter uitvoering van de koop geleverd, dan verkrijgt de koper/erfgenaam het goed geheel ten titel van koop en niet, zelfs niet voor een gedeelte, krachtens erfrecht.⁸⁰ Eveneens staat vast dat in het kader van de verkrijging krachtens verdeling de mogelijkheid bestaat de niet als verdeling aan te merken causa te noveren in een wel als zodanig te kwalificeren causa. Een dergelijke handelwijze voorziet er blijkens de parlementaire geschiedenis in dat na levering ter uitvoering van een dergelijke overeenkomst krachtens verdeling wordt verkregen.⁸¹

Gegeven de mogelijkheid om met gebruikmaking van novatie de oorspronkelijke verbintenis teniet te doen gaan, kan de vraag worden gesteld of deelgenoten ook op een andere wijze het tenietgaan van de oorspronkelijk causa kunnen bewerkstelligen. Nu de parlementaire geschiedenis de mogelijkheid opent om via novatie de oorspronkelijke causa teniet te doen gaan,⁸² kan

77 HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn.

78 HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn. Dit geldt in elk geval voor een keuze tussen koop en legaat. Vergelijk Kleijn onder 5 in zijn noot onder HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 149, *NJ* 1989, 224 en HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 150, *NJ* 1989, 223, geplaatst onder het eerstgemelde arrest; Zwemmer onder 6 in zijn noot onder HR 16 september 1992, *BNB* 1992, 385; HR 9 juli 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BL7283*, *BNB* 2010, 275 m.nt. Van Vijfeijken, waarin door de keuze voor een voorwaardelijk afstandslegaat afstand werd gedaan van het recht op overdracht uit eerder verkregen economische eigendom en de afstand van het recht als opoffering had te gelden. Kritisch ten aanzien van de opoffering: Verstraaten 2007, p. 25; Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.5.C.c. Zie over dit onderwerp ook B. Schols 2014, nr. 41, p. 3-4. Gelet op de civielrechtelijke insteek van dit onderzoek, is het hier niet de plaats nader in te gaan op de verschillende fiscale aspecten.

79 HR 16 september 1992, *BNB* 1992, 385, onder 3.2.

80 Vergelijk HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 149, *NJ* 1989, 224 onder 4.2; Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2046* onder 4.4.

81 *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

82 *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

bezwaarlijk worden ingezien op welke grond aan deelgenoten het recht zou kunnen worden onthouden daarin op een andere wijze te voorzien. Aangenomen mag worden dat deelgenoten het recht toekomt om op iedere daarvoor rechtens beschikbare wijze de oorspronkelijke causa teniet te doen, teneinde tot verdeling over te kunnen gaan. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de mogelijkheid de betreffende causa te ontbinden.⁸³

Waar de Hoge Raad bij twee alternatieve titels ten behoeve van dezelfde gerechtigde het van rechtswege teniet gaan van het recht tot overdracht krachtens de ene aanneemt bij een keuze voor de andere, kan door betrokkenen ook langs een dergelijke weg het teniet gaan van het recht tot overdracht voortvloeiend uit de niet als verdeling te kwalificeren causa worden nagestreefd.⁸⁴ Verdedigbaar lijkt mij dat, bij het creëren van een causa voor levering in het kader van een verkrijging krachtens verdeling, het gebruik van een nadere overeenkomst is geoorloofd, ook indien die nadere overeenkomst géén novatie van de oorspronkelijke rechtshandeling inhoudt. Wordt vervolgens (uitsluitend) gekozen voor de uitvoering van de rechtshandeling die zelfstandig bezien als verdeling kan dienen, dan dient deze als zodanig te worden aangemerkt. Een dergelijke benadering ligt eveneens in lijn met het beginsel van contractsvrijheid.⁸⁵

Hiervan uitgaande kunnen voor deelgenoten twee keuzemogelijkheden worden onderscheiden: een alternatieve en een exclusieve. De eerste keuzemogelijkheid heeft betrekking op de mogelijkheid een alternatieve causa tot stand te brengen door de creatie van een titel naast een bestaande titel. Op deze wijze voorzien de deelgenoten zichzelf van een opvolgende keuzemogelijkheid, namelijk de mogelijkheid om te kunnen aangeven welke van de hen ter beschikking staande titels exclusief heeft te gelden als causa voor levering. Hierbij zou het tenietgaan van de ongewenste causa nadrukkelijk kunnen

83 Van Straaten 1988a, p. 416; Huijgen 1995a, p. 54; Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.5.F.d; Van Straaten e.a. 2017, nr. 3.3.2. Zie ook: concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8699, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, onder 2.3.1; Zwemmer in zijn noot onder HR 16 september 1992, *BNB* 1992, 385, onder 3.

84 In HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn, overweegt de Hoge Raad ter zake van de keuze tussen twee geheel overeenkomstige rechten tot overdracht, koop en legaat, dat als gevolg van de overdracht krachtens legaat het uit de koopovereenkomst voortvloeiende recht tot overdracht teniet gaat (r.o. 4.2). De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit gevolg 'van rechtswege' intreedt door de overdracht ter uitvoering van het legaat (r.o. 4.2). Annotator Kleijn merkt onder 2 in zijn noot onder dit arrest, geplaatst onder HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 149, *NJ* 1989, 224 op, dat dit tenietgaan 'dus' niet het gevolg was van een clause in de akte van afgifte legaat, maar dat het tenietgaan van rechtswege intrad door de uitgebrachte keuze voor de titel van legaat. Anders: Van Straaten 1988a, p. 415 en Van Straaten 1988b, p. 430, die op basis van de feitelijke vaststelling van het hof aanneemt dat de Hoge Raad gebonden was aan 's hofs uitleg dat de koopovereenkomst onder voorwaarde was gesloten, zodat de verplichting tot levering 'van rechtswege' teniet ging door vervulling van de voorwaarde.

85 Vergelijk Kleijn onder 5 in zijn noot onder HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 149, *NJ* 1989, 224 en HR 4 maart 1987, *BNB* 1987, 150, *NJ* 1989, 223, geplaatst onder het eerstgemelde arrest.

worden nagestreefd, maar zou naar mijn overtuiging eveneens moeten kunnen worden volstaan met het expliciet uitbrengen van een keuze voor de titel die naar de wil van betrokkenen met uitsluiting van enige andere titel als causa voor levering zou moeten hebben te gelden.

5 | Maatstaf voor verdeling

5.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk is erop gericht om te komen tot de vaststelling van het grondbeginsel van verdeling. Onder het grondbeginsel van verdeling versta ik het principe dat ten grondslag ligt aan de verdeling en dat het effect van de verkrijging krachtens verdeling in zijn essentie beschrijft. Dit beginsel zal bij de behandeling daarvan in dit onderzoek in de regel worden aangeduid als de maatstaf voor verdeling.

In het kader van dit onderzoek zal een analyse worden gemaakt van de vereisten die overeenkomstig de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip bepalen of een rechtshandeling als verdeling moet worden aangemerkt. In het bijzonder zal worden stilgestaan bij het in de eerste volzin opgenomen verkrijgingsbegrip. Met het verkrijgingsbegrip doel ik op het voor verkrijging krachtens verdeling door de wet vereiste rechtsgevolg, namelijk het door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten.

Pas nadat het grondbeginsel van verdeling is vastgesteld, kan nader worden ingegaan op de inhoud en reikwijdte van het voor verkrijging krachtens verdeling beoogde rechtsgevolg en de voor verdeling vereiste medewerking.

Ter voorkoming van terminologisch misverstand merk ik nog op dat in deze studie tot uitgangspunt wordt genomen dat de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering ter uitvoering van de verdeling vormt en niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.¹ Voor een verantwoording van deze terminologische afbakening verwijs ik naar paragraaf 4.3.

5.2 HETGEEN ALS GELDEND RECHT AANVAARD WORDT

In het overzicht van de ontwikkeling van het huidige verdelingsbegrip maakte ik melding van de omschrijving van verdeling volgens het Ontwerp Meijers:

1 Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd, medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten ve[r]krijgen.’²

Hoewel in de loop van het wetgevingsproces op bovenstaande omschrijving nog enkele redactionele aanpassingen worden gepleegd, is de tekst van het Ontwerp nagenoeg gelijklopend aan de wettekst. Dit geldt in het bijzonder voor de formulering van de vereiste medewerking van de deelgenoten en het rechtsgevolg van de verkrijging krachtens verdeling. Deze constatering is van belang op het moment dat we ons richten op Meijers’ toelichting bij deze omschrijving:

‘Dit artikel wordt ook thans, hoewel het nergens aldus in het algemeen in het B.W. geformuleerd is, als geldend recht aanvaard. Men vergelijkte H.R. 20 Juni 1951, N.J. 1952 no. 559 en Asser-Meijers p. 341.’³

‘Dit artikel wordt ook thans (...) als geldend recht aanvaard.’ De Toelichting vangt aan met een duidelijke stelling. Ondanks het op dat moment ontbreken van een wettelijke formulering, heeft de gegeven omschrijving kennelijk als rechtens juist te gelden, ondersteund door de vermelde jurisprudentie en literatuur. In lijn met Meijers’ aansporing daartoe (‘men vergelijkte’) zal ik de door hem vermelde bronnen nader bezien. Ik begin met een weergave van relevante feiten en rechtsoverwegingen uit het vorenbedoelde arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1951.

5.3 HR 20 JUNI 1951

Tot de nalatenschap van de weduwe Tersmette-Krapels zijn gerechtigd acht deelgenoten, ieder voor een achtste gedeelte. Vier van de acht deelgenoten zijn twee zusters en hun twee broers. Tot de nalatenschap behoren diverse onroerende zaken (‘goederen’). Bij akte van 20 oktober 1949, verleden voor Ph.B. Libourel, destijds notaris te Delft, is door de vorenbedoelde zusters en broers de helft van de tot de nalatenschap behorende onroerende zaken toebedeeld aan beide zusters tegen betaling aan de beide broers van f 4.500, wegens de in de toebedeling begrepen overbedeling. Op deze akte is door de Inspecteur der Registratie geheven een recht van f 225, zijnde 5% van de waarde van datgene wat de zusters door de toedeling in de onroerende zaken hebben verkregen (‘bijgekregen’). Deze heffing heeft plaatsgevonden op de grond dat de vorenbedoelde toedeling niet zou zijn een scheiding, maar een

2 Art. 3.7.1.11 OM.

3 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

overdracht van de aandelen van de broers aan de zusters. De zusters, eiseressen tot cassatie, stellen zich op het standpunt dat de heffing ten onrechte is geschied, omdat er sprake zou zijn van een scheiding, althans in de zin van de Registratiewet 1917. De zusters menen dat op de genoemde akte niet anders had behoren geheven te worden dan het vaste recht van *f* 3 en dat zij derhalve gerechtigd zijn tot het verschil van het geheven recht en het bedoelde vaste recht, hetgeen zij dan ook als onverschuldigd betaald terugvorderen.

De zusters voeren, voor zover hier relevant, in cassatie de volgende middelen aan:

‘A. Ten onrechte overweegt de Rechtbank (...) dat voor een scheiding naar Nederlands Burgerlijk Recht de medewerking van alle deelgenoten vereist wordt. Ook wanneer in een geval als het onderhavige, waar de onroerende goederen in onverdeeld eigendom toebehoorden aan acht personen, vier deelgerechtigden hun gezamenlijk aandeel, zijnde de onverdeelde helft, aan twee van die vier deelgerechtigden (eiseressen) toescheiden zonder medewerking der vier overige deelgerechtigden, is er sprake van een scheiding in burgerrechtelijke zin. (...)

B. Indien het onder A hierboven vervatte standpunt, dat de onderhavige handeling een scheiding is in burgerrechtelijke zin, ongegrond ware, zo is die handeling naar de stelling der eiseressen dan toch een scheiding in de zin van de Registratiewet 1917.’⁴

De Hoge Raad:

‘O. ten aanzien van het eerste middel onder A:

(...) dat een overeenkomst met betrekking tot een onverdeelden boedel alleen dan als een scheiding in den zin van de artikelen 1112 e.v. B.W. kan worden beschouwd, indien alle deelgenoten medewerken tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelden boedel. (...)

4 HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 (p. 997). Bij resolutie van 31 oktober 1947, *PW* 15173, heeft de minister aangegeven dat voor de toepassing van de Registratiewet 1917 het burgerrechtelijk scheidingsbegrip als richtsnoer gehanteerd moet worden en dat burgerrechtelijk slechts van een scheiding sprake kan zijn wanneer alle gerechtigden in de onverdeeldheid medewerken, voor zover die onverdeeldheid – althans ten aanzien van een van de deelgerechtigden – wordt opgeheven. Houwing merkt in zijn noot onder HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 op dat de minister hiermee terugkomt op een eerder ingenomen standpunt, inhoudende dat de overdracht of toescheiding van een onverdeeld aandeel in een zaak ook als een scheiding zou zijn aan te merken, zonder de medewerking van alle deelgerechtigden. Het is Libourel, die in zijn rede op de jaarvergadering 1948 van de Broederschap der Notarissen, de opvatting omtrent scheiding in vorenbedoelde resolutie bestrijdt: ‘Ik noem een scheiding in tegenstelling van een gewone overdracht, waarbij de één een hem toebehorend goed aan een ander overdraagt, elke handeling, waardoor een aandeel dat iemand in een boedel of een goed heeft, overgaat aan een mede-eigenaar.’ (Libourel 1948, p. 395-396).

O. dat ook het in het eerste middel onder B gestelde faalt, aangezien er geen grond is aan te nemen, dat de Registratiewet 1917 (...) aan het begrip scheiding een andere betekenis toekent dan die van het burgerlijk recht;⁵

Ten aanzien van de vereiste medewerking door de deelgenoten overweegt de Hoge Raad dat alleen dan sprake kan zijn van een scheiding indien alle deelgenoten daartoe medewerken. In zijn formulering van de scheidingshandeling voegt de Hoge Raad aan het vereiste van de medewerking eveneens een rechtsgevolg toe: alle deelgenoten dienen mede te werken 'tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelden boedel'.⁶

De opvatting van de Hoge Raad vertoont gelijkenis met de eerder door Meijers in de literatuur gebezigde opvatting, waarnaar ook door Meijers in zijn Ontwerp wordt verwezen:

'Een scheidingshandeling is derhalve te omschrijven als iedere handeling, waartoe alle deelgenooten medewerken en die ten gevolge heeft, dat een of meer hunner ten aanzien van alle of enkele goederen der gemeenschap ophouden mede-eigenaar te zijn.'⁷

Behalve bij Meijers worden in de literatuur ook bij anderen omschrijvingen van een scheidings- dan wel verdelingsbegrip aangetroffen. Zowel ten aanzien van de vereiste medewerking door de deelgenoten als ten aanzien van de formulering van het rechtsgevolg kunnen enkele varianten worden onderscheiden.

5.4 FORMULERINGS VAN SCHEIDING EN VERDELING

Zonder volledigheid na te streven volgt nu een overzicht van de voornaamste opvattingen omtrent scheiding en verdeling, waarbij in chronologische volgorde een aantal definities zijn opgenomen uit zowel literatuur, jurisprudentie, als het wetgevingsproces.⁸

Suyling-Dubois:

'Er moet een handeling zijn verricht, waaraan alle erven hun goedkeuring hechten; die handeling moet de gemeenschap der erven ten aanzien van een of meer hunner geheel of gedeeltelijk hebben opgeheven. In één woord, een of meer erven behoren,

5 HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 (p. 997).

6 HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 (p. 997).

7 Asser/Meijers 1941, p. 342 [niet: p. 341, zoals de Toelichting Meijers vermeldt, THS].

8 Vergelijk Kleijn 1969, p. 3-5.

met aller toestemming, ten aanzien van één of meer goederen opgehouden te hebben lid van de ervengemeenschap te zijn.⁹

Asser/Meijers:

‘Een scheidingshandeling is derhalve te omschrijven als iedere handeling, waartoe alle deelgenooten medewerken en die ten gevolge heeft, dat een of meer hunner ten aanzien van alle of enkele goederen der gemeenschap ophouden mede-eigenaar te zijn.’¹⁰

Hoge Raad:

‘(...) dat een overeenkomst met betrekking tot een onverdeelden boedel alleen dan als een scheiding in den zin van de artikelen 1112 e.v. B.W. kan worden beschouwd, indien alle deelgenooten medewerken tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelden boedel.’¹¹

Art. 3.7.1.11 Ontwerp Meijers:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenooten, hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd, medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenooten ve[r]krijgen.’¹²

Rapport Studiecommissie uit de Broederschap van Notarissen in Nederland en de Broederschap der Candidaat-Notarissen voor het Ontwerp NBW voor Boek 3:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling, waartoe twee of meer deelgenooten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en waardoor ten aanzien van een of meer van hen de onverdeeldheid betreffende een of meer van de goederen der gemeenschap wordt opgeheven.’¹³

Van de Poll:

‘Als scheiding wordt beschouwd iedere rechtshandeling, waartoe alle deelgenooten respectievelijk al die deelgenooten, die ten gevolgen van een zelfde rechtsfeit tot een aandeel in de gemeenschap gerechtigd worden, medewerken en waardoor een

9 Suyling-Dubois 1931, nr. 283.

10 Asser/Meijers 1941, p. 342.

11 HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559.

12 OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

13 Studiecommissie Boek 3 BW 1958, p. 199.

of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap, respectievelijk dat aandeel daarin, met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.¹⁴

Kleijn:

‘Scheiding is iedere overeenkomst tussen alle deelgenoten in een gemeenschap, waarbij de uittreding van ten minste één deelgenoot ten opzichte van één of meer goederen der gemeenschap tot gevolg heeft, dat de overige deelgenoten gezamenlijk dit goed (deze goederen) verkrijgen of de enige overige deelgenoot dit goed (deze goederen) geheel verkrijgt.’¹⁵

Art. 3:182 BW, eerste volzin:

‘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.’

Tuil:

‘De obligatoire overeenkomst van toedeling, waarbij alle deelgenoten gezamenlijk regelen, aan welke deelgenoot, al dan niet onder de verplichting een vordering uit overbedeling te voldoen, welke gemeenschappelijke goederen zullen worden geleverd, en waarbij zij ook kunnen regelen wie van hen draagplichtig zal zijn voor welke voor rekening van de gemeenschap komende schulden.’¹⁶

Uit bovenstaande opsomming blijkt dat de omschrijvingen veelal uitgaan van het vereiste dat voor scheiding dan wel verdeling de medewerking van alle deelgenoten noodzakelijk is. Het lijdt geen twijfel dat aan de uitspraak van de Hoge Raad in dezen bijzonder gewicht toekomt; de parlementaire geschiedenis verwijst hier uitdrukkelijk naar en geconstateerd kan worden dat zowel in het Ontwerp Meijers als in het huidige art. 3:182 BW het door de Hoge Raad geformuleerd vereiste omtrent de medewerking door alle deelgenoten is opgenomen.

Naast het vereiste rond de medewerking door deelgenoten is ook de beschrijving van het rechtsgevolg van scheiding/verkrijging krachtens verdeling van belang. Op hoofdlijnen kunnen we twee wijzen van formulering onderscheiden, de negatieve en de positieve formulering.¹⁷ De negatieve formulering houdt in dat voor scheiding/verkrijging krachtens verdeling wordt vereist dat de gemeenschap ten aanzien van tenminste één goed, ten opzichte

14 Van de Poll 1967, p. 29.

15 Kleijn 1969, p. 9.

16 Tuil 2009, nr. 278.

17 Kleijn 1969, p. 7-8.

van ten minste één deelgenoot is opgeheven.¹⁸ Een dergelijke negatieve formulering treffen we aan bij onder meer Suyling-Dubois, Asser/Meijers, de Hoge Raad en de Studiecommissie uit de Broederschappen voor Boek 3 NBW. De positieve formulering maakt onderscheid tussen een of meer deelgenoten die een of meer gemeenschapsgoederen verkrijgen en deelgenoten die ophouden daarin deelgenoot te zijn. Een positieve formulering van het voor scheiding/verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg treffen we onder andere(n) aan in het Ontwerp Meijers, bij Van de Poll, bij Kleijn en in art. 3:182 BW. Bij Tuil is noch sprake van een negatieve, noch sprake van een positieve formulering, althans in de zin zoals hierboven bedoeld.¹⁹

Opmerkelijk is het gegeven dat het Ontwerp Meijers, evenals de wettekst NBW, bij de vormgeving van het verdelingsbegrip de positieve formulering tot uitgangspunt neemt. Hoewel de toelichting op het Ontwerp verwijst naar de opvatting van de Hoge Raad als naar geldend recht, heeft Meijers toch aanleiding gezien de door de Hoge Raad – evenals de door hemzelf – gehanteerde negatieve formulering niet te gebruiken. Tegen de negatieve formulering is in de literatuur aangevoerd dat als nadeel daarvan heeft te gelden het feit dat wanneer de deelgenoten een of meer gemeenschapsgoederen zouden verkopen aan een derde, een dergelijke verkoop eveneens zou kwalificeren als scheiding/verdeling.²⁰ Stel A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De drie deelgenoten besluiten een gemeenschapsgoed te verkopen aan een derde D. In de hierboven weergegeven definities van Suyling-Dubois, Asser/Meijers, de Hoge Raad en de Studiecommissie uit de Broederschappen voor Boek 3 NBW zou gelezen kunnen worden dat deze verkoop een scheiding/verdeling oplevert.²¹ Is daarmee het op negatieve wijze formuleren van het rechtsgevolg onbruikbaar geworden? Dit hoeft niet het geval te zijn, indien het hier aangevoerde bezwaar wordt weggenomen door het onderkennen dat voor scheiding/verdeling voldaan moet worden aan de eis dat deze als handeling plaatsvindt tussen deelgenoten.²² Hoewel deze eis niet *expressis verbis* in bovenbedoelde formuleringen is opgeno-

18 Kleijn 1969, p. 7.

19 Blijkens Tuil 2009, nr. 235 onderschrijft Tuil het hierboven bedoelde principe achter de positieve formulering. Zijn definitie voldoet mijns inziens echter niet nu daarin niet wordt uitgesloten dat alle deelgenoten verkrijgen zonder dat de gemeenschap met betrekking tot ten minste een goed ten aanzien van tenminste een deelgenoot wordt beëindigd. Gedacht kan worden aan de situatie waarin uitsluitend een wijziging van breukdelen plaatsvindt. Zou Tuil menen dat ‘deelgenoot’ in zijn definitie uitsluitend in enkelvoud mag worden toegepast dan kan er wel sprake zijn van opheffing van de gemeenschap met betrekking tot ten minste een goed, maar dan miskent hij de mogelijkheid om (met uitsluiting van een of meer overige deelgenoten) aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk toe te delen, hetgeen op grond van de hierboven in de hoofdtekst bedoelde – en door Tuil onderschreven (t.a.p.) maar niet gehanteerde – positieve formulering wel tot de mogelijkheden behoort.

20 Kleijn 1969, p. 8; Tuil 2009, nr. 234.

21 Kleijn 1969, p. 8.

22 Kleijn 1969, p. 8; Tuil 2009, nr. 234.

men, wordt in de literatuur op dit punt wel aangenomen dat deze eis als zodanig vanzelfsprekend heeft te gelden, dat deze moet worden beschouwd stilzwijgend onderdeel uit te maken van de negatieve formulering.²³ Wel kan gesteld worden dat bij de positieve formulering zich een dergelijke problematiek niet voordoet. Doordat de positieve formulering onderscheid maakt tussen (een of meer) deelgenoten die (een of meer) gemeenschapsgoederen verkrijgen en zij die ophouden daarin deelgenoot te zijn, kan de verkrijging van een gemeenschapsgoed door een derde nimmer krachtens scheiding/verdeling plaatsvinden.

Met de weergave van bovenstaande meningen over de formulering van scheiding en verdeling, kom ik nu toe aan een nadere verkenning van art. 3:182 BW, te beginnen met een beschouwing over het daarin geformuleerde rechtsgevolg.

5.5 HEEFT VERDELING NOODZAKELIJK VERDEELDHEID TOT GEVOLG?

Ik keer terug naar de omschrijving van het verdelingsbegrip volgens het Ontwerp Meijers:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd, medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten ve[r]krijgen.’²⁴

De tekst van het Ontwerp komt wat betreft de formulering van het voor verdeling vereiste rechtsgevolg overeen met de tekst van het huidige art. 3:182 BW:

‘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.’

Algemeen gesproken heeft een verdeling ten doel een gemeenschap te beëindigen. Uit de tekst van art. 3:182 BW, in samenhang met art. 3:179 BW, kan worden opgemaakt dat verdeling in dit verband zowel kan zien op een gehele opheffing van de onverdeeldheid, als een partiële opheffing daarvan.

De vraag kan worden gesteld in hoeverre in het kader van verdeling beëindiging van de onverdeeldheid noodzakelijk is. Is volledige beëindiging van de gemeenschap en derhalve exclusiviteit vereist? Is het, anders gezegd,

23 Kleijn 1969, p. 8; Tuil 2009, nr. 234.

24 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

denkbaar dat twee of meer deelgenoten na verdeling (en levering) zodanig gerechtigd zijn tot een gemeenschapsgoed dat ten aanzien van dat goed 'ondanks' de verdeling een onverdeeldheid blijft bestaan? Een voorbeeld: A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak wordt A uitgeboedeld tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid en worden B en C elk voor de helft gerechtigd tot de gemeenschap. De zinsnede: 'krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap (...) verkrijgen', is voor meerderlei uitleg vatbaar. De volgende mogelijkheden kunnen worden onderscheiden:²⁵

- a. één deelgenoot wordt met uitsluiting van de overige (een of meer) deelgenoten voor het geheel gerechtigd tot een of meer gemeenschapsgoederen;
- b. meerdere deelgenoten worden met uitsluiting van de overige (een of meer) deelgenoten ieder voor het geheel gerechtigd tot een of meer gemeenschapsgoederen;
- c. meerdere deelgenoten worden met uitsluiting van de overige (een of meer) deelgenoten gezamenlijk gerechtigd tot een of meer goederen van de gemeenschap.

De toepasselijkheid van de mogelijkheden onder a, b en c is afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre een verkrijging krachtens verdeling exclusiviteit vereist. Een dergelijke exclusiviteitsvereiste of uitsluitingsvereiste kan in het kader van verdeling op twee niveaus worden onderscheiden: op dat van de deelgenoten en op dat van de gerechtigdheid van de deelgenoten. Op het niveau van de deelgenoten ziet het exclusiviteitsvereiste op het binnen de groep van gerechtigden op te treden onderscheid tussen verkrijgende en niet-verkrijgende deelgenoten. Deze eis vloeit rechtstreeks voort uit het slot van de eerste volzin van art. 3:182 BW. De toelaatbaarheid van de mogelijkheden onder a en b is daarmee gegeven. Op het niveau van de gerechtigdheid van de deelgenoten is het, uitgaande van de wettekst, niet zonder meer duidelijk of daarvoor een exclusiviteitseis geldt. Een dergelijke eis zou er in dat verband op kunnen zien dat een krachtens verdeling verkregen gemeenschapsgoed in zijn geheel moet worden verkregen. De eis van exclusiviteit zou daarmee betrekking hebben op het binnen de groep van verkrijgende deelgenoten door een deelgenoot met uitsluiting van de overige (andere goederen verkrijgende) deelgenoten verkrijgen van een of meer gemeenschapsgoederen. Mocht een dergelijke eis moeten worden aangenomen, dan zou dit aan de toepasselijkheid van de mogelijkheid onder c in de weg staan. Is dit niet het geval en is uitsluitend exclusiviteit vereist op het (eerstbedoelde) niveau van de deelgenoten, dan staat de mogelijkheid onder c voor toepassing open.

25 Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, onder 4.3.

Om duidelijkheid te verkrijgen in deze kwestie, raadpleeg ik opnieuw de parlementaire geschiedenis. Meijers verwijst in zijn Toelichting bij het verdeelingsbegrip naar de opvatting van de Hoge Raad als naar geldend recht:

‘Dit artikel wordt ook thans, hoewel het nergens aldus in het algemeen in het B.W. geformuleerd is, als geldend recht aanvaard. Men vergelijkte H.R. 20 Juni 1951, N.J. 1952 no. 559 (...).’²⁶

Deze opvatting komt erop neer dat een overeenkomst alleen dan als een scheiding kan worden beschouwd:

‘(...) indien alle deelgenoten medewerken tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelde boedel.’²⁷

Ik besteedde reeds aandacht aan de opvatting van de Hoge Raad, voor zover hierin voor scheiding de medewerking van alle deelgenoten wordt vereist. De Hoge Raad beperkt zich in zijn arrest echter niet tot dit criterium als hij de vereisten voor scheiding formuleert. Het criterium van de voltallige medewerking door de deelgenoten dient volgens de Hoge Raad namelijk ‘tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelde boedel.’ Uit de verwijzing door de parlementaire geschiedenis naar de opvatting van de Hoge Raad als naar geldend recht volgt dat ‘s Raads opvatting ten aanzien van de scheiding ook het thans geldende recht vertegenwoordigt. Uit dit alles kan worden afgeleid dat, ondanks de andersluidende bewoordingen van de wet, geen inhoudelijke afwijking van het door de Hoge Raad gehanteerde scheidingsbegrip is beoogd. Met deze constatering keer ik terug tot het eerder gegeven voorbeeld: A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak wordt A uitgeboedeld tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid en worden B en C elk voor de helft gerechtigd tot de gemeenschap. Opnieuw kan de vraag worden gesteld of de rechtshandeling krachtens welke de overblijvende deelgenoten verkrijgen als verdeling kan worden aangemerkt. Indien op dit voorbeeld het door de Hoge Raad geformuleerd criterium wordt toegepast, dan moet op basis daarvan verdeling worden aangenomen. De uittreding van A heeft immers tot gevolg dat B en C ieder voor de helft gerechtigd worden tot de gemeenschap, zodat alle deelgenoten hebben meegewerkt aan het beëindigen van de deelgerechtigdheid van een van de deelgenoten in de gemeenschap.

Geconcludeerd kan worden dat langs deze weg een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de opvatting dat de wettekst aldus gelezen kan worden

26 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

27 HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559.

dat het verdelingsbegrip ook omvat rechtshandelingen krachtens welke de onverdeeldheid *niet* ten aanzien van enig goed wordt opgeheven. De exclusiviteitseis voor verkrijging krachtens verdeling wordt daarmee beperkt tot het niveau waarop als gevolg van de verkrijging krachtens verdeling de groep van deelgenoten wordt 'verdeeld' in verkrijgende en niet-verkrijgende deelgenoten. De opvatting dat als vereiste heeft te gelden dat elk van de verkrijgende deelgenoten met uitsluiting van de overige (andere goederen verkrijgende) deelgenoten voor het geheel gerechtigd wordt tot een of meer gemeenschapsgoederen, vindt geen steun in het recht.²⁸

5.6 MAATSTAF VOOR VERDELING

Een verdeling is er in beginsel op gericht een gemeenschap geheel te doen eindigen. Het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg vereist echter niet dat een gemeenschap volledig wordt opgeheven. Dit roept de vraag op in hoeverre opheffing van een gemeenschap noodzakelijk is om een verkrijging krachtens verdeling te kunnen aannemen. Dit brengt ons bij het grondbeginsel van verdeling. Onder het grondbeginsel van verdeling versta ik het principe dat ten grondslag ligt aan de verdeling en dat het effect van de verkrijging krachtens verdeling in zijn essentie beschrijft. Wat is nu dit grondbeginsel? Anders gezegd: wat is de maatstaf voor verdeling? Ter beantwoording van deze vraag volgt nu een analyse over wat verdeling naar zijn wezen inhoudt.

Gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.²⁹ Gemeenschap kan worden gelijkgesteld met onverdeeldheid, het ontbreken van gemeenschap (ten gevolge van verdeling en levering) met verdeeldheid. Verdeling is een middel krachtens welke een gemeenschap en daarmee een situatie van onverdeeldheid kan worden opgeheven. Verdeling is daarmee een instrument om vanuit een toestand van onverdeeldheid te komen tot verdeeldheid. Van verdeling kan ook sprake kan zijn indien meerdere deelgenoten gezamenlijk een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. In een dergelijke situatie wordt de rechtshandeling ten gevolge waarvan de deelgenoten verkrijgen als verdeling aangemerkt, terwijl de situatie van onverdeeldheid blijft voortduren. Verdeling is in dat geval niet alleen een instrument om van onverdeeldheid te komen tot verdeeldheid, maar heeft dan eveneens te gelden als instrument om te komen van onverdeeldheid tot (een andere vorm van) onverdeeldheid. Hoe kan dit worden verklaard?

28 Zie ook: Planiol-Ripert 1956, nr. 651-652; Asser/Meijers 1941, p. 341-342; Kleijn 1969, p. 7-9; Schoordijk 1983, p. 101; Van Mourik & Schols 2015, nr. 37.

29 Art. 3:166 lid 1 BW.

Als verdeling de brug is tussen onverdeeldheid en verdeeldheid en tevens verdeling kan worden aangenomen van onverdeeldheid tot onverdeeldheid, dan kan dat alleen in een proces van 'meer' onverdeeldheid naar 'minder' onverdeeldheid. In dat geval moet er iets als 'een mate van onverdeeldheid' bestaan op basis waarvan getoetst kan worden of een verkrijging krachtens een bepaalde rechtshandeling een toenemende, gelijkblijvende of afnemende mate van onverdeeldheid tot gevolg heeft. Omdat verdeling tot oogmerk heeft de (mate van) onverdeeldheid te beëindigen of in elk geval te verminderen, zal voor de verkrijging krachtens verdeling een verminderde mate van onverdeeldheid moeten optreden.³⁰

Wat zijn nu de factoren die van invloed zijn op de totstandkoming van een verminderde mate van onverdeeldheid? Uit art. 3:166 lid 1 BW blijkt dat de aanwezigheid van gemeenschap afhankelijk is gesteld van de aanwezigheid van goederen (een of meer) en deelgenoten (twee of meer). Uit art. 3:182 BW kan worden opgemaakt dat als rechtsgevolg van een verkrijging krachtens verdeling dient op te treden een toestand waarbij een of meer van de deelgenoten een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. Een rechtshandeling ten gevolge waarvan de onverdeeldheid zelfs niet ten aanzien van enig goed wordt opgeheven, maar ten gevolge waarvan een deelgenoot wel ophoudt deelgenoot te zijn, heeft ten aanzien van de resterende deelgenoten eveneens als verdeling te gelden. De oorzaak daarvan is gelegen in het feit dat de mate van onverdeeldheid wordt verminderd doordat het aantal deelgenoten wordt verkleind. Een verminderde mate van onverdeeldheid wordt daarom niet noodzakelijk bepaald door de vermindering van het aantal tot de gemeenschap behorende goederen, maar door de vermindering van het aantal tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten.

Als maatstaf voor verdeling heeft derhalve te gelden het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken.³¹ Deze maatstaf stemt zowel overeen met het door de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 1951 (negatief) geformuleerde criterium voor scheiding, als met het door de wetgever (positief) geformuleerde criterium in het verdelingsbegrip. Tevens vloeit uit een dergelijke maatstaf voort dat krachtens verdeling uitsluitend door (een of meer) deelgenoten – en derhalve niet door derden – kan worden verkregen en dat indien het aantal deelgenoten onveranderd blijft en slechts de onderlinge gerechtigdheid tot de goederen

30 Zie ook Meijers 1916, p. 407, waar hij opmerkt dat iedere handeling tussen alle deelgenoten, waardoor de onverdeeldheid wordt opgeheven of verminderd, een scheiding is.

31 Voor een nadere beschouwing van de bij verdeling betrokken deelgenoten, zie par. 7.2 e.v.

wijzigt van een verkrijging krachtens verdeling geen sprake kan zijn. Ook dit is in lijn met de voormelde criteria van de wetgever en de Hoge Raad.

5.7 RECHTSVERGELIJKING

Voor Nederlands recht kan worden aangenomen dat een verminderde mate van onverdeeldheid wordt bepaald door de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten.³² De exclusiviteitseis voor verkrijging krachtens verdeling wordt daarmee beperkt tot het niveau waarop als gevolg van de verkrijging krachtens verdeling de groep van deelgenoten wordt onderscheiden in verkrijgende en niet-verkrijgende deelgenoten.³³ De opvatting dat eveneens als exclusiviteitseis heeft te gelden dat elk van de verkrijgende deelgenoten met uitsluiting van de overige (andere goederen verkrijgende) deelgenoten voor het geheel gerechtigd wordt tot een of meer gemeenschapsgoederen, vindt geen steun in het Nederlandse recht. Het bovenstaande heeft daarbij betrekking op iedere rechtshandeling die overeenkomstig het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling moet worden aangemerkt; het gaat hierbij om zowel de verdeling in strikte zin als de verdeling anders dan in strikte zin, zoals een op grond van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW als verdeling aan te merken koop of schenking.

In de Belgische rechtsleer zijn er over verdeling verschillende opvattingen met betrekking tot het voor verdeling vereiste rechtsgevolg. Zo wordt enerzijds verdedigd dat als rechtsgevolg van verdeling heeft te gelden dat een deelgenoot met uitsluiting van de andere deelgenoten – dus exclusief – tot een goed van de gemeenschap wordt gerechtigd.³⁴ Bij een dergelijke opvatting wordt kennelijk tot uitgangspunt genomen dat bij de bepaling van de mogelijkheden om krachtens verdeling te verkrijgen – anders dan naar Nederlands recht – op de beide hiervoor bedoelde niveaus exclusiviteit is vereist. Anderzijds wordt verdedigd dat het voor het rechtsgevolg van verdeling wezenlijk is dat het aantal tot de gemeenschap gerechtigde personen vermindert,³⁵ zonder de noodzaak dat de verdeling de onverdeeldheid geheel doet eindigen.³⁶ In deze opvatting lijkt het exclusiviteitsvereiste te worden beperkt tot die in de eerstbedoelde zin, gelijk voor het Nederlandse recht kan worden aangenomen.

³² Zie par. 5.6.

³³ Zie par. 5.5.

³⁴ De Page & Dekkers 1974, nr. 1408, 1419C; Dekkers/Dirix 2005, nr. 291; De Decker 2012, p. 83.

³⁵ Storme 2004, p. 659. Vergelijk: Puelinckx-Coene e.a. 2005, nr. 271; Dekkers/Casman 2010, nr. 738; Snaet & Verbeke 2011, p. 69.

³⁶ Dekkers/Casman 2010, nr. 738. Vergelijk: Storme 2004, p. 659; Puelinckx-Coene e.a. 2005, nr. 271; Snaet & Verbeke 2011, p. 69.

Naar Belgisch recht wordt er naast de rechtshandeling van verdeling een categorie ‘met verdeling gelijk te stellen handelingen’ onderscheiden.³⁷ Hierbij kan – onder de voorwaarde(n) als hieronder aangegeven – worden gedacht aan rechtshandelingen zoals koop en schenking.³⁸ Waar dergelijke met verdeling gelijk te stellen rechtshandelingen naar huidig Nederlands recht onder het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW worden gebracht (en ten gevolge daarvan als verdeling worden aangemerkt), geldt naar Belgisch recht dat dergelijke rechtshandelingen van verdeling worden onderscheiden. Naar Belgisch recht worden dergelijke rechtshandelingen evenwel aan verdeling gelijkgesteld in die zin dat bepaalde op verdeling van toepassing zijnde artikelen mede daarop van toepassing worden verklaard.³⁹ Over de voorwaarden waaronder dit het geval is wordt echter van mening verschild. Zo kunnen binnen de categorie van met verdeling gelijk te stellen handelingen een tweetal opvattingen worden onderscheiden. Volgens de ‘moderne leer’ kan er sprake zijn van een met verdeling gelijk te stellen handeling indien ten gevolge van de uitvoering daarvan zowel het aantal deelgenoten afneemt⁴⁰ als alle deelgenoten bij deze rechtshandeling betrokken zijn.⁴¹ Volgens de ‘oude leer’ – een leer die teruggaat op enkele oude arresten van het Hof van Cassatie – geldt enkel als eis dat het aantal gerechtigden tot een goed dient te verminderen (en derhalve niet de eis dat alle deelgenoten dienen mee te werken).⁴²

Concluderend kan worden gesteld dat de Belgische rechtsleer als geheel genomen op het hier aan rechtsvergelijking onderworpen onderdeel van de maatstaf voor verdeling een diffuus beeld laat zien. Waar de Belgische rechtsleer enerzijds aandacht heeft voor het rechtsgevolg dat verdeling in zijn essentie kenmerkt, ontbreekt het in diezelfde rechtsleer anderzijds aan een eenduidige afbakening daar waar het gaat om de vraag of – naar de hierboven gebruikte terminologie – alleen de eerste of de beide exclusiviteitseisen op de rechtsfiguur van verdeling van toepassing zijn. Slechts de opvatting dat niet vereist is dat de verdeling de onverdeeldheid geheel doet eindigen, komt overeen met hetgeen hierboven voor Nederlands recht is aangenomen.

37 Vergelijk art. 888 BBW.

38 Dekkers/Casman 2010, nr. 736.

39 Bijvoorbeeld art. 883 BBW.

40 Over de mate waarin het aantal deelgenoten moet afnemen bestaat verschil van opvatting. Zie de hierboven weergegeven opvattingen over de vraag in welke mate als rechtsgevolg van verdeling exclusiviteit wordt vereist.

41 De Decker 2012, p. 86; Zie ook: Snaet & Verbeke 2011, p. 69; Dekkers/Casman 2010, nr. 736-737; Puelinckx-Coene e.a. 2005, nr. 271.

42 De Decker 2012, p. 86. Zie ook: Cass. 15 januari 1847, *Pas.* 1847, I, p. 502 e.v.; Cass. 6 juni 1850, *Pas.* 1851, I, p. 144 e.v.

5.8 SLOTBESCHOUWING

De fundamentele rechtsvraag naar de mate waarin de onverdeeldheid na een (verkrijging krachtens) verdeling moet worden opgeheven, is een vraag met oude wortels. Het niet op systematische wijze benaderen van deze vraag lijkt in de loop van de tijd de beantwoording daarvan niet ten goede te zijn gekomen, getuige ook de volgende opmerking van Houwing in zijn noot onder HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559:

‘Het standpunt van den H.R. is ogenschijnlijk ruimer dan dat van de Franse jurisprudentie. De H.R. eist immers slechts, dat de handeling den mede-eigendom van althans één der deelgerechtigden en ten aanzien van enig bestanddeel van de onverdeeldheid doet eindigen. In de Franse jurisprudentie wordt daarentegen in beginsel aan een handeling, wil zij als scheiding worden aangemerkt, niet alleen de eis gesteld, dat zij verricht wordt door alle mede-gerechtigden, maar tevens, dat zij de onverdeeldheid geheel en ten aanzien van allen doet ophouden. Maar deze jurisprudentie, door de doctrine vrij algemeen om haar onvastheid en gebrek aan systeem bestreden, laat zoveel uitzonderingen toe, dat het resultaat in verschillende opzichten dat van den H.R. nadert.’⁴³

In dit hoofdstuk heb ik getracht op een systematische wijze te komen tot de vaststelling van het beginsel dat – althans naar Nederlands recht – ten grondslag ligt aan de verdeling en dat het effect van de verkrijging krachtens verdeling in zijn essentie beschrijft.

Bij vergelijking van het Belgische met het Nederlandse recht blijkt dat in de Belgische rechtsleer nadrukkelijk(er) aandacht wordt besteed aan het beginsel dat aan verdeling ten grondslag ligt. In de Belgische rechtsleer ontbreekt het echter aan een voldoende eenduidige afbakening van dit beginsel.

Voor het Nederlandse recht kan inmiddels worden aangenomen dat onder oud recht gewezen jurisprudentie door de Hoge Raad significant is gebleken voor de mogelijkheid de maatstaf voor verdeling naar huidig recht te kunnen vaststellen. De door de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 1951 gegeven afbakening heeft in het onderzoek naar de maatstaf voor verdeling als basis gediend voor de doordenking van het – op dit punt lastig te lezen – wettelijke verdelingsbegrip. Op grond daarvan heeft naar mijn overtuiging een ‘rechtszekere’ vaststelling van de maatstaf voor verdeling kunnen plaatsvinden.

43 Houwing in zijn noot onder HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559, p. 1000. Zie ook: Colin-Capitant 1950, nr. 1153 e.v.; Planiol-Ripert-Boulanger 1951, nr. 3129 e.v.

6 | Verkrijgen krachtens verdeling

6.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk heeft de vaststelling plaatsgevonden van de maatstaf voor verdeling. De maatstaf voor verdeling geeft de essentie weer van het effect van de verkrijging krachtens verdeling. De essentie van het effect van de verkrijging krachtens verdeling kan worden weergegeven als het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken. Uit de maatstaf voor verdeling en de voorwaarden waaronder deze maatstaf moet worden bereikt, blijkt dat voor de vaststelling van verdeling zowel eisen worden gesteld aan het krachtens verdeling te bereiken rechtsgevolg als aan de voor verdeling vereiste medewerking door de deelgenoten. Het zijn deze vereisten waarop in dit hoofdstuk (rechtsgevolg) en in het komende hoofdstuk (medewerking door deelgenoten) nader zal worden ingegaan.

Ondanks de beschikbaarheid van goede monografieën op het gebied van gemeenschappen, ontbreekt het in hedendaagse literatuur aan een systematische behandeling van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling, in het bijzonder met betrekking tot de situatie dat er sprake is van drie of meer tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten.¹

In dit hoofdstuk zal een analyse worden gegeven van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. Voor de invulling van dit rechtsgevolg is de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip van belang. Daarin staat vermeld dat er sprake moet zijn van het krachtens een rechtshandeling door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Het is met

¹ Zie bijvoorbeeld de monografieën over gemeenschap: Asser/Perrick 3-V 2015; Van Mourik & Schols 2015. Tevens kan hierbij worden gedacht aan het preadvies over verdeling in de notariële praktijk ten behoeve van het wetenschappelijke congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012 (Van Mourik e.a. 2012) en de dissertatie van Tuil (Tuil 2009). Alleen in literatuur van oudere datum kan nog over deze problematiek worden gelezen, zij het dat de opvattingen hierover uiteenlopen. Zie bijvoorbeeld: Asser/Meijers/Van der Ploeg 1967, p. 327; Kleijn 1969, p. 2 e.v.; Schoordijk 1983, p. 100 e.v.

name dit voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip waarvan de inhoud en reikwijdte zullen worden onderzocht.

Aan het einde van het hoofdstuk zullen – mede aan de hand van de uit het onderzoek komende bevindingen – enkele ‘eenvoudige’ casusposities worden besproken.²

Ter voorkoming van terminologisch misverstand merk ik wederom op dat in deze studie tot uitgangspunt wordt genomen dat de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.³ Voor een verantwoording van deze terminologische afbakening verwijs ik naar paragraaf 4.3.

6.2 VERKRIJGEN VOLGENS HET VERDELINGSBEGRIJ

Op welke wijze dient volgens de tekst van het verdelingsbegrip invulling te worden gegeven aan het begrip ‘verkrijgen’? In verband met de bepaling van de juiste interpretatie van dit begrip wend ik mij tot de eerste volzin van art. 3:182 BW:

‘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.’

Uit de formulering van het verdelingsbegrip kan worden opgemaakt dat het begrip ‘verkrijgen’ ziet op een of meer ‘goederen der gemeenschap’. Het verdelingsbegrip gaat er kennelijk vanuit dat krachtens verdeling (gehele) goederen worden verkregen en niet slechts de aan de verkrijger ontbrekende aandelen daarin.

Om krachtens verdeling te verkrijgen dient eveneens te worden voldaan aan het leveringsvoorschrift zoals opgenomen in 3:186 lid 1 BW:

‘Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.’

2 De ervaring leert dat het gebruik van (ogenschijnlijk) eenvoudige casuïstiek tot verrassende uitkomsten kan leiden. Enkele van hier te behandelen casusposities zijn ooit voorwerp geweest van bespreking tijdens een studiebijeenkomst van het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Na het ter beschikking stellen van de casuïstiek viel mij van een collega daarover een geringschattende opmerking ten deel. Het overleg had mede plaats in aanwezigheid van de hoogleraren Nieuwenhuis en Breedveld-de Voogd. Na een uur bleken er meer vragen te stellen dan antwoorden te geven. Het bracht de tevoren nog kritisch bevonden collega tot de constatering ‘dat er meer in zat’ dan hij aanvankelijk had gedacht.

3 Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

In een eerder stadium heb ik reeds aandacht besteed aan de betekenis die aan het woord 'toegedeelde' moet worden toegekend.⁴ Geconcludeerd werd dat met het toegedeelde bedoeld wordt op de verdeelde goederen, dat wil zeggen de goederen waarvan bij verdeling is vastgesteld tot wiens aandeel deze behoren. Het toegedeelde moet worden onderscheiden van het geleverde. Het is het toegedeelde dat nog moet worden geleverd en wel volgens het wettelijke voorschrift als hierboven vermeld. Dient nu op grond van het vorenstaande te worden aangenomen dat het object van verdeling betreft het (gehele) goed en derhalve ook hetgeen waartoe de verkrijgende deelgenoot reeds gerechtigd is?

In de opvatting van Meijers is het object van scheiding het gemeenschappelijke goed als geheel.⁵ In het kader van een aan hem gerichte rechtsvraag in *WPNR* werpt hij bezwaren op tegen een andersluidende visie:

'Men scheidt niet aandelen van deelgenooten, maar gemeenschappelijke goederen.'⁶

Vergelijk in dit verband ook het destijds voor boedelscheiding geldende art. 1125 lid 2 OBW over de inhoud van het begrip 'toescheiding':

'Vervolgens wordt (...) bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen (...).'

In lijn met art. 1125 lid 2 OBW bepaalt de eerste volzin van art. 3:182 BW dat:

'als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten (...) medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer *goederen der gemeenschap* met uitsluiting van de overige deelgenoten *verkrijgen* [cursivering door mij, THS].'

Een bevestiging van de gedachte dat (gehele) goederen het voorwerp van verdeling (en levering) zijn, is te vinden bij de minister in zijn beantwoording van vragen 'ter voorkoming van misverstand' in het kader van art. 3.7.1.14a lid 1 BW (thans art. 3:186 lid 1 BW). De minister spreekt over de betekenis van verdeling in relatie tot de vaststelling van de aan de deelgenoten toekomende goederen en de verkrijging daarvan:

'Daarbij verdient aantekening dat ook in artikel 3.7.1.11 [thans art. 3:182 BW, THS] de term verdeling wordt gebezigd in de (...) zin van de vaststelling van wat aan

4 Zie par. 4.3.

5 Meijers 1915a, p. 360; Meijers 1915b, p. 519.

6 Meijers 1915b, p. 519.

ieder van de deelgenoten toekomt, “krachtens” welke vaststelling *de verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen* [cursivering door mij, THS]⁷

Zo bezien stellen deelgenoten in het kader van verdeling vast welke goederen in ieders aandeel vallen en worden de in ieders aandeel vallende goederen wederom voorwerp van een wettelijk voorschrift, nu inhoudend de wijze waarop deze goederen via levering dienen over te gaan op de verkrijgende deelgenoot. De toedeling van een goed staat daarmee gelijk aan de toedeling van het gehele goed en de deelgenoot verkrijgt derhalve dat wat hij reeds ten dele had.⁸ Men vergelijkte in dit verband eveneens de systematiek van de (voormalige) Registratiewet 1917 en de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wbr), waarbinnen voor de vaststelling van de inhoud van de termen scheiding/verdeling het civielrechtelijke begrip leidend was/is.⁹ De Wet op belastingen van rechtsverkeer neemt tot uitgangspunt dat ‘hetgeen bij een verdeling wordt toegedeeld’, geacht wordt voor het geheel te zijn verkregen.¹⁰ Voor de vaststelling van de maatstaf van heffing wordt de waarde van de verkrijging vervolgens (in de regel) verminderd met de waarde van de deelgerechtigdheid van de verkrijger in de verdeelde goederen.¹¹

Uitgaande van het bovenstaande wijzen zowel de wettekst als de toelichting op de wettekst in de richting van het krachtens verdeling verkrijgen van het toegedeelde goed. Daarmee verkrijgt de deelgenoot krachtens verdeling ook hetgeen waartoe de deelgenoot reeds vóór verdeling en levering gerechtigd is.

Tegen een dergelijke benadering zijn ook bezwaren in te brengen. De voor verdeling vatbare gemeenschappen dienen immers – zo zagen we reeds eerder – als breukdelengemeenschappen te worden aangemerkt.¹² Bij dergelij-

7 L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

8 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167; Van Mourik & Schols 2015, nr. 36; Van der Grinten 1984, p. 144. Zie ook Van der Ploeg 1984, p. 285 e.v. inzake HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126 (*Schellens-Schellens II*) en HR 16 april 1982, NJ 1982, 580 (*Sanders-Sanders*). Anders: Zwolve 1984, p. 118; Van Hemel 1998, p. 298; Van Hemel 2014, p. 103 naar aanleiding van HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, NJ 2013, 490 m.nt. S. Perrick, alwaar de Hoge Raad in r.o. 3.5 overweegt dat er sprake is van het gehouden zijn bij verdeling een aandeel in de gemeenschap over te dragen. Annotator Perrick in zijn noot onder punt 4 beschouwt het gebruik van de begrippen ‘overdracht’ en ‘aandeel’ in dit verband als een dubbele ‘slip of the pen’ en kent aan de door de Hoge Raad gebezigde terminologie geen principiële betekenis toe.

9 Zie: HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559; *Kamerstukken II* 1969/70, 10 560, 3, p. 25 (MvT).

10 Art. 7 Wbr.

11 Art. 7 Wbr jo. art. 12 lid 1 Wbr. Op grond van art. 3 Wbr is echter van verkrijging uitgezonderd de verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap, waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtverkrijgende onder algemene titel. Vrijstellingen zijn opgenomen in art. 15 Wbr, alwaar – onder voorwaarden – lid 1 onder f vrijstelt de verkrijging krachtens verdeling of vereffening in bepaalde gevallen en lid 1 onder g vrijstelt de verkrijging krachtens verdeling van een gemeenschap tussen samenwoners.

12 Zie par. 2.3.

ke gemeenschappen brengen beginselen van goederenrecht met zich dat verkregen wordt hetgeen men niet heeft en niet (ook) hetgeen men reeds heeft. Uitgaande van het principe dat uitsluitend verkregen kan worden hetgeen men niet heeft, kan de vraag worden gesteld in hoeverre bij toetsing aan het verdelingsbegrip kan worden uitgegaan van een benadering waarbij onder het begrip 'verkrijgen' aanwas wordt verstaan.

Vooropgesteld moet worden dat het begrip 'verkrijgen' volgens het verdelingsbegrip zowel betrekking heeft op de een of meer deelgenoten die na verdeling en levering verkrijgen, als op de overige deelgenoten die van verkrijging zijn uitgesloten. In het geval 'verkrijgen' wordt beschouwd als aanwas dient het van verkrijging uitgesloten zijn te worden beschouwd als het ontbreken van aanwas; in het eerste geval vermeerderd de gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen na verdeling en levering, in het tweede geval vermindert deze gerechtigdheid of blijft deze gelijk. Biedt een dergelijke benadering van het begrip 'verkrijgen' een goede basis voor de vaststelling van verdeling? Bij een benadering van 'verkrijgen' in termen van aanwas is denkbaar dat een of meer deelgenoten hun gerechtigdheid in relatieve zin vergroten (aanwas), terwijl bij de overige deelgenoten de gerechtigdheid in relatieve zin vermindert of gelijk blijft (ontbreken van aanwas), zonder dat enige deelgenoot ophoudt deelgenoot te zijn. Van verdeling kan in dat geval geen sprake zijn; er treedt geen verminderde mate van onverdeeldheid op zodat aan de maatstaf voor verdeling niet wordt voldaan. Een uitleg van het begrip 'verkrijgen' in termen van aanwas geeft daarmee niet het juiste kader voor de vaststelling of sprake is van verdeling en moet derhalve worden afgewezen.

Met deze uitleg van het begrip 'verkrijgen' zoals bedoeld in het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW is niet het laatste woord gezegd over de reikwijdte van het begrip 'verkrijgen' krachtens verdeling in het algemeen. In de loop van dit hoofdstuk zal dit begrip aan nadere beschouwingen worden onderworpen.

6.3 DIFFERENTIATIE BINNEN HET BEGRIP 'VERKRIJGEN'

Voor de beantwoording van de vraag op welke wijze volgens de tekst van het verdelingsbegrip aan het begrip 'verkrijgen' invulling moet worden gegeven, lijkt op grond van het vorenstaande te moeten worden uitgegaan van een verkrijgingsbegrip dat aansluit bij de totale gerechtigdheid na verkrijging krachtens verdeling. Of met deze vaststelling het verkrijgingsbegrip als voldoende eenduidig kan worden beschouwd, moet nog worden gezien. Zo is bij de formulering van het wettelijke verdelingsbegrip niet alleen beoogd rechtshandelingen van verdeling in strikte zin als verdeling te kwalificeren, maar eveneens rechtshandelingen anders dan die van verdeling in strikte zin. De vraag kan worden gesteld in hoeverre de uitleg van het begrip 'verkrijgen' op de wijze als hierboven aangegeven consequenties heeft voor het als ver-

deling kunnen kwalificeren van andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin, zoals de rechtshandeling van koop.

Casus

A en B zijn gerechtigd tot een nalatenschap, ieder voor de onverdeelde helft. Bij onderlinge afspraak treedt A uit de gemeenschap tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid. B wordt na levering voor het geheel gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

Ik onderzoek of hier sprake kan zijn van een als verdeling aan te merken rechtshandeling, ervan uitgaande dat partijen beogen de nieuwe rechtstoestand te bereiken krachtens een rechtshandeling van verdeling in strikte zin respectievelijk een rechtshandeling van koop.

Deze casus lijkt een 'schoolvoorbeeld' te zijn van verdeling. Blijkens de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip wordt als een verdeling aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten medewerken en krachtens welke rechtshandeling een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. Bij toetsing aan het verdelingsbegrip kan worden geconstateerd dat in deze casus de beide tot de gemeenschap gerechtigde deelgenoten gezamenlijk meewerken aan de betreffende rechtshandeling. Deze gezamenlijke medewerking is een van de vereisten voor de totstandkoming van verdeling. Met betrekking tot het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg kan worden geconstateerd dat de tussen A en B gemaakte afspraak erop gericht is om B met uitsluiting van A krachtens deze afspraak gerechtigd te doen worden tot alle goederen van de gemeenschap. In zoverre wordt ook voldaan aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. In dit verband lijkt het geen verschil te maken of de tussen A en B gemaakte afspraak een verdeling in strikte zin betreft dan wel een koop die als verdeling wordt aangemerkt. Een nauwkeurige beschouwing van het verdelingsbegrip laat echter een discrepantie zien in de wijze waarop bij toetsing aan het verdelingsbegrip invulling moet worden gegeven aan de term 'verkrijgen'.

Indien de afspraak tussen A en B kwalificeert als een verdeling in strikte zin zal B na toepassing van de leveringshandeling het gehele goed verkrijgen. B verkrijgt daarmee ook hetgeen waartoe hij reeds gerechtigd was en niet alleen hetgeen waartoe hij niet gerechtigd was. Indien de afspraak tussen A en B kwalificeert als koop dan zal B enkel het aandeel van A verkrijgen en daarmee uitsluitend hetgeen waartoe hij niet gerechtigd was. Dit lijkt ook te volgen uit de eerste volzin indien we 'de koop AB' invoegen in het wettelijke verdelingsbegrip ter vervanging van 'iedere rechtshandeling':

'Als een verdeling wordt aangemerkt [de koop AB] (...) krachtens welke een of meer van [de deelgenoten] een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen.'

Indien de formulering van het wettelijke verdelingsbegrip wordt gevolgd, zal de koop AB pas dan als een verdeling worden aangemerkt indien *krachtens de koop* het voor verdeling vereiste rechtsgevolg wordt bereikt. Hoewel B enerzijds na koop en levering met uitsluiting van A gerechtigd zal zijn tot het gehele goed en de uitvoering van de rechtshandeling van koop in zoverre overeenstemt met het rechtsgevolg dat ook via verdeling en een daarop volgende levering wordt bereikt, moet anderzijds worden aangenomen dat – anders dan bij de verkrijging krachtens verdeling in strikte zin – na koop en levering niet het gehele goed krachtens die rechtshandeling wordt verkregen. B zal krachtens de tussen hem en A gesloten koop slechts voor de helft worden gerechtigd tot het gemeenschapsgoed waartoe hij krachtens erfrecht reeds voor de andere helft gerechtigd was. Een grammaticale interpretatie van het in de eerste volzin bepaalde zal derhalve voor de hier besproken casus tot consequentie hebben dat met de tussen A en B gesloten koop geen verdeling kan worden bereikt.

Op basis van het bovenstaande kan nu als volgt worden geconcludeerd. Zowel op grond van de wettekst als op grond van de toelichting bij de wettekst lijkt te moeten worden aangenomen dat voor verkrijging krachtens verdeling het (gehele) goed moet worden verkregen. Een dergelijke invulling van het begrip ‘verkrijgen’ is echter niet aan de orde bij een verkrijging krachtens koop en zal evenmin aan de orde zijn bij verkrijgingen krachtens andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Wordt voor rechtshandelingen anders dan die van verdeling in strikte zin een interpretatie van het verkrijgingsbegrip van art. 3:182 BW gehanteerd dat overeenstemt met hetgeen krachtens een verdeling in strikte zin wordt verkregen, dan komt aan de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip geen goede zin toe in zoverre daarmee bedoeld is daarvan een absorberende werking¹³ te laten uitgaan met betrekking tot de eerstbedoelde rechtshandelingen.

6.4 INTERPRETATIE VAN HET BEGRIP ‘VERKRIJGEN’

Op grond van het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat bij een grammaticale interpretatie van het begrip ‘verkrijgen’ een rechtshandeling anders dan die van verdeling in strikte zin, zoals koop, niet als verdeling kan worden aangemerkt, ook indien een dergelijke rechtshandeling naar de voor verdeling geldende maatstaf¹⁴ als verdeling zou hebben te gelden. Nu een grammaticale interpretatie van het verdelingsbegrip leidt tot een onware norm

13 Hiermee wordt bedoeld op de ‘aanzuigende werking’ van het verdelingsbegrip, doordat het verdelingsbegrip ook andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin als verdeling aanmerkt. Over het ‘absorberend effect’ van verdeling, zie ook Kleijn 1969, p. 14 e.v.

14 Zie par. 5.6.

in het kader van de vaststelling van hetgeen als rechtshandeling van verdeling moet worden aangemerkt, moet de vraag worden gesteld op welke wijze hierin kan worden voorzien.

Het optreden van de onware norm kan – uitgaande van het wettelijke verdelingsbegrip – worden vermeden door het hanteren van een alternatieve interpretatie van het wettelijke verdelingsbegrip. Deze alternatieve interpretatie zou tot uitgangspunt kunnen nemen dat de te toetsen rechtshandeling *in het kader van de toetsing aan de eerste volzin* (en uitsluitend in dat kader) reeds vóórafgaand aan de toetsing wordt beschouwd als was deze een verdeling. Dit in afwijking van de suggestie die uitgaat van de formulering van de eerste volzin op grond waarvan pas tot een aan een verdeling gelijk te stellen rechtshandeling kan worden geconcludeerd nadat aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg wordt voldaan. Op deze wijze kan bij de toetsing worden uitgegaan van het verkrijgingsbegrip zoals dat voor een verdeling in strikte zin door de wetgever is beoogd. De uitsluitend in het kader van de toetsing aan de eerste volzin vóóraf als verdeling te beschouwen rechtshandeling wordt pas rechtens als verdeling aangemerkt indien blijkt dat deze ná toetsing aan de eerste en tweede volzin als zodanig heeft te gelden.

De bovenstaande benadering heeft wel beschouwd niet uitsluitend betrekking op rechtshandelingen anders dan die van verdeling in strikte zin, maar ook op de verdeling in strikte zin zelf. Hoewel deelgenoten kunnen hebben beoogd een verdeling in strikte zin te zijn overeengekomen, kan deze rechtshandeling ook pas als ‘verdeling’ kwalificeren indien na toetsing aan het verdelingsbegrip een dergelijke kwalificatie daaruit volgt.

6.5 UITVOERING VAN KOOP TEvens VERDELING

Met de vaststelling op welke wijze krachtens verdeling en krachtens koop wordt verkregen is duidelijk geworden dat hetgeen wordt verkregen krachtens deze rechtshandelingen niet hetzelfde is: krachtens verdeling verkrijgt men ook hetgeen men reeds heeft, krachtens koop alleen hetgeen men niet heeft. Toch dient in het kader van de toetsing aan de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip voor beide rechtshandelingen te worden uitgegaan van het voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip. Dit voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip heeft gevolgen voor de wijze waarop en de mate waarin moet worden geleverd. Gesteld dat er sprake is van een als verdeling aan te merken rechtshandeling van koop, dient in dat geval eveneens overeenkomstig het voor verdeling geldende leveringsvoorschrift te worden geleverd ter uitvoering van de betreffende rechtshandeling?

Verdedigd kan worden dat indien de rechtshandeling van koop tevens als rechtshandeling van verdeling wordt aangemerkt de bijzondere voor verdeling geldende bepalingen van toepassing zijn. Denk bijvoorbeeld aan de toepassing van het bepaalde in art. 3:196 BW met betrekking tot de moge-

lijkheid van vernietiging wegens benadeling voor meer dan een kwart. Ditzelfde kan worden gezegd van het leveringsvoorschrift van art. 3:186 lid 1 BW. Uitgaande van dit voor verdeling geschreven leveringsvoorschrift moet worden aangenomen dat levering van het (gehele) goed dient plaats te vinden. Een dergelijke opvatting treffen we aan bij Van Mourik die, uitgaande van een koop tussen deelgenoten met betrekking tot een aandeel in een eenvoudige gemeenschap, bespreekt dat niet kan worden volstaan met een levering van het betreffende aandeel:

‘Privaatrechtelijk is (...) beslissend dat de tekst van art. 3:182 BW ertoe dwingt het gehele goed te leveren en niet de onverdeelde helft.’¹⁵

In afwijking van de opvatting dat in het geval van een als verdeling kwalificeerende koop het leveringsvoorschrift van verdeling moet worden gevolgd, wordt ook verdedigd dat volstaan kan worden met de levering van het betreffende aandeel in het goed overeenkomstig de regels van koop.¹⁶ Zo acht Perrick – anders dan voor verdeling in strikte zin¹⁷ – voor levering op grond van een als verdeling aan te merken koop de toepasselijkheid van art 3:186 lid 1 BW niet aanwezig:

‘De koopovereenkomst verplicht de verkopende deelgenoot tot overdracht van zijn aandeel aan de andere deelgenoot. De kopende deelgenoot wordt gerechtigd tot het gehele goed doordat de verkopende deelgenoot zijn aandeel aan hem levert. Volgens art. 3:96 BW geschiedt de levering van een aandeel in een goed op overeenkomstige wijze en met overeenkomstige gevolgen als is bepaald met betrekking tot de levering van dat goed. Ik zou niet willen aannemen dat het zojuist vermelde art. 3:186 lid 1 BW dan van toepassing is.’¹⁸

Bij de beantwoording van de vraag wat in deze rechtens is, moet in aanmerking worden genomen dat de wetgever heeft gemeend van het wettelijke verdelingsbegrip een absorberende werking te laten uitgaan. Deze absorberende werking houdt in dat ook andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin door het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling kunnen worden gekwalificeerd.¹⁹ Daarnaast geldt dat de wet voor iedere rechtshandeling die op grond van het wettelijk verdelingsbegrip als verdeling wordt aangemerkt de voor verdeling geschreven bepalingen van toepassing doet zijn. Op deze gronden ben ik van mening dat ook de uitvoering van een als verdeling aan

15 Van Mourik 2012, p. 41.

16 Van Hemel 2014, p. 103; HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, r.o. 3.5, NJ 2013, 490 m.nt. S. Perrick.

17 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167. Laat de lezer erop bedacht zijn dat Perrick een andere invulling van het begrip ‘verdeling’ voorstaat dan ondergetekende. Vergelijk Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 166 e.v.

18 Perrick in zijn noot onder HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, NJ 2013, 490 onder 4.

19 Zie ook Kleijn 1969, p. 14 e.v.

te merken koop dient plaats te vinden overeenkomstig het bepaalde in art. 3:186 lid 1 BW. Wordt in een dergelijke situatie niettemin geleverd ter uitvoering van koop (aandeel) in plaats van verdeling (goed), dan wordt aangenomen dat een gebrek in de levering kan worden geheeld via conversie in de zin van art. 3:42 BW.²⁰

6.6 DIFFERENTIATIE BINNEN TITEL 3.7 BW

Uit de wet moet worden afgeleid dat het bepaalde in de artikelen 3:182 en 3:186 BW betrekking heeft op alle soorten gemeenschappen. Dit houdt in dat zowel de eenvoudige als de bijzondere gemeenschappen mede overeenkomstig het bepaalde in deze artikelen dienen te worden verdeeld. De bijzondere gemeenschappen zoals de nalatenschap, de ontbonden huwelijksgemeenschap en de ontbonden vennootschappelijke gemeenschap laten zich echter onderscheiden van de eenvoudige gemeenschappen. De eerstbedoelde gemeenschappen kennen vanaf de aanvang een zogenaamd 'overgangskarakter'.²¹ Dit ligt anders bij de eenvoudige gemeenschappen. Deze gemeenschappen worden gekenmerkt door het vanaf de totstandkoming daarvan beogen van een gemeenschap voor kortere of langere duur. In dit kader dient de vraag te worden gesteld of voor eenvoudige gemeenschappen een voor de verdeling daarvan afwijkende regeling geldt ten opzichte van de bijzondere gemeenschappen.

Reeds onder oud recht wordt verdedigd dat de scheiding van eenvoudige gemeenschappen een translatief karakter heeft en geen terugwerkende kracht kent.²² Bij een translatieve scheiding is er sprake van overdracht van aandelen, terwijl het rechtsgevolg van scheiding intreedt vanaf de scheiding en niet vanaf het moment van het ontstaan van de onverdeeldheid.²³ Dit laatste houdt mede verband met de mogelijkheid voor een deelgenoot om over een aandeel in een (afzonderlijke zaak van de) zaaksgemeenschap bijna vrijelijk te kunnen beschikken.²⁴ Hierin onderscheidt de zaaksgemeenschap zich van de boedelgemeenschap. Bij de boedelgemeenschap staat het aandeel niet ter vrije beschikking aan de deelgenoot.²⁵

20 Van Mourik 2012, p. 41; Van Mourik 2018, p. 319. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 171.

21 Van Mourik 2012, p. 40; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66.

22 Vergelijk: Asser/Scholten 1927, p. 145; Klaassen/Eggens & Polak 1956, p. 567; Pitlo 1957, p. 292; Kleijn 1969, p. 130. Zie ook: Van Mourik & Schols 2015, nr. 66; Van Mourik 2018, p. 315. Onder oud recht wordt hetgeen thans als eenvoudige gemeenschap heeft te gelden wel aangeduid als vrije mede-eigendom. Vrije mede-eigendom moet worden onderscheiden van de zogenaamde gebonden mede-eigendom, zoals een onverdeelde nalatenschap.

23 Kleijn 1969, p. 98, 112.

24 Kleijn 1969, p. 98.

25 Kleijn 1969, p. 98.

Het in dezen onder oud recht gemaakte onderscheid kan ook naar huidig recht op sympathie rekenen.²⁶ Zo zijn Van Mourik en (F.) Schols van mening dat bij eenvoudige gemeenschappen een translatieve benadering passender is, omdat de voor onverdeelde nalatenschappen en de ontbonden gemeenschappen kenmerkende overgangstoestand zich bij eenvoudige gemeenschappen niet voordoet.²⁷ Hiervan uitgaande zou het bepaalde in art. 3:177 lid 1 BW aan de verdeling van eenvoudige gemeenschappen kunnen worden onthouden, evenals het bepaalde in art. 3:186 BW; het beschikken over een goed gedurende de onverdeeldheid zou kunnen worden gerespecteerd ongeacht de latere verkrijging door enige deelgenoot en in het kader van de levering kan worden volstaan met de levering van het voorwerp van beschikking – het aandeel in het goed – terwijl het verkregene wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder wordt verkregen.

Het rechtens aannemen van een dergelijke differentiatie wordt echter bemoeilijkt doordat noch de wet noch de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten geeft voor een dergelijk onderscheid. Om deze reden moet worden geconcludeerd dat het hierboven bedoelde onderscheid tussen eenvoudige en bijzondere gemeenschappen – hoezeer van een deugdelijke motivering te voorzien – een wettelijke grondslag ontbeert en derhalve niet kan worden aangenomen. Ook Van Mourik en (F.) Schols zijn overigens van opvatting dat de huidige wet voor dit onderscheid geen ruimte biedt.²⁸ Dit laatste geldt tevens voor Perrick.²⁹

6.7 OVERBEDELING EN ONDERBEDELING

De reikwijdte van het verkrijgen krachtens verdeling wordt onder meer bepaald door de mogelijkheid om meer of minder uit de gemeenschap te ontvangen dan waarop de gerechtigde op grond van zijn gerechtigdheid aanspraak zou kunnen maken. Naar huidig recht is de mogelijkheid van overbedeling wettelijk geregeld in art. 3:185 BW voor de verdeling met tussenkomst van de rechter. In lid 2 sub b van dat artikel wordt als een wijze van verdeling ge-

26 Van Mourik & Schols 2015, nr. 66. Zie ook: Van Mourik 2012, p. 40-41; Van Mourik 2018, p. 315-316, 318-319. Zie tevens HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, NJ 2013, 490 m.nt. S. Perrick, alwaar de Hoge Raad in r.o. 3.5 in het kader van de verdeling van een eenvoudige gemeenschap overweegt dat er sprake is van het bij verdeling gehouden zijn tot overdracht van een aandeel in de gemeenschap. Annotator Perrick in zijn noot onder 4 beschouwt het gebruik van de begrippen 'overdracht' en 'aandeel' in dit kader als een dubbele 'slip of the pen'. Noch de Hoge Raad noch Perrick gaat overigens in op het relateren van de gebezigde terminologie aan de verdeling van een eenvoudige gemeenschap.

27 Van Mourik 2012, p. 40-41; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66.

28 Van Mourik & Schols 2015, nr. 66. Van Mourik stelt een herziening van de wet voor, zie Van Mourik 2018, p. 319.

29 Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167 naar aanleiding van de verdeling van een eenvoudige gemeenschap in het voormelde arrest HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746.

noemd de overbedeling van een of meer deelgenoten tegen vergoeding van de overwaarde. Uit de mogelijkheid van overbedeling volgt tevens de mogelijkheid van onderbedeling. Deze mogelijkheden worden in de wet echter niet uitdrukkelijk voor de contractuele verdeling bepaald.

Het is Meijers die in zijn Ontwerp voor de verdeling bij onderlinge overeenstemming op dit punt nog een uitdrukkelijke voorziening had getroffen:

‘Wanneer een gemeenschappelijk goed moet worden verdeeld, kan dit geschieden door aan ieder der deelgenoten een deel daarvan toe te delen, door een of meer van hen tegen vergoeding van de overwaarde over te bedelen, of door een verkoop van het goed gevolgd door een verdeling van de opbrengst.’³⁰

Meijers merkt in zijn Toelichting op dat de drie vermelde wijzen van verdeling (evenredige verdeling, overbedeling tegen vergoeding van de overwaarde en verkoop tussen deelgenoten) ook onder oud recht reeds bekend zijn, al vermeldt hij ook dat de bedoelde mogelijkheid van overbedeling bij de verdeling van een gemeenschap anders dan een nalatenschap onder oud recht is betwist.³¹ In dit verband kan worden gewezen op het onder oud recht voor boedelscheiding geldende art. 1125 lid 2 OBW:

‘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 aandelen ter gelijkmaking moet uitbetaald worden [cursivering door mij, THS].’

De bepaling van Meijers omtrent de drie mogelijke wijzen van verdeling bij onderlinge overeenstemming heeft niet het stadium van de eindtekst gehaald. De reden hiervoor lijkt te liggen in een door de bepaling opgelegde beperking:

‘In de nieuwe redactie (...) is voorts tot uitdrukking gebracht dat de omgrenzing (...) van de mogelijke wijzen van verdeling alleen geldt, voor zover men niet tot overeenstemming kan komen. Bij onderlinge overeenstemming staat b.v. overbedeling zonder vergoeding der overwaarde (of tegen een prestatie in natura) vrij.’³²

Het niet handhaven van een regeling over de wijzen van verdeling voor de contractuele verdeling is derhalve gelegen in het niet willen beperken van de mogelijkheden daartoe. Waar in dit verband een uitdrukkelijke wettelijke regeling ontbreekt, moet niettemin op grond van het recht voor de contractuele

³⁰ Art. 3.7.1.14 lid 1 OM.

³¹ TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 617.

³² MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 619. Het verdient opmerking dat (thans) moet worden aangenomen dat de opsomming in art. 3:185 lid 2 BW niet uitputtend is, zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, r.o. 3.5. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 181; Van Mourik & Schols 2015, nr. 60; Breederveld 2008, p. 431.

verdeling de mogelijkheid van overbedeling – al dan niet tegen vergoeding van de overwaarde – worden aangenomen.³³ De redactie van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg volgens art. 3:182 BW omvat taalkundig gezien eveneens de mogelijkheid tot het aannemen van een dergelijke wijze van verdeling.

6.8 FINANCIËLE CONSEQUENTIES

In zijn arrest van 8 februari 2013 gaat de Hoge Raad in op de mogelijkheid van over- en onderbedeling in het kader van verdeling en de (eventueel) daarmee samenhangende financiële gevolgen.³⁴ Hij maakt in dat verband onderscheid tussen de verdeling in feitelijke en in juridische zin:

‘Het hof heeft echter ten onrechte overwogen dat in de enkele omstandigheid dat partijen (...) met wederzijdse instemming feitelijk hebben verdeeld, ligt besloten dat zij een verdeling als bedoeld in art. 3:182 BW zijn overeengekomen. Deze feitelijke verdeling met wederzijdse instemming impliceert immers niet zonder meer dat partijen het ook eens zijn geworden over de financiële consequenties die de verdeling van de goederen voor ieder van hen heeft (het ontstaan van vorderingen uit over- en onderbedeling).’³⁵

De Hoge Raad lijkt voor de verdeling van art. 3:182 BW het criterium aan te leggen dat naast overeenstemming over de feitelijke verdeling van de gemeenschapsgoederen ook overeenstemming dient te bestaan over de financiële gevolgen van een dergelijke verdeling alvorens tot een juridische verdeling – een verdeling als bedoeld in art. 3:182 BW – kan worden geconcludeerd. Een dergelijke benadering vertoont verwantschap met de strekking van art. 1125 lid 2 OBW voor het scheidingsbegrip en art. 3:185 lid 2 sub b BW voor de verdeling via de rechter. De door de Hoge Raad bedoelde financiële consequenties wegens over- en onderbedeling kunnen aldus beschouwd op een lijn worden gesteld met het in laatstbedoelde artikelen bepaalde omtrent respectievelijk de ‘geldsom ter gelijkmaking’ en de ‘vergoeding van de overwaarde’. Ter verduidelijking van dit criterium vult de Hoge Raad nog aan:

‘Ter voorkoming van misverstand wordt in dit verband opgemerkt dat uit HR 23 november 2007, LJN BB6176, NJ 2007/624 niet anders kan worden afgeleid, omdat in die zaak in hoger beroep niet langer de verdeling van de voormalige echtelijke woning aan de orde was, maar nog slechts de waardebepaling daarvan.’³⁶

33 Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 173; Van Mourik & Schols 2015, nr. 40.

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

35 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, r.o. 4.2.2.

36 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, r.o. 4.2.2.

Met de opmerking ‘ter voorkoming van misverstand’ lijkt de Raad echter een deel van de gegeven duidelijkheid terug te nemen als hij overweegt dat niet langer de – naar ik aanneem juridische – verdeling van een goed aan de orde is, maar nog slechts de waardebepaling van het in de verdeling betrokken goed. Annotator Verstappen merkt hierover op:

‘Het arrest uit 2007 en het onderhavige arrest zijn, mede gelet op overweging 4.2.2 van het onderhavige arrest, naar mijn mening moeilijk met elkaar in overeenstemming te brengen. De enige lezing waarmee beide arresten wel met elkaar in overeenstemming te brengen zouden zijn, is dat met ‘financiële consequenties’ van de verdeling enkel wordt bedoeld dat de deelgenoten het erover eens zijn dat nog een overbedelingsschuld/onderbedelingsvordering moet worden vastgesteld. In die lezing zou voor de verdeling in de zin van art. 3:182 BW zelfs geen waardering nodig zijn. Maar die lezing lijkt me niet in overeenstemming met het systeem van de wet.’³⁷

Verstappen doelt met zijn laatste opmerking op de vernietigingsactie van art. 3:196 BW betreffende dwaling in de waarde van het gemeenschappelijke goed en de vervaltermijn van art. 3:200 BW.³⁸ Aan deze wetsartikelen komt alleen goede zin toe indien bij de toepassing daarvan wordt uitgegaan van een (juridisch) verdelingsbegrip dat tevens overeenstemming over de waardering van de gemeenschapsgoederen en de hoogte van eventuele vorderingen uit over- en onderbedeling omvat.³⁹

Waar de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat, alvorens tot een juridische verdeling kan worden geconcludeerd, tussen deelgenoten ook overeenstemming moet bestaan over de financiële consequenties van de verdeling, vermeldt de Raad eveneens dat dit uitgangspunt uitzondering lijdt indien:

‘(...) aanvankelijk uitsluitend een feitelijke verdeling met wederzijdse instemming heeft plaatsgevonden, en protest in verband met de financiële consequenties daarvan uitblijft.’⁴⁰

Onder dergelijke omstandigheden mogen deelgenoten op grond van art. 3:35 BW er over en weer op vertrouwen dat ook in juridische zin met de verdeling is ingestemd.⁴¹

Gesteld kan worden dat de Hoge Raad met de bepaling, dat het voor een juridische verdeling van belang is dat partijen het eens zijn geworden over

37 Verstappen in zijn noot onder HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, onder 9.

38 Verstappen in zijn noot onder HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, onder 9.

39 Verstappen in zijn noot onder HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, onder 9.

40 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, r.o. 4.2.3.

41 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, r.o. 4.2.3.

de financiële consequenties daarvan, een buitenwettelijke norm voor de totstandkoming van verdeling heeft geformuleerd. In geval van opheffing van de onverdeeldheid in ieder goed van de gemeenschap betreft deze norm een financiële compensatie met middelen die niet tot de gemeenschap behoren. Zou dat anders zijn dan zou er geen grond voor compensatie bestaan omdat toedeling van goederen uit de gemeenschap in het hier bedoelde geval niet tot over- en onderbedeling zou leiden.

Voor de totstandkoming van een juridische verdeling dient derhalve rekening te worden gehouden met twee mogelijke soorten verkrijgingen. De eerste soort verkrijging heeft een wettelijke grondslag in de eerste volzin van art. 3:182 BW en heeft betrekking op de verkrijging van gemeenschapsgoederen. De tweede soort verkrijging betreft een in de jurisprudentie ontwikkelde aanvulling op de wettelijke totstandkomingseisen voor juridische verdeling. Deze tweede vorm houdt in dat overeenstemming moet bestaan over de financiële consequenties verbonden aan een niet-evenredige (feitelijke) verdeling en heeft in beginsel betrekking op het (al dan niet) verkrijgen van (een aanspraak op) niet tot de gemeenschap behorende goederen (contanten).

6.9 VERKRIJGEN EN MEDEWERKEN DOOR DEELGENOTEN

De hierboven geanalyseerde inhoud van het voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip heeft invloed op de wijze waarop door alle deelgenoten aan de rechtshandeling van verdeling medewerking moet worden verleend. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de reikwijdte van het begrip ‘medewerken’ in het kader van de medewerking door deelgenoten. In het bijzonder zal worden ingegaan op de vraag of onder medewerken het (enkel) verlenen van toestemming kan worden begrepen.⁴²

Casus

A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. In het kader van de door A beoogde uittreding biedt A zijn aandeel in de goederen van de gemeenschap aan aan de overige deelgenoten tegen betaling van de waarde in contanten. C verklaart geen belangstelling te hebben voor de uitbreiding van zijn belang, maar geen bezwaar te hebben tegen een uitbreiding van het belang door B. B verklaart het aandeel van A tegen betaling te willen overnemen. Nadat de hoogte van de vergoeding door A en B is bepaald, verklaren alle deelgenoten dat het geheel tot hun volkomen genoegen heeft plaatsgevonden.

⁴² In hoofdstuk 7 zal het voorschrift van de medewerking door deelgenoten nader worden uitgewerkt.

In hoeverre kan voor de hier geschetste casus worden aangenomen dat alle deelgenoten hun medewerking verlenen aan een rechtshandeling op de wijze zoals bedoeld in de eerste volzin van het verdelingsbegrip?

Uit de casus blijkt dat A, B en C toestemmen in het creëren van een nieuwe rechtsverhouding ten behoeve van een beoogde vermindering van de mate van onverdeeldheid. Ten gevolge daarvan ontstaat in elk geval een als koop te kwalificeren rechtshandeling – ook indien de deelgenoten deze niet aldus kwalificeren – vanwege het feit dat A zich jegens B verbindt aan hem zijn aandeel in de goederen van de gemeenschap te geven, terwijl B zich jegens A verbindt tot het betalen van een prijs in geld (art. 7:1 BW). De vraag is nu of niet tevens een rechtshandeling van verdeling kan worden aangenomen.

Op basis van de voor verdeling vereiste medewerking moet worden geconstateerd dat de rechtshandeling van koop als zodanig niet als verdeling kan worden aangemerkt nu daarbij slechts twee van de drie deelgenoten als partij zijn betrokken. Het enkele feit dat C toestemming verleent met betrekking tot de koop maakt hem geen partij bij de koop. In beginsel heeft het verlenen van een dergelijke toestemming in het kader van de koop zelfs geen rechtsgevolg.⁴³ De constatering dat de hier bedoelde koop *als zodanig* niet als verdeling kan worden aangemerkt, staat er echter niet aan in de weg dat toch tot verdeling kan worden geconcludeerd. Voor verdeling is vereist dat alle deelgenoten medewerken met een handeling die na levering tot gevolg heeft dat er een vermindering van de mate van onverdeeldheid optreedt. Indien alle deelgenoten instemmen met het bereiken van de voor verdeling vereiste verminderde mate van onverdeeldheid dan zijn zij allen betrokken bij een rechtshandeling ‘krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen’. Nu immers uit het vorenstaande is gebleken dat het begrip ‘verkrijgen’ in de zin van het verdelingsbegrip dient te worden opgevat als de verkrijging van ook hetgeen waartoe de deelgenoot reeds gerechtigd is, dient in deze casus voor zowel B als C te worden aangenomen dat zij ‘verkrijgen’ in de zin van de wet. Na effectuering van de betreffende rechtshandeling zullen zij beiden tot de goederen van de gemeenschap gerechtigd zijn en wel met uitsluiting van A ten gevolge van de uittreding door A. Aldus kan worden aangenomen dat er sprake is van een als verdeling aan te merken rechtshandeling.

Met deze constatering kan ook de vraag worden beantwoord of in het kader van verdeling onder ‘medewerken’ het verlenen van toestemming kan

43 Dit kan anders zijn indien bijvoorbeeld krachtens het bepaalde in art. 1:88 BW toestemming moet worden verleend. Het verlenen van een dergelijke toestemming doet overigens ook dan de toestemmende persoon niet als partij tot de overeenkomst toetreden noch heeft een dergelijke toestemming te gelden als voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de overeenkomst. Wel kan bij koop het verlenen van toestemming noodzakelijk zijn in het kader van levering. Zo kan een deelgenoot blijkens art. 3:190 lid 1 BW niet beschikken over zijn aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk zonder toestemming van de overige deelgenoten.

worden begrepen. Het verlenen van toestemming in termen van het akkoord gaan met een bepaalde handeling gaat in beginsel vooraf aan alle rechtshandelingen dus ook de rechtshandeling van verdeling. Het is het instemmen van alle deelgenoten met een bepaalde handeling in verband met het bereiken van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg waaruit de medewerking aan de als verdeling te kwalificeren rechtshandeling wordt aangenomen. Vergelijk in dit verband het onder oud recht voor boedelscheiding geldende art. 1125 lid 2 OBW:

‘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 door mij, THS].’

Aldus kan ook met het enkel verlenen van toestemming sprake zijn van de totstandkoming van een als verdeling aan te merken rechtshandeling waarbij alle deelgenoten partij zijn indien overigens aan de voor verdeling gestelde vereisten wordt voldaan.

6.10 DE RECHTSHANDELING ‘KRACHTENS WELKE’ WORDT VERKREGEN

Van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW gaat een absorberende werking uit. Niet alleen wordt de verdeling in strikte zin als verdeling aangemerkt, maar ‘iedere rechtshandeling’ waaraan alle deelgenoten medewerken en ‘krachtens welke’ het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg wordt bereikt. De consequenties van deze inrichting van het wettelijke verdelingsbegrip zullen worden gezien aan de hand van de volgende casus.

Casus

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

Bij toetsing aan het verdelingsbegrip en de daarin vervatte eisen voor medewerking en rechtsgevolg moet voor het geval de deelgenoten een verdeling in strikte zin zijn overeengekomen worden uitgegaan van het volgende. Alle deelgenoten werken mee aan een rechtshandeling krachtens welke een of meer van hen (B en C) een of meer goederen der gemeenschap (in casu alle goederen) met uitsluiting van de overige deelgenoten (A) verkrijgen. Ervan uitgaande dat krachtens verdeling gehele goederen worden verkregen, kan worden aangenomen dat aan het door de wet voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg wordt voldaan nu aan twee van de drie deelgenoten de gemeenschapsgoederen worden toegeedeeld, ieder voor de onverdeelde helft.

Wel dient voor de verkrijging van de goederen voor de bedoelde delen een levering plaats te vinden overeenkomstig het wettelijke leveringsvereiste.

Stel nu dat in afwijking van het bovenstaande de deelgenoten niet krachtens een verdeling in strikte zin maar krachtens koop beogen de nieuwe rechtstoestand te bereiken. Kan ook in een dergelijke situatie worden aangenomen dat er sprake is van verdeling?

Uitgaande van de rechtshandeling van koop is in deze casus niet sprake van één rechtshandeling maar van twee rechtshandelingen: de koop AB en de koop AC. Bij toetsing aan het verdelingsbegrip kwalificeert geen van de rechtshandelingen afzonderlijk als verdeling; voor geen van beide rechtshandelingen geldt dat alle deelgenoten daaraan medewerken. Evenmin is er sprake van het krachtens elk van deze rechtshandelingen bereiken van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. Heeft het feit dat de beide overeenkomsten van koop afzonderlijk geen verdeling opleveren daarmee tevens tot gevolg dat niet tot een verdeling kan worden geconcludeerd?

Het gegeven dat de deelgenoten niet uitdrukkelijk een verdeling in strikte zin zijn overeengekomen maar twee rechtshandelingen die afzonderlijk niet als verdeling kunnen kwalificeren, kan niet afdoen aan de opvatting dat zich in materiële zin een aan verdeling gelijk te stellen situatie voordoet. Dit resultaat kan echter alleen worden bereikt indien kan worden aangenomen dat eveneens tot een rechtshandeling van verdeling kan worden geconcludeerd zonder dat partijen een rechtshandeling zijn aangegaan die *als zodanig* als verdeling kwalificeert (hetzij een verdeling in strikte zin dan wel een rechtshandeling die een-op-een als verdeling is aan te merken), maar er sprake is van zodanig met elkaar samenhangende rechtshandelingen dat daarmee aan de materiële vereisten van het wettelijke verdelingsbegrip wordt voldaan.

Op grond van de maatstaf voor verdeling moet worden aangenomen dat als kenmerk voor (een verkrijging krachtens) verdeling geldt het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken. Indien deze maatstaf wordt toegepast op de hier behandelde casus dan kan niettemin – ondanks dat de rechtshandelingen van koop niet afzonderlijk als verdeling kwalificeren – tot verdeling worden geconcludeerd. Vereist is daarbij dat de betrokken deelgenoten de rechtshandelingen van koop zijn overeengekomen in het kader van de vermindering van de mate van onverdeeldheid en dat hun (aller) instemming met de rechtshandelingen daarop gericht is geweest. Zou dit laatste niet het geval zijn dan is er sprake van een dubbele koop en geen sprake van verdeling.

Het bovenstaande heeft tot consequentie dat bij de uitleg van het begrip ‘rechtshandeling’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip ervan moet worden uitgegaan dat een dergelijke rechtshandeling zich kan voordoen in de volgende gevallen:

- er is sprake van een rechtshandeling van verdeling die door de deelgenoten als zodanig is overeengekomen (verdeling in strikte zin);
- er is sprake van een door de deelgenoten overeengekomen rechtshandeling anders dan verdeling in strikte zin, welke rechtshandeling door de wet als verdeling wordt aangemerkt;
- er is sprake van een samenstel van rechtshandelingen, tot stand gekomen in het kader van de vermindering van de mate van onverdeeldheid, welke rechtshandelingen in samenhang gezien als één rechtshandeling van verdeling kunnen worden aangemerkt.

Met deze vaststelling van de reikwijdte van het begrip 'rechtshandeling' als bedoeld in het verdelingsbegrip, zal nu de reikwijdte van het voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip worden bepaald.

6.11 REIKWIJDTE VAN VERKRIJGEN IN HET KADER VAN VERDELING

Hierboven is geconstateerd dat voor de totstandkoming van een juridische verdeling met twee soorten verkrijgingen rekening gehouden dient te worden. De eerste soort verkrijging is neergelegd in de eerste volzin van art. 3:182 BW en heeft betrekking op de daar bedoelde verkrijging van goederen van de gemeenschap. De tweede soort verkrijging betreft het in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd indien overeenstemming bestaat over de financiële consequenties (gelijkmaking met niet-gemeenschappelijke contanten) wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin.

Ik ga nu nader in op de eerstbedoelde verkrijging. De vraag kan worden gesteld welke criteria een rol spelen bij de bepaling van de reikwijdte van het in art. 3:182 BW opgenomen verkrijgingsbegrip. Ik zal deze vraag trachten te beantwoorden aan de hand van de volgende casus.

Casus

A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak worden een of meer deelgenoten uitgeboedeld tegen geldelijke vergoeding van de waarde van hun gerechtigdheid. We onderscheiden de volgende situaties:

1. A, B en C komen overeen dat na effectuering van de overeenkomst C voor het geheel gerechtigd zal zijn tot de gemeenschapsgoederen.
2. A, B en C komen overeen dat na effectuering van de overeenkomst B en C ieder voor de helft gerechtigd zullen zijn tot de gemeenschapsgoederen.
3. A, B en C komen overeen dat na effectuering van de overeenkomst B voor twee derde gedeelte en C voor een derde gedeelte tot de gemeenschapsgoederen gerechtigd zullen zijn.

4. A, B en C komen overeen dat na effectuering van de overeenkomst B voor vijf zesde gedeelte en C voor een zesde gedeelte tot de gemeenschapsgoederen gerechtigd zullen zijn.

Uitgaande van de maatstaf voor verdeling en het voor verkrijging krachtens verdeling geldende verkrijgingsbegrip moet worden aangenomen dat de afspraak tussen de deelgenoten in de situaties onder 1, 2 en 3 het karakter draagt van een verdeling. Alle deelgenoten werken immers mee aan de voor verkrijging krachtens verdeling kenmerkende verminderde mate van onverdeeldheid doordat een of meer van hen een of meer goederen van de gemeenschap 'verkrijgen' met uitsluiting van de overige deelgenoten.⁴⁴ Daarnaast zal na levering het voor verdeling vereiste rechtsgevolg optreden 'krachtens' de tussen deelgenoten gemaakte afspraak, hetgeen op grond van het verdeelingsbegrip wordt vereist.⁴⁵

In de situatie onder 4 ligt dit anders. Aan de voor verkrijging krachtens verdeling vereiste verminderde mate van onverdeeldheid lijkt te worden voldaan nu A ophoudt tot de gemeenschap gerechtigd te zijn en B en C als deelgenoten overblijven. Nu B en C als deelgenoten overblijven kan worden gesteld dat zij 'verkrijgen' op de wijze zoals bedoeld in het wettelijke verdeelingsbegrip. In het wettelijke verdeelingsbegrip dient het begrip 'verkrijgen' immers in die zin te worden uitgelegd dat krachtens verdeling eveneens wordt verkregen hetgeen waartoe men voorafgaand aan de verdeling en levering reeds gerechtigd is.⁴⁶ De vraag kan echter worden gesteld of krachtens verdeling iedere denkbare wijziging in de gerechtigdheid van de overblijvende deelgenoten kan worden bewerkt ongeacht de grootte van de gerechtigdheid van de uittredende deelgenoot. Ik meen dat deze vraag in ontkennende zin beantwoord moet worden. Aangezien enkel de rechtshandeling krachtens welke een uittredende deelgenoot ophoudt deelgenoot te zijn als verdeling kan worden aangemerkt, dient mijns inziens te worden aangenomen dat er een causaal verband bestaat tussen de grootte van de gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen van degene die ophoudt deelgenoot te zijn en de mate waarin die mate van gerechtigdheid toekomt aan de niet-uittredende deelgenoten. Gelet op de situatie onder 3 en hetgeen ik daaromtrent eerder heb uiteengezet,⁴⁷ kan worden aangenomen dat krachtens verdeling bij de resterende deelgenoten in totaliteit een 'aanwas' dient plaats te vinden gelijk aan de grootte van de gerechtigdheid van de uittredende deelgenoot, waarbij de 'aanwas' bij elk van de overblijvende deelgenoten in verband met de uittreding van de andere deelgenoot minimaal bedraagt nul en maximaal bedraagt het

44 Zie par. 6.2, 6.3 en 6.9.

45 Zie par. 6.2.

46 Zie par. 6.2. e.v.

47 Zie par. 6.9.

breukdeel waartoe de uittredende deelgenoot tot het gemeenschapsgoed gerechtigd was.⁴⁸

Gelet op het bovenstaande dient dan ook te worden aangenomen dat de situatie als bedoeld onder 3 als 'grensgeval' moet worden aangemerkt met betrekking tot de mogelijkheid om krachtens verdeling tot het gewenste rechtsgevolg te komen. Met betrekking tot de situatie als bedoeld onder 4 moet worden aangenomen dat de daarin bedoelde eindtoestand niet (uitsluitend) via de rechtshandeling van verdeling kan worden bereikt. Alleen de rechtshandeling ten gevolge waarvan A ophoudt deelgenoot te zijn kan als verdeling worden aangemerkt. Afhankelijk van de mate waarin krachtens verdeling door B en C zal worden verkregen, zal op grond van een afzonderlijke tussen B en C gemaakte afspraak nog een zodanige verschuiving van gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen dienen plaats te vinden dat C na effectuering daarvan nog slechts tot een zesde gedeelte gerechtigd zal zijn. Daar in het laatste geval uitsluitend een wijziging van breukdelen optreedt, wordt aan een verkrijging krachtens verdeling niet toegekomen. De verkrijging zou in dat geval bijvoorbeeld kunnen plaatsvinden ten titel van koop (met tegenprestatie) dan wel schenking (zonder tegenprestatie).

Geconcludeerd kan worden dat de reikwijdte van de mogelijkheid om krachtens verdeling te verkrijgen wordt bepaald door een cumulatie van twee criteria:

- Het criterium van de reikwijdte van het begrip 'verkrijgen' zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip. Overeenkomstig dit criterium dient te worden aangenomen dat bij de uitleg van het begrip 'verkrijgen' in het kader van verdeling het gehele goed als object van de rechtshandeling in aanmerking genomen moet worden. De deelgenoot die krachtens verdeling verkrijgt, verkrijgt derhalve ook hetgeen waartoe hij reeds gerechtigd was.⁴⁹
- Het criterium van de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken. Met dit criterium wordt bedoeld op de omvang van het 'vrijvallende' aandeel in een of meer goederen van de gemeenschap wegens de uittreding van een deelgenoot. De verkrijging krachtens verdeling van een of meer goederen van de gemeenschap dient derhalve plaats te vinden ten gevolge van de uittreding van ten minste een deelgenoot, waarna het aan de uittredende deelgenoot toebehorende aandeel zal gaan behoren tot de gerechtigdheid van (een of meer van) de overblijvende deelgenoten overeenkomstig de mogelijkheid om over een dergelijk aandeel te beschikken.

Is er sprake van 'verkrijgen' volgens het eerste criterium, maar is deze verkrijging niet in zijn geheel gerelateerd aan de uittreding van een deelgenoot dan

⁴⁸ Zie par. 6.9, 6.13, casuspositie II.

⁴⁹ Zie par. 6.2.

wordt alleen in de mate waarin dit wel het geval is verdeling aangenomen en komt voor het overige deel geen verdeling tot stand (situatie 4).

De reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling wordt aldus bepaald door enerzijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip⁵⁰ en anderzijds door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken. Dit laatste criterium is niet uitdrukkelijk in het wettelijke verdelingsbegrip opgenomen, maar kan op grond van het bovenstaande worden aangenomen.

Het is de cumulatie van de hier vermelde criteria die leidt tot de juiste afbakening van de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling. Voor de toepassing van het bepaalde in art. 3:182 BW, uitgaande van het *gehele* gemeenschapsgoed als object van verdeling,⁵¹ dient derhalve te worden aangenomen dat het kader voor de verkrijging krachtens verdeling door een of meer verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door minimaal de verkrijging ter grootte van de gerechtigdheid tot de goederen van de gemeenschap voorafgaand aan verdeling en levering (situatie 3) en maximaal de verkrijging van het gehele goed (situatie 1). Daarmee voldoet ook iedere verkrijging binnen deze grenzen aan dit criterium (situatie 2).

6.12 DE OPVATTING VAN KLEIJN

Bij de bepaling van de reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling kunnen we niet om ‘De boedelscheiding’ van Kleijn heen. In deze door Schoordijk als ‘bijbel voor de boedelscheiding’⁵² aangeduide dissertatie werkt Kleijn een eigen opvatting uit over de voor verdeling geldende eisen. Hij doet dit op basis van het verdelingsbegrip zoals dat destijds geformuleerd was in art. 3.7.1.11 Ontwerp Meijers:

‘Als een verdeling wordt beschouwd iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon hetzij vertegenwoordigd, medewerken, en waardoor een of meer van hen een of meer van de goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten ve[r]krijgen.’⁵³

Daar de redactie van art. 3.7.1.11 Ontwerp Meijers in materiële zin dezelfde eisen stelt aan verdeling als de eerste volzin van art. 3:182 BW, rechtvaardigt dit een nadere beschouwing van Kleijns opvattingen. Kleijn behandelt in het hier genoemde kader de – in zijn bewoordingen – objectieve en subjectieve

⁵⁰ Zie par. 6.2 e.v.

⁵¹ Zie par. 6.2.

⁵² Schoordijk 1983, p. 101, onder de toevoeging dat Kleijns dissertatie ook na invoering van het NBW haar betekenis ten volle behoudt.

⁵³ OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

eisen voor verdeling.⁵⁴ De objectieve eisen hebben betrekking op het (gehele) gemeenschapsgoed als object van verdeling, terwijl de subjectieve eisen zien op de voor verdeling vereiste medewerking door alle deelgenoten.⁵⁵ Ik behandel de opvatting van Kleijn aan de hand van enkele door hem gebruikte casusposities naar aanleiding waarvan hij ingaat op de vraag wanneer er sprake is van 'verkrijgen' en 'medewerken' in de zin van het hierboven geciiteerde verdelingsbegrip.

Stel dat A, B en C zijn gerechtigd tot een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak treedt B uit de gemeenschap. B draagt aan A zijn aandeel over met formele medewerking of toestemming van C. A wordt voor twee derde gedeelte gerechtigd tot de gemeenschap, terwijl de gerechtigdheid van C ongewijzigd blijft.⁵⁶ Kleijn werkt deze casus als volgt uit:

'In de negatieve formulering is dit objectief gezien een scheiding, aangezien B's band met het gemeenschappelijk goed is verbroken. In de positieve omschrijving kan men twifelen; uitgaande van de tekst van NBW 3.7.1.11 moet er sprake zijn van verkrijging van een goed der gemeenschap door een of meer deelgenoten met uitsluiting van de overigen. Deze verkrijging moet geschieden *dóór* de verdeling. Welnu, C krijgt niets, hij houdt wat hij had. Zo gezien is deze handeling van C geen scheiding. Ook ten opzichte van A en B niet, aangezien het object der handeling niet is de gemeenschap, maar 2/3 gedeelte daarvan.'⁵⁷

Kleijn betoogt dat het er bij verdeling op neer komt dat het object van de handeling het gemeenschappelijke goed moet zijn en dat dit niet het geval is indien de gemeenschap ten opzichte van een deelgenoot wordt verbroken zonder dat dit gepaard gaat met een verkrijging in termen van aanwas door de andere deelgenoten ten gevolge daarvan. Kleijn:

'Zo sluit zich de cirkel: eerst dán is er sprake van scheiding als het object is het gemeenschappelijke goed zelf, zoals Meijers heeft gesteld. (...) Concluderend kan gezegd worden, dat de uittreding van één of meer deelgenoten tot gevolg moet hebben, dat de positie van alle overige deelgenoten verandert. Dit kan geschieden door eenvoudige automatische aanwas: B treedt uit, A en C krijgen ieder de 1/2, maar ook door geleide aanwas: A krijgt 5/9, C 4/9. Gaat deze geleiding zover dat een deelgenoot niet in de aanwas deelt, dan is er geen sprake meer van uittreding ten bate van de gemeenschap, maar ten bate van een of meer bepaalde deelgenoten en is er overdracht.'⁵⁸

54 Kleijn 1969, p. 5 e.v.

55 Kleijn 1969, p. 5 e.v.

56 Kleijn 1969, p. 8.

57 Kleijn 1969, p. 8.

58 Kleijn 1969, p. 8, 9.

Kleijn lijkt in eerste instantie te betogen dat het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in het verdelingsbegrip dient te worden opgevat als een verkrijging in termen van aanwas. Dit blijkt uit zijn hierboven gegeven toelichting:

‘(...) uitgaande van de tekst van NBW 3.7.1.11 moet er sprake zijn van verkrijging van een goed der gemeenschap door een of meer deelgenoten met uitsluiting van de overigen. Deze verkrijging moet geschieden *dóór* de verdeling [cursivering bij Kleijn, THS]. Welnu, *C krijgt niets, hij houdt wat hij had* [cursivering door mij, THS].’⁵⁹

Het enkel gerechtigd blijven tot de goederen van de gemeenschap (hier: door C) volstaat naar het oordeel van Kleijn niet. In het kader van verdeling dienen alle niet-uittreedende deelgenoten hun (deel)gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen te vergroten en wel ten gevolge van de uittreding van de overige deelgenoten.

Opvallend is dat Kleijn even later een terminologie hanteert op grond waarvan aangenomen zou kunnen worden dat hij onder ‘verkrijgen’ verstaat de mate waarin de deelgenoten na verdeling en levering tot de gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd. Ik verwijs wederom naar een eerder vermelde passage:

‘Concluderend kan gezegd worden, dat de uittreding van één of meer deelgenoten tot gevolg moet hebben, dat de positie van alle overige deelgenoten verandert. Dit kan geschieden door eenvoudige automatische aanwas: B treedt uit, A en C *krijgen* ieder de 1/2, maar ook door geleide aanwas: A *krijgt* 5/9, C 4/9 [cursivering door mij, THS].’⁶⁰

Waar Kleijn enerzijds het ‘verkrijgen’ krachtens verdeling rechtstreeks koppelt aan de mate waarin bij de niet-uittreedende deelgenoten aanwas zal optreden, lijkt hij anderzijds het ‘verkrijgen’ krachtens verdeling gelijk te stellen met de grootte van de (deel)gerechtigdheid waarmee de niet-uittreedende deelgenoten na verdeling en levering tot de gemeenschapsgoederen zullen zijn gerechtigd. Dit roept de vraag op waarop Kleijn zijn aanname baseert dat als voorwaarde voor een verkrijging krachtens verdeling tevens aanwas moet plaatsvinden. Neemt hij dit aan op de grond dat volgens hem binnen het verdelingsbegrip ‘verkrijgen’ als aanwas moet worden begrepen of baseert hij dit op de aan Meijers ontleende opvatting dat scheiding het (gehele) gemeenschapsgoed tot object heeft? Mede gelet op zijn eigen ‘definitie’ van verdeling meen ik dat Kleijn dit laatste voor ogen heeft gehad:

‘Scheiding is iedere overeenkomst tussen alle deelgenoten in een gemeenschap, waarbij de uittreding van ten minste één deelgenoot ten opzichte van één of meer goederen der gemeenschap tot gevolg heeft, dat de overige deelgenoten gezamenlijk

⁵⁹ Kleijn 1969, p. 8.

⁶⁰ Kleijn 1969, p. 9.

dit goed (deze goederen) verkrijgen of de enige overige deelgenoot dit goed (deze goederen) geheel verkrijgt.⁶¹

Ik neem aan dat Kleijn van mening is dat voor verkrijging krachtens verdeling een cumulatie dient plaats te vinden van een tweetal vereisten. Het eerste vereiste houdt in dat onder 'verkrijgen' moet worden begrepen het na verdeling en levering gerechtigd zijn tot de (voormalige) gemeenschapsgoederen, terwijl het tweede vereiste erop ziet dat de uittreding van een of meer deelgenoten gepaard moet gaan met aanwas ten behoeve van alle overige (hier: alle verkrijgende) deelgenoten.⁶²

6.13 CASUSPOSITIES

Na de bovenstaande uiteenzetting over de inhoud en reikwijdte van de begrippen 'verkrijgen' en 'medewerken' in het kader van verdeling zal ik nu overgaan tot de behandeling van enige casusposities. De casusposities zijn grotendeels vergelijkbaar met de verschillende casus die eerder in dit hoofdstuk aan de orde zijn gesteld. Bij de behandeling van de casusposities staat centraal de vraag in hoeverre de betreffende rechtshandeling als verdeling kan worden aangemerkt, uitgaande van een rechtshandeling van verdeling in strikte zin dan wel een rechtshandeling van koop. Vanwege de in dit hoofdstuk gelegde focus op het voor de verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg zal uitsluitend worden getoetst aan de eerste volzin van het wettelijke verdeelingsbegrip. Toetsing aan de tweede volzin zal derhalve achterwege blijven.

De bespreking van de verschillende casus zal plaatsvinden aan de hand van het theoretisch kader zoals hierboven uiteengezet, waarbij tevens aandacht zal zijn voor tegengestelde meningen. Ik zal voor wat betreft mijn eigen opvattingen gebruik maken van deelconclusies over reeds behandelde onderwerpen.

I. *AB à 1/2 naar B 1/1*⁶³

Casus: A en B zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor de onverdeelde helft. Bij onderlinge afspraak treedt A uit de gemeenschap tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid. B wordt na levering voor het geheel gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap. *Uitwerking:* In deze casus is sprake van het medewerken van alle deelgenoten (A en B) aan een rechtshandeling krachtens welke een van hen (B) alle goederen van de gemeenschap verkrijgt met uitzondering van de andere deelgenoot

61 Kleijn 1969, p. 9.

62 Kleijn 1969, p. 9.

63 Zie par. 6.3 voor de behandeling van dezelfde casus.

(A). Zowel in het geval dat A en B een verdeling in strikte zin overeenkomen dan wel een verdeling anders dan in strikte zin, zoals koop, wordt aan de eerste volzin van art. 3:182 BW voldaan. Een dergelijke (eind)conclusie wordt voor deze casus algemeen aanvaard.⁶⁴

II. *ABC à 1/3 naar B 2/3, C 1/3*⁶⁵

Casus: 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 gerechtigdheid. Na levering wordt B voor twee derde gedeelte en C voor een derde gedeelte gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

Uitwerking: Om vast te stellen dat een rechtshandeling als verdeling kan worden aangemerkt is bepalend dat gedragingen van deelgenoten in materiële zin overeenstemmen met het bepaalde in de eerste volzin van het verdelingsbegrip. Ten gevolge van deze gedragingen dient een verminderde mate van onverdeeldheid op te treden.⁶⁶ Dit moet worden bereikt door de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken.⁶⁷ Deze benadering stemt zowel overeen met het door de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 1951 (negatief) geformuleerde criterium voor scheiding, als met het door de wetgever (positief) geformuleerde criterium in het verdelingsbegrip.⁶⁸

Met betrekking tot het begrip ‘verkrijgen’ wijzen zowel de wettekst als de toelichting op de wettekst in de richting van het krachtens verdeling verkrijgen van het toegedeelde goed.⁶⁹ Daarmee verkrijgt de krachtens verdeling verkrijgende deelgenoot ook hetgeen waartoe hij reeds vóór verdeling en levering gerechtigd is. Daarbij wordt de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling mede begrensd door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken.⁷⁰ Met betrekking tot het begrip ‘medewerken’ moet worden aangenomen dat in het kader van verdeling daaronder tevens het enkel verlenen van toestemming kan worden begrepen.⁷¹

Op grond van het bovenstaande constateer ik dat in deze casus sprake is van het medewerken van alle deelgenoten (A, B en C) aan een rechtshande-

64 Vergelijk: Van Mourik & Schols 2015, nr. 37; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 171 en de hiervoor in par. 5.4 vermelde definities van scheiding en verdeling.

65 Zie par. 6.9 voor de behandeling van dezelfde casus. Zie ook par. 6.11.

66 Zie par. 5.6.

67 Zie par. 5.6.

68 Zie par. 5.6.

69 Zie par. 6.2-6.4, 6.11.

70 Zie par. 6.11.

71 Zie par. 6.9.

ling krachtens welke twee van hen (B en C) alle goederen van de gemeenschap verkrijgen – B voor twee derde en C voor een derde – met uitzondering van de andere deelgenoot (A). Naar mijn mening dient zowel in het geval dat alle deelgenoten een verdeling in strikte zin overeenkomen als in het geval dat alle deelgenoten een verdeling anders dan in strikte zin (zoals een koop) overeenkomen, op grond van de eerste volzin van art. 3:182 BW verdeling te worden aangenomen, mits de rechtshandelingen tot stand zijn gekomen met de bedoeling daarmee een vermindering van de mate van onverdeeldheid te bereiken waartoe allen hebben ingestemd.

In de literatuur behandelt Van der Ploeg een soortgelijke casus in Asser/Meijers/Van der Ploeg naar oud recht.⁷² Nu met de invoering van het wettelijke verdelingsbegrip geen inhoudelijke afwijking is beoogd van het onder oud recht geldende (buitenwettelijke) scheidingsbegrip, is zijn uitwerking hier relevant.⁷³ Van der Ploeg komt, zich mede baserend op het door de Hoge Raad geformuleerde scheidingsbegrip, tot de conclusie dat ook indien de scheiding ten aanzien van een erfgenaam geen wijziging brengt in zijn aandeel, de handeling een scheiding is, mits alle erfgenamen medewerken.⁷⁴

Tot een vergelijkbare uitkomst komt de ‘Cursus Belastingrecht’ bij de behandeling van het begrip ‘verdeling’ in de Wet op belastingen van rechtsverkeer.⁷⁵ Daarin wordt geconstateerd dat voor verdeling niet is vereist dat het aandeel van degene die ophoudt deelgenoot te zijn, moet toekomen aan de ‘blijvende’ deelgenoten gezamenlijk.⁷⁶

Kleijn stelt zich op een ander standpunt.⁷⁷ Kleijn laat voor het aannemen van een verkrijging krachtens verdeling twee eisen cumuleren.⁷⁸ Volgens de eerste eis moet onder ‘verkrijgen’ worden begrepen het na verdeling en levering gerechtigd zijn tot de (voormalige) gemeenschapsgoederen. Volgens de tweede eis dient de uittreding van een of meer deelgenoten samen te gaan met aanwas ten behoeve van alle overige deelgenoten.⁷⁹ Een dergelijke opvatting heeft voor de onderhavige casus tot consequentie dat niet tot verdeling kan worden geconcludeerd, enkel tot overdracht.⁸⁰ ‘Alleen in de opvatting dat goedkeuring of medewerking in formele zin van C voldoende is, is hier sprake van een scheiding’, aldus Kleijn.⁸¹

Schoordijk behandelt een soortgelijke casus in zijn studie van de (destijds nog in te voeren) gemeenschapstitel van het NBW. Hij doet dit onder verwijzing

72 Asser/Meijers/Van der Ploeg 1967, p. 327.

73 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

74 Asser/Meijers/Van der Ploeg 1967, p. 327.

75 Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.7.B.a.

76 Gassler e.a. 2018, nr. 2.1.7.B.a.

77 Kleijn 1969, p. 8.

78 Zie par. 6.12.

79 Kleijn 1969, p. 9.

80 Kleijn 1969, p. 8, 11.

81 Kleijn 1969, p. 11.

naar de dissertatie van Kleijn en neemt het standpunt in dat Kleijn terecht aanneemt dat in dit geval niet van boedelscheiding (lees: verdeling), maar alleen van overdracht kan worden gesproken.⁸²

In de laatste drukken van de monografieën over gemeenschap van de hand van Perrick respectievelijk Van Mourik en (F.) Schols tref ik geen behandeling aan van een casus zoals hier aan de orde gesteld.

III. $ABC \text{ à } 1/3 \text{ naar } BC \text{ à } 1/2$ ⁸³

Casus: 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 gerechtigdheid. Na levering worden B en C ieder voor de helft gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

Uitwerking: Uitgaande van een verdeling in strikte zin geldt dat alle deelgenoten meewerken aan een rechtshandeling krachtens welke een of meer van hen (B en C) een of meer goederen van de gemeenschap (in casu alle goederen) met uitsluiting van de overige deelgenoten (A) verkrijgen.

Uitgaande van de rechtshandeling van koop is in deze casus niet sprake van één rechtshandeling maar van twee rechtshandelingen: de koop AB en de koop AC. Bij toetsing aan het verdeelingsbegrip kwalificeert geen van de rechtshandelingen afzonderlijk als verdeling; voor geen van beide rechtshandelingen geldt dat alle deelgenoten daaraan medewerken. Evenmin is er sprake van het krachtens elk van deze rechtshandelingen bereiken van het vereiste rechtsgevolg. Indien echter de maatstaf voor verdeling wordt toegepast op de hier behandelde casus dan kan niettemin tot verdeling worden geconcludeerd indien wordt voldaan aan het vereiste dat de betrokken deelgenoten de rechtshandelingen van koop zijn overeengekomen in het kader van de vermindering van de mate van onverdeeldheid en dat hun aller instemming met de rechtshandelingen daarop gericht is geweest.⁸⁴ Zou dit laatste niet het geval zijn dan is er sprake van een dubbele koop en geen sprake van verdeling.⁸⁵

IV. $ABC \text{ à } 1/3 \text{ naar } B \text{ } 5/6, C \text{ } 1/6$ ⁸⁶

Casus: 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

⁸² Schoordijk 1983, p. 101.

⁸³ Zie par. 6.10 voor de behandeling van dezelfde casus.

⁸⁴ Zie par. 6.10. Vergelijk: Kleijn 1969, p. 8, 11 met voorbeelden en de constatering dat er sprake is van scheiding in alle definities (p. 8); Van Mourik & Schols 2015, nr. 37.

⁸⁵ Zie par. 6.10.

⁸⁶ Zie par. 6.11, situatie 4 voor de behandeling van dezelfde casus.

tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid. Na levering wordt B voor vijf zesde gedeelte en C voor een zesde gedeelte gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

Uitwerking: Op grond van de hiervoor gemaakte analyse van de reikwijdte van de mogelijkheid om krachtens verdeling te 'verkrijgen' moet worden aangenomen dat deze reikwijdte wordt bepaald door een tweetal criteria. Het eerste criterium betreft de reikwijdte van het begrip 'verkrijgen' zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.⁸⁷ Het tweede criterium betreft de mate waarin het 'vrijvallende' aandeel in een of meer goederen van de gemeenschap ten gevolge van de uittreding van (een of meer) deelgenoten kan toekomen aan de overige (een of meer) deelgenoten.⁸⁸ Toegepast op deze casus heeft het vorenstaande tot gevolg dat de reikwijdte waarbinnen de deelgenoten B en C krachtens verdeling kunnen verkrijgen wordt bepaald door de grootte van hun gerechtigdheid vóór de verkrijging krachtens verdeling (als ondergrens) en de grootte van hun gerechtigdheid voorafgaand aan de verkrijging krachtens verdeling vermeerderd met de grootte van het aandeel van de uittredende deelgenoot A (als bovengrens). Bezien we de gerechtigdheid van C na verdeling en levering dan kan worden geconstateerd dat deze niet valt in het voor verkrijging krachtens verdeling aangegeven kader. De eindtoestand in de hier bedoelde situatie kan derhalve alleen worden bereikt door een samenstel van rechtshandelingen. Daarbij kan alleen de rechtshandeling ten gevolge waarvan A ophoudt deelgenoot te zijn als verdeling worden aangemerkt (hetzij via een verdeling in strikte zin dan wel via koop). Daarvoor is wel vereist dat deze met aller instemming tot stand is gekomen. De afzonderlijke afspraak tussen B en C ingevolge waarvan enkel ieders gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen zal wijzigen zonder dat de mate van onverdeeldheid wordt verminderd, kan op die grond niet als verdeling worden aangemerkt.

In zijn dissertatie maakt Kleijn eveneens melding van een soortgelijke casus. Hij werkt deze (summier) uit en gaat uit van twee afzonderlijke overdrachten, waarin hij geen scheiding (verdeling) ziet.⁸⁹ Gelet op zijn opvatting dat de uittreding van een deelgenoot gepaard moet gaan met aanwas ten behoeve van alle overige (verkrijgende) deelgenoten,⁹⁰ zal Kleijn de mogelijkheid van het als verdeling aanmerken van de rechtshandeling krachtens welke A ophoudt deelgenoot te zijn, niet kunnen onderschrijven.

In de laatste drukken van de monografieën over gemeenschap van de hand van Perrick respectievelijk Van Mourik en (F.) Schols tref ik geen behandeling aan van een casus zoals hier aan de orde gesteld.

⁸⁷ Zie par. 6.2-6.4, 6.11.

⁸⁸ Zie par. 6.11.

⁸⁹ Kleijn 1969, p. 8.

⁹⁰ Kleijn 1969, p. 9. Zie ook par. 6.12 voor de bespreking van zijn opvatting.

- V. $ABC \dot{=} 1/3$ (3 zaken) naar $A \dot{=} 1/1$ (zaak 1), $B \dot{=} 1/1$ (zaak 2), $AB \dot{=} 1/6$, $C \dot{=} 4/6$ (zaak 3)

Casus: A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De gemeenschap bestaat uit drie zaken (1 t/m 3). Bij onderlinge afspraak treden de verschillende deelgenoten uit zodanig dat A wordt gerechtigd tot zaak 1 en B wordt gerechtigd tot zaak 2. Van zaak 3 wordt enkel de onderlinge gerechtigdheid gewijzigd zodanig dat A, B en C tot de zaak gerechtigd worden voor respectievelijk $1/6$, $1/6$ en $4/6$ gedeelte. *Uitwerking:* In deze casus is sprake van het medewerken van alle deelgenoten aan een rechtshandeling krachtens welke een van hen (A respectievelijk B) een goed van de gemeenschap verkrijgt met uitzondering van de andere deelgenoten. Als gevolg hiervan moet worden aangenomen dat er sprake is van een verdeling met betrekking tot de zaken 1 en 2. Zowel in het geval dat de verkrijgingen van de zaken 1 en 2 met medewerking van alle deelgenoten plaatsvinden krachtens een verdeling in strikte zin dan wel krachtens koop wordt aan de eerste volzin van art. 3:182 BW voldaan.

De vraag kan worden gesteld of de verdeling zich eveneens uitstrekt tot de wijziging van de onderlinge gerechtigdheid met betrekking tot zaak 3. Uitgaande van de hierboven door mij geanalyseerde criteria voor verkrijging in het kader van verdeling moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Op grond van de bedoelde criteria dient er sprake te zijn van het door een of meer deelgenoten 'verkrijgen' van goederen van de gemeenschap en wel ten gevolge van de uittreding van de andere deelgeno(o)t(en), waarbij – en dit is belangrijk – het door de uittreding 'vrijvallende' aandeel dient toe te komen aan de overige (een of meer) deelgenoten.⁹¹ Toegepast op deze casus moet worden geconstateerd dat een dergelijke relatie wel kan worden aangenomen voor de zaken 1 en 2, maar niet met betrekking tot zaak 3. Daaraan doet niet af dat denkbaar is dat de uitbreiding van C's gerechtigdheid tot zaak 3 direct verband houdt met de toedeling van de zaken 1 en 2 aan respectievelijk A en B. Dit laatste maakt echter nog niet dat de uitbreiding van C's gerechtigdheid als verkrijging krachtens verdeling is aan te merken. Op geen enkele wijze wordt in verband met zaak 3 aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg voldaan. De uitbreiding van C's gerechtigdheid kan daarmee worden gezien als compensatie wegens overbedeling⁹² van A en B ten gevolge van de partiële verdeling.

Een andere opvatting dan de bovenstaande treffen we aan bij A-G Moltmaker in zijn conclusie vóór HR 31 mei 1995, *BNB* 1995, 251, m.nt. Zwemmer. Moltmaker gaat onder meer in op de vraag in hoeverre tot de goederen van

⁹¹ Zie par. 6.11.

⁹² Anders dan bij A en B is de verkrijging door C geen verkrijging krachtens verdeling. Daarom is er sprake van overbedeling van A en B, ondanks dat C wordt gecompenseerd in (onverdeeld blijvend) gemeenschapsgoed.

de gemeenschap gerechtigd blijvende deelgenoten in het kader van verdeling gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om hun gerechtigdheid aan te passen. Hij concludeert, onder verwijzing naar resolutie PW 17196,⁹³ dat voor het geheel verdeling kan worden aangenomen ook indien slechts voor een deel van de boedelbestanddelen de onverdeeldheid wordt opgeheven, terwijl voor het overige deel uitsluitend de onderlinge gerechtigdheid van de deelgenoten tot de boedelbestanddelen wijzigt.⁹⁴ Moltmaker verklaart in civielrechtelijke zin geen aanleiding te zien de in zijn visie als verdeling aan te merken rechtshandeling te splitsen in evenzovele rechtshandelingen als er goederen zijn.⁹⁵

Waar de Hoge Raad in zijn arrest niet ingaat op het hier door Moltmaker aan de orde gestelde,⁹⁶ keert Zwemmer zich in zijn noot onder dit arrest tegen de opvatting van de A-G. Zwemmer stelt:

‘Alhoewel de standaarddefinitie van HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559 en de tekst van art. 3:182 BW deze opvatting niet absoluut uitsluiten, meen ik toch dat zij onjuist is. De omstandigheid dat ook een partiële verdeling als een verdeling moet worden aangemerkt, neemt niet weg dat zij slechts een verdeling is voor zover de onverdeeldheid met medewerking van alle deelgenoten wordt opgeheven.’⁹⁷

Ik kan instemmen met de opvatting van Zwemmer zoals verwoord in de eerste zin van het hierboven vermelde citaat. Hoewel de daarin vermelde bronnen tekstueel gezien de opvatting van de A-G niet absoluut uitsluiten, dient een dergelijke opvatting als onjuist te worden aangemerkt. Voor een onderbouwing van deze kwalificatie verwijs ik naar de eerder door mij getrokken conclusie met betrekking tot de reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling, zoals uiteengezet in paragraaf 6.11. Daaruit blijkt dat de reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling mede wordt bepaald door de mate waarin het ‘vrijvallende’ deel in een of meer goederen van de gemeenschap ten gevolge van de uittreding van (een of meer) deelgenoten kan toekomen aan de (een of meer) verkrijgende deelgenoten. Hoewel dit laatste criterium niet uitdrukkelijk in het wettelijke verdelingsbegrip is opgenomen, kan dat op grond van analyse daaruit worden afgeleid. Een dergelijke uitkomst lijkt mij ook passend en aangewezen gelet op het ‘breukdelenkarakter’ van de gemeen-

⁹³ Resolutie van 2 augustus 1960, PW 17196.

⁹⁴ Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, onder 4.4-4.5.

⁹⁵ Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, onder 4.5.

⁹⁶ Van Straaten is van mening dat uit de uitspraak niet kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad zich keert tegen de inhoud van de bedoelde resolutie. Hij vermoedt dat de Raad hierover geen uitspraak heeft hoeven en willen doen gelet op de inhoud van het cassatiemiddel en de sterke verwevenheid van een oordeel daaromtrent met de feiten. Zie Van Straaten in zijn noot onder HR 31 mei 1995, FED 1995, 598, onder 5.

⁹⁷ Zwemmer in zijn noot onder HR 31 mei 1995, BNB 1995, 251, onder 3.

schappen van titel 3.7 BW. Daarbij past een benadering waarbij de nadruk ligt op individuele gemeenschapsgoederen meer dan op de gemeenschap als geheel.

Met betrekking tot Zwemmers opvatting blijkend uit de tweede zin van het hierboven vermelde citaat wil ik nog opmerken dat deze in zoverre niet juist is dat een rechtshandeling niet 'slechts een verdeling is voor zover de onverdeeldheid met medewerking van alle deelgenoten [ten aanzien van ten minste een deelgenoot en ten aanzien van ten minste een goed, THS] wordt opgeheven.' Tevens kan van verdeling sprake zijn indien krachtens enige rechtshandeling een dergelijke onverdeeldheid onder de gestelde voorwaarden wordt verminderd.⁹⁸

Overigens is de resolutie (PW 17196) waarop Moltmaker zich baseerde inmiddels ingetrokken.⁹⁹

98 Zie par. 5.6 omtrent de maatstaf voor verdeling.

99 Besluit van de Minister van Financiën van 12 juli 2010, nr. DGB2010/701M, *Stcrt.* 2010, 11292.

7 | Subject in het kader van verdeling

7.1 INLEIDING

Als maatstaf voor verdeling kan worden aangenomen het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid.¹ Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken.²

In het vorige hoofdstuk is reeds ingegaan op het krachtens verdeling te bereiken rechtsgevolg. In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de subjectieve elementen in verband met de totstandkoming van verdeling. De volgende aspecten staan in dit hoofdstuk centraal: de hoedanigheid waarin en de wijze waarop deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken en de subjectieve vrijheid en gebondenheid om al dan niet tot verdeling te contracteren.

Wederom merk ik op dat in deze studie tot uitgangspunt wordt genomen dat de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.³

7.2 ENIGE VRAGEN VAN UITLEG OMTRENT DEELGENOTEN

Het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg is niet het enige onderscheidende element voor de aannahme van verdeling. Verdeling bewerkt – na levering ter uitvoering daarvan – wel een vermindering van de mate van onverdeeldheid, maar niet elke vermindering van de mate van onverdeeldheid is het rechtsgevolg van de uitvoering van een verdeling.⁴ Een dergelijk rechtsgevolg kan bijvoorbeeld ook optreden krachtens koop. Indien A, B en C zijn

1 Zie par. 5.6.

2 Zie par. 5.6.

3 Zie par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening. Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

4 In par. 5.6 heb ik geconcludeerd dat als maatstaf voor verdeling heeft te gelden – kort gezegd – het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Voor de verantwoording van deze uitkomst verwijs ik naar de betreffende paragraaf.

gerechtigd tot een gemeenschap en A verkoopt en levert zijn aandeel in die gemeenschap aan B zonder toestemming van C, dan vermindert de mate van onverdeeldheid. Dit laatste is ook het geval indien de deelgenoten A, B en C ieder hun aandeel verkopen en leveren aan derde D. In geen van deze gevallen is er echter sprake van verdeling. Voor verdeling moet de betreffende rechtshandeling enerzijds worden aangegaan met medewerking van *alle* deelgenoten en dient deze anderzijds plaats te vinden *tussen* deelgenoten. Dit volgt uit het bepaalde in de eerste volzin van art. 3:182 BW:

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

Het vereiste dat aan de rechtshandeling van verdeling alle deelgenoten dienen mee te werken wordt met zoveel woorden door de wet gesteld. De eis dat de rechtshandeling van verdeling tussen deelgenoten dient plaats te vinden, vloeit voort uit de wijze waarop het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg is geformuleerd.⁵

Nu uit het wettelijke verdelingsbegrip kan worden begrepen dat het bij verdeling dient te gaan om een rechtshandeling tussen deelgenoten waartoe alle deelgenoten medewerken, kunnen de volgende vragen worden gesteld met betrekking tot de uitleg van het begrip ‘deelgenoten’:

- Moet het begrip ‘deelgenoten’ worden gelezen als ‘deelgenoten als deelgenoten’ of als ‘personen, die deelgenoten zijn’?
- Wie kwalificeert als ‘deelgenoot’ in het kader van verdeling?
- Dient onder ‘alle deelgenoten’ te worden verstaan ten minste alle deelgenoten of uitsluitend alle deelgenoten?

In de komende paragrafen zal de behandeling van deze vragen centraal staan.

7.3 TWEE BENADERINGEN VAN HET BEGRIP ‘DEELGENOTEN’

Om te bepalen in welke hoedanigheid deelgenoten in het kader van verdeling medewerking dienen te verlenen, bezien we de beide volzinnen van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Voor de duidelijkheid geef ik hier nogmaals het verdelingsbegrip weer:

‘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

⁵ Zie par. 5.4 voor diverse formuleringen, alsmede hfd. 6 voor de nadere behandeling van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg.

de overige deelgenoten verkrijgen. 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.'

In een eerdere beschouwing over de beide volzinnen van het wettelijke verdelingsbegrip en de daarop gegeven parlementaire toelichting heb ik aangegeven dat kan worden aangenomen dat – uitgaande van een grammaticale interpretatie – de eerste en aanvankelijk enige volzin een te ruime omschrijving geeft van rechtshandelingen die als verdeling dienen te worden aangemerkt en dat de tweede volzin ten doel heeft te duiden welke handelingen – in uitzondering op het bepaalde in de eerste volzin – buiten het verdelingsbegrip gehouden dienen te worden.⁶ Met betrekking tot de voor verdeling vereiste medewerking door alle deelgenoten wordt initieel – het verdelingsbegrip bestond nog uit één volzin – het begrip 'deelgenoten' gelezen als 'personen, die deelgenoten zijn'.⁷ De totstandkoming van de eerste fase van de tweede volzin kan hieruit worden verklaard.⁸ Uit de formulering van de tweede volzin volgt dat het begrip 'deelgenoten' zoals daarin bedoeld eveneens in deze betekenis gelezen dient te worden. In de aan de tweede volzin ten grondslag liggende arresten wordt door de Hoge Raad aangenomen dat – kort gezegd – de nakoming van een koop respectievelijk een legaat geen scheiding kan opleveren.⁹ Waar echter in de tweede volzin aan het begrip 'deelgenoten' de betekenis van 'personen, die deelgenoten zijn' moet worden toegekend, is het effect van de combinatie van de beide volzinnen aldus dat aan het begrip 'deelgenoten' zoals bedoeld in de eerste volzin de betekenis van 'personen, die deelgenoten zijn' moet worden onthouden. Voor het begrip 'deelgenoten' zoals bedoeld in de eerste volzin dient daarom thans te worden gelezen 'deelgenoten als deelgenoten'.¹⁰

Voor de uitleg van het begrip 'deelgenoten' kan echter ook een andere dan de hiervoor gehanteerde taalkundige benadering worden gevolgd. Eenzelfde uitkomst kan worden bereikt in een benadering waarbij voor de juiste uitleg van het begrip 'deelgenoten' verbinding wordt gelegd met de tussen deelgenoten bestaande onderliggende rechtsverhouding. Ik bedoel dit: de onderliggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten bestaat erin dat alle deelgenoten zijn gerechtigd tot een gemeenschap bestaande uit (een of meer) goederen. De deelgenoten zijn tot de (een of meer) gemeenschapsgoederen gerechtigd in hun hoedanigheid van deelgenoten. Indien deze rechtsverhouding als vertrekpunt wordt genomen voor de bepaling in welke hoedanigheid de deelgenoten moeten meewerken aan de verdeling, dan moet eveneens worden aangenomen

⁶ Zie par. 4.2.

⁷ Kleijn 1973, p. 170; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 170.

⁸ Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 170. Zie ook: par. 3.4, 7.4.

⁹ HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 en HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126. Zie par. 3.4.

¹⁰ Vergelijk Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167, 170.

dat zij dit doen in hun kwaliteit van deelgenoten ('deelgenoten als deelgenoten'). Aldus kan met deze meer fundamentele benadering tot eenzelfde uitkomst worden gekomen als het geval is op grond van een taalkundige benadering.

Ik constateer dat met betrekking tot de uitleg van het begrip 'deelgenoten' elk van de hiervoor gebruikte benaderingen leidt tot hetzelfde eindresultaat. In zoverre lijken beide interpretatiemethoden tot tevredenheid te kunnen stemmen. Vanuit een historisch perspectief dient bij de grammaticale interpretatie echter een kanttekening te worden geplaatst. De grammaticale interpretatiemethode stelt vanwege het 'tekstafhankelijke' karakter daarvan hoge eisen aan de formulering van de wettekst. Indien daaraan niet wordt voldaan, dient een dergelijke interpretatiemethode buiten toepassing te blijven. In dit verband kan worden gedacht aan de zojuist geschetste ontwikkeling van het wettelijke verdelingsbegrip. Daaruit blijkt dat het wettelijke verdelingsbegrip in de aanloop naar de eindtekst een ontwikkeling heeft doorgemaakt als gevolg waarvan bij een taalkundige uitleg het begrip 'deelgenoten' aan verandering onderhevig is geworden. Een dergelijke veranderlijkheid is zowel onwenselijk als vermijdbaar. Zou bij de uitleg van het begrip 'deelgenoten' primair aansluiting zijn gezocht bij het tussen deelgenoten bestaande 'deelgenootschap' dat als onderliggende rechtsverhouding de tot de gemeenschap(sgoederen) gerechtigde deelgenoten kenmerkt, dan zou op die grond reeds vanaf de aanvang van de ontwikkeling van het wettelijke verdelingsbegrip tot een juiste uitkomst zijn gekomen.

In de volgende paragraaf zal het hier bedoelde 'deelgenootschap' als rechtsverhouding tussen deelgenoten aan een nadere beschouwing worden onderworpen, in het bijzonder in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

7.4 DE ONDERLIGGENDE RECHTSVERHOUDING NADER BESCHOUWD

Bij de bepaling in welke hoedanigheid deelgenoten dienen mee te werken aan de totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling heb ik hierboven geconcludeerd dat deze medewerking dient plaats te vinden in dezelfde hoedanigheid als waarin de deelgenoten tot de gemeenschappelijke goederen zijn gerechtigd.¹¹ Deelgenoten dienen aldus in de kwaliteit van deelgenoten aan de verdeling van de gemeenschap hun medewerking te verlenen.¹² Het toelaten van de mogelijkheid voor deelgenoten handelend buiten deze hoedanigheid een verdeling overeen te komen, kan niet in overeenstemming worden gebracht met de vorenbedoelde aan de verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding.

¹¹ Zie par. 7.3.

¹² Zie par. 7.3.

Voor een dergelijk uitgangspunt kan mijns inziens steun gevonden worden in de beide arresten van de Hoge Raad, die blijkens de parlementaire geschiedenis ten grondslag zijn gelegd aan de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.¹³ Beide arresten hebben betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap aan een of meer erfgenamen:

‘In beide arresten [HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, THS] werd aangenomen dat deze nakoming geen verdeling van de nalatenschap opleverde. Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden.’¹⁴

In HR 31 mei 1963¹⁵ gaat het om de voldoening van een vordering uit een koopovereenkomst, door de erflater bij leven gesloten met twee van zijn erfgenamen. De kopers verlangen de medewerking van de andere erfgenamen bij het opmaken van een transportakte. Eén van deze andere erfgenamen wenst medewerking te verlenen, de overige vier erfgenamen echter niet. De Hoge Raad overweegt, voor zover hier relevant:

‘dat de verweerders in cassatie als erfgenamen van hun vader ieder voor zijn of haar aandeel tot nakoming van deze overeenkomst verplicht waren (...); *dat het voldoen aan een vordering die een der mede-erfgenamen op den erflater had, niet oplevert een gedeeltelijke scheiding en deling* (...) [cursivering door mij, THS].’¹⁶

Het arrest HR 17 januari 1964¹⁷ heeft betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap vanwege een aan een erfgenaam toekomende vordering uit legaat. De Hoge Raad overweegt omtrent het krachtens scheiding kunnen verkrijgen van het gelegateerde:

‘dat (...) die zaak, ook indien aan een erfgenaam gelegateerd, *niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld* (...) [cursivering door mij, THS]; dat zij [de erfgenaam, THS] mitsdien de haar als legaat vermaakte aandelen voor het geheel onder bijzonderen titel heeft verworven (...).’¹⁸

Het in de bovenstaande casusposities tot uitgangspunt nemen van de opvatting dat deelgenoten dienen mee te werken aan de verdeling van een gemeenschap in de hoedanigheid waarin zij tot de goederen van de gemeenschap zijn gerechtigd, leidt tot dezelfde uitkomst als de uitkomst van de Hoge Raad.

13 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, onder verwijzing naar: HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126.

14 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

15 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 m.nt. J.H. Beekhuis (*Erven Van der Looy*). Zie ook par. 3.4.

16 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10, p. 41.

17 HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens-Schellens II*). Zie ook par. 3.4.

18 HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, p. 505.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat aan de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling de voorwaarde is verbonden dat deelgenoten daartoe medewerken in dezelfde kwaliteit als waarin zij tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd.¹⁹ Het optreden van een deelgenoot als partij bij een rechtshandeling in een andere hoedanigheid dan die van deelgenoot doet in beginsel geen rechtsgeldige verdeling tot stand komen. Uit het gegeven dat de wetgever heeft gemeend via de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip de rechtsregel uit de laatstbedoelde arresten van de Hoge Raad te hebben gecodificeerd, dient te worden aangenomen dat ook vanuit het gezichtspunt van de wetgever voor de rechtshandeling van verdeling eenzelfde uitgangspunt heeft te gelden.²⁰

7.5 NADERE OMLIJNING VAN BEGRIP 'DEELGENOTEN'

Hierboven is vastgesteld dat deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten. De noodzaak om in het kader van verdeling in een dergelijke kwaliteit op te treden kan worden afgeleid uit de aan verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap.²¹ De vraag kan worden gesteld of met deze constatering het begrip 'deelgenoten' voldoende is omlijnd.

In de literatuur en in de rechtspraak wordt van mening verschild over het antwoord op de vraag wie als deelgenoten aan de verdelingstafel dienen plaats te nemen.²² Deze vraag komt met name naar voren in het kader van de

19 Het hierboven bedoelde beginsel, waarbij het tussen deelgenoten bestaande deelgenootschap als onderliggende rechtsverhouding kenmerkend is voor de hoedanigheid waarin alle deelgenoten overeenkomstig het verdelingsbegrip aan verdeling dienen mee te werken, is eveneens van toepassing op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Gelet op de door de wetgever beoogde werking van het wettelijke verdelingsbegrip dient mijns inziens voor een als verdeling aan te merken koop de rechtsfictie te worden aangenomen dat de partijen daaraan in de hoedanigheid van deelgenoten hebben meegewerkt. Hieraan kan niet afdoen dat door de deelgenoten aanvankelijk in de hoedanigheid van koper respectievelijk verkoper tot de rechtshandeling is gecontracteerd. Vergelijk voor oud recht art. 1122 lid 2 OBW waarin ten aanzien van het rechtsgevolg van een tussen alle erfgenamen overeengekomen koop werd bepaald: 'Indien een der mede-erfgenamen een stuk onroerend goed koopt, heeft zulks ten zijnen opzichte hetzelfde gevolg, als of hij het bij scheiding verkregen had.'

20 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

21 Zie par. 7.3, 7.4.

22 Zie de in deze paragraaf vermelde verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

zogenaamde ‘verweven gemeenschappen’.²³ Hiervan is sprake indien tijdens het bestaan van een gemeenschap (de ‘oudere’ gemeenschap) een aandeel hierin deel is gaan uitmaken van een andere gemeenschap (de ‘jongere’ gemeenschap). De problematiek laat zich illustreren aan de hand van de volgende casus.

Casus

Weduwe A overlijdt en laat krachtens versterkerrecht de kinderen B, C en D als erfgenamen achter. Voordat de nalatenschap wordt afgewikkeld, overlijdt E, de in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van D, onder achterlating van de kinderen F en G. E heeft niet bij uiterste wilsbeschikking over zijn nalatenschap beschikt.²⁴ D heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW).²⁵

De wet neemt tot uitgangspunt dat aan een verdeling alle deelgenoten dienen mee te werken.²⁶ Van Mourik verdedigt voor een soortgelijke casus dat aan de verdeling van A’s nalatenschap enkel B, C en D dienen mee te werken.²⁷ De medewerking van F en G acht hij niet aan de orde, aangezien F en G geen erfgenamen van A zijn, ook niet bij wijze van plaatsvervulling.²⁸ Hiermee maakt Van Mourik een onderscheid tussen het gerechtigd zijn tot de gemeenschap en het gerechtigd zijn om aan de verdelingstafel aan te schuiven. Hij voert hiervoor het volgende argument aan:

23 De term ‘verweven gemeenschappen’ ontleen ik aan Van Mourik 2012, p. 29, noot 16. Van verweven gemeenschappen is sprake indien gemeenschappen die op grond van rechtsfeiten tot stand zijn gekomen in enigerlei mate samenvallen. In dit verband wordt ook wel gesproken over ‘samenvallende gemeenschappen’ (Van Mourik & Schols 2015, nr. 11 en 38) en ‘samengestelde gemeenschappen’ (Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151).

24 Deze casus is overgenomen uit Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151. Van Mourik bespreekt dezelfde casus in Van Mourik 2012, nr. 4.2 (p. 31), onder verwijzing naar de aan vorenbedoelde Asser/Perrick 3-V 2015 voorafgaande druk uit 2011, nr. 103.

25 Ten onrechte ontbreekt deze laatste zin in Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151 gelet op de daar gegeven beantwoording. Deze tekortkoming kan worden ‘verklaard’ vanuit een historisch perspectief. Een soortgelijke casus als hierboven vermeld, komt voor in een discussie tussen Van Mourik en Perrick naar aanleiding van enkele rechtsvragen in *WPNR*. Zie: Van Mourik 1990, p. 654-655; Van Mourik 1991a, p. 304 [met een vergelijkbare casus, THS]; Perrick 1991, p. 445-447; Van Mourik 1991b, p. 447-448. De beantwoording van deze rechtsvragen had destijds plaats onder de vigeur van het oude erfrecht. Op grond daarvan zouden de kinderen F en G en langstlevende D uit eigen hoofde en voor gelijke delen tot het erfgenaamschap zijn geroepen en zouden zij als erfgenamen in zakenrechtelijke zin tot de nalatenschapsgoederen gerechtigd zijn geworden (art. 4:879, 880, 899, 899a OBW). Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht leidt onverkorte overname van een dergelijke casus tot een andere uitkomst vanwege de toepasselijkheid van de wettelijke verdeling ten behoeve van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot (art. 4:10, 11, 13 BW).

26 Art. 3:182 BW. Dit uitgangspunt blijkt tevens uit art. 3:195 BW.

27 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

28 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

‘Aan een verdeling van een gemeenschap dienen alleen de deelgenoten in de betrokken gemeenschap deel te nemen. Daartoe behoren niet personen die weliswaar economisch belang hebben bij die verdeling maar geen titel kunnen aanwijzen die hen tot deelgenoot in die gemeenschap maakt.’²⁹

Van Mourik gaat ervan uit dat bij verdeling van gemeenschappen die in enigerlei mate met elkaar verweven zijn, het van belang is te onderscheiden dat iedere gemeenschap zijn eigen deelgenoten heeft.³⁰ Ter verdediging van zijn standpunt voert hij eveneens aan dat het bestuur over de gemeenschapsgoederen op een zodanig bijzondere wijze is verknocht, dat deze verknochtheid zich verzet tegen onverkorte toepassing van de gebruikelijk op gemeenschappen toepasselijke regels van bestuur.³¹ Daarbij zou de bijzondere verknochtheid zelfs doorwerken na ontbinding van de (jongere) gemeenschap.³² Ten gevolge hiervan zou in de bovenstaande casus art. 1:94 lid 3 BW (oud) prevaleren boven de collectieve bestuursbevoegdheid zoals bedoeld in art. 3:170 BW (via art. 3:189 BW).³³ Aldus zou het bestuur over het tot de jongere gemeenschap behorende aandeel in de oudere gemeenschap uitsluitend berusten bij deelgenoot D en zouden F en G, ondanks dat zij belanghebbenden zijn, niet als deelgenoten in de nalatenschap van A kunnen worden aangemerkt.³⁴

Hierboven heb ik geconstateerd dat deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten.³⁵ Ik heb gesteld dat het optreden van ‘deelgenoten als deelgenoten’ kan worden afgeleid uit de aan verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap. Ik meen dat deze gerechtigdheid tot de goederen van de gemeenschap de grondslag vormt voor het aanmerken van een persoon als deelgenoot in een gemeenschap. Daar de uitoefening van ‘eigenaarsbevoegdheden’ bij uitstek is voorbehouden aan de beschikkingsbevoegde tot het goed,³⁶ kan als criterium voor de vereiste medewerking door alle deelgenoten worden aangenomen dat hieronder dient te worden verstaan de medewerking door degenen die bevoegd zijn over de betreffende gemeenschapsgoederen te beschikken.³⁷

Hoe werkt dit criterium uit in de bovenstaande casus? Ontbinding van de huwelijksgemeenschap maakt de gemeenschap vatbaar voor verdeling en

29 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

30 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

31 Van Mourik 1991b, p. 448. Anders: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151.

32 Van Mourik 1991b, p. 448. Anders: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151.

33 Zie (genuanceerd) anders over deze thematiek: Van Mourik & Verstappen 2014b, nr. 6.3, 6.5 en Van Mourik & Schols 2017, nr. 50.

34 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

35 Zie par. 7.3, 7.4.

36 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 137.

37 Deze constatering laat onverlet dat het overeenkomen van een rechtshandeling van verdeling als zodanig geen beschikkings- of bestuurshandeling betreft.

doet de voor de 'actieve' huwelijksgemeenschap geldende bestuursregels³⁸ – bestuur omvat mede de bevoegdheid tot beschikken³⁹ – eindigen en de collectieve bestuursregel van art. 3:170 lid 3 BW op de rechtsverhouding tussen de (al dan niet voormalige) echtgenoten van toepassing zijn.⁴⁰ Dit heeft tot consequentie dat in de bovenstaande casus aan verdeling dienen mee te werken B, C, D, F en G.

Een soortgelijke problematiek kan zich eveneens voordoen in andere gevallen dan de bovenbedoelde casus. Zo levert de positie van een (al dan niet voormalige) echtgenoot/niet-erfgenaam eenzelfde dispuut op indien deze via de ontbonden huwelijksgemeenschap zijn invloed wil laten gelden bij de verdeling van een nalatenschap waartoe zijn (al dan niet voormalige) echtgenoot als erfgenaam is gerechtigd.⁴¹ Het moge duidelijk zijn dat de mate waarin een goed al dan niet tot een gemeenschap gaat behoren mede afhankelijk is van het toepasselijke huwelijksvermogensregime⁴² – denk hierbij aan wettelijke of bij huwelijkse voorwaarden tot stand gekomen beperkte of uitge-

38 Voor de regels van bestuur over de goederen van de gemeenschap van titel 1.7 BW, zie art. 1:97 BW. Zie ook Sikkema 2009, p. 533-537 voor een kritische bespreking van wetsvoorstel 28867 inzake 'Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)' wegens een systematische onvolkomenheid in de verhouding tussen de voorgenomen bestuursregeling volgens art. 1:97 BW (ontwerp) en de omvang van de wettelijke gemeenschap volgens art. 1:94 BW (ontwerp) na aanneming van het amendement Anker. Mede naar aanleiding van de bedoelde bespreking heeft de parlementaire behandeling geresulteerd in de 'Wet van 27 oktober 2011 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tot aanpassing van artikel 97 en reparatie van enkele technische onvolkomenheden die zijn opgetreden bij de totstandkoming van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen', *Stb.* 2011, 505. Zie: *Handelingen I* 2009/10, 28867, 13 (p. 442); Neleman-Nuytinck 2010 (p. 5); *Handelingen I* 2010/11, 28867, 23 item 5 (p. 7).

39 Art. 1:90 lid 2 BW.

40 In deze zin: Perrick 1991, p. 446-447; Luijten 1994, nr. 33, p. 3-4; Van Es 2011, nr. 14, p. 5; Van Mourik & Verstappen 2014b, nr. 3.6.3; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151. Vergelijk Van der Geld 2010, p. 78 e.v.

41 Zie (uitdrukkelijk) in lijn met Van Mourik: Rechtbank Leeuwarden 19 november 2008, ECLI: NL:RBL:2008:BG4914, r.o. 4.3-4.5. Zie anders Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, ECLI: NL: RBUTR:2010:BM4456, r.o. 4.4. In laatstbedoelde zin is eveneens HR 28 mei 1993, ECLI: NL: HR:1993:ZC0976, *NJ* 1993, 468 het vermelden waard. In die zaak vordert een ex-echtgenote scheiding en deling van de nalatenschap van haar schoonvader, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad. De Hoge Raad spreekt deze uitvoerbaarheid uit. Door geen van de rechterlijke colleges in deze procedure wordt het deelgenoot zijn van de ex-echtgenote in de nalatenschap van haar schoonvader in twijfel getrokken, aldus Luijten 1994, nr. 33, p.4.

42 Dit geldt eveneens voor het wettelijke regime van een gemeenschap in verband met het aangaan van een geregistreerd partnerschap in de zin van art. 1:80a BW. Op grond van art. 1:80b BW zijn op een geregistreerd partnerschap de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van het bepaalde omtrent scheiding van tafel en bed. Ter wille van de leesbaarheid refereer ik in het hier bedoelde verband enkel aan het huwelijk en de huwelijksgemeenschap.

sloten goederengemeenschappen – alsmede de toepasselijkheid van zogenaamde in- en uitsluitingsclausules.⁴³

In de vorige paragrafen is vastgesteld dat deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten. Een dergelijke vaststelling kan worden afgeleid uit de aan de verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap.⁴⁴ Aan de hand van het bovenstaande kan tevens worden geconcludeerd dat het kwalificeren als deelgenoot in het kader van verdeling uit de op de goederen van de gemeenschap toepasselijke bestuursregels moet kunnen worden afgeleid. Daarmee is de invulling van het begrip ‘deelgenoten’ mijns inziens voldoende omlinjd.

7.6 TEN MINSTE OF UITSLUITEND ALLE DEELGENOTEN?

Met betrekking tot de vraag of ten minste alle deelgenoten dan wel uitsluitend alle deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken, kan het volgende worden overwogen. Indien ervan uit wordt gegaan dat *ten minste* alle deelgenoten aan een verdeling dienen mee te werken, wordt er een kader geschapen waarbij medewerking door derden niet wordt uitgesloten. Het is dit niet op voorhand uitsluiten van medewerking door derden in het kader van de vaststelling van verdeling dat de wetgever ertoe heeft gebracht de (negatieve) formulering van scheiding zoals gehanteerd door de Hoge Raad ter gelegenheid van de invoering van het NBW te vervangen door de (positieve) formulering van het wettelijke verdelingsbegrip in art. 3:182 BW.⁴⁵ Volgens de laatstbedoelde formulering dient het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg erin te bestaan dat alle deelgenoten medewerken aan het krachtens verdeling door een of meer van hen verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Zo wordt ter zake van de verkrijging krachtens verdeling enkel onderscheid gemaakt tussen deelgenoten, te weten de (een of meer) verkrijgende en van verkrijging uitgesloten deelgenoten. In zoverre lijkt het voorschrift dat alle deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken te moeten worden gelezen als een

43 Met ingang van 1 januari 2018 is in werking getreden de ‘Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken’ (hierna: wet). Art. 1:94 lid 2 sub a BW van de wet bepaalt dat de wettelijke huwelijksgemeenschap in beginsel geen goederen verkregen ‘krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift’ omvat. Zie art. 1:94 lid 3 (sub b) en lid 4 BW over respectievelijk de zogenaamde in- en uitsluitingsclausule. Voor zover hier relevant bepaalt het eerste lid van art. IV van de wet dat op een gemeenschap van goederen ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet, artikel 94 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijft zoals dat artikel luidde op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet.

44 Zie par. 7.3, 7.4.

45 Zie par. 5.4.

voorschrift waarbij *uitsluitend* alle deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken. Bij deze constatering dient evenwel een kanttekening te worden geplaatst.

Voor de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling kan niet in alle gevallen worden volstaan met de medewerking van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten. Dit kan worden afgeleid uit de verschillende plaatsen in de wet waar wordt geduïd op andere personen dan deelgenoten van wie de medewerking aan de totstandkoming van verdeling is vereist.⁴⁶ Hierbij kan worden gedacht aan beperkt gerechtigden in verband met een verdeling waartoe de deelgenoten zich hebben verplicht na bezwaring met het beperkte recht,⁴⁷ alsmede schuldeisers die een bevel tot verdeling van de gemeenschap hebben verkregen.⁴⁸

De door het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW voorgeschreven medewerking van alle deelgenoten dient aldus enerzijds te worden begrepen als het uitsluitend aan de deelgenoten toekomen van de bevoegdheid tot vaststelling van de verdeling zelf, terwijl anderzijds het voorschrift dat alle deelgenoten dienen mee te werken niet in zodanige zin mag worden begrepen dat daarnaast niet tevens op grond van de wet de medewerking door anderen dan deelgenoten aan de verdeling kan worden vereist.⁴⁹

7.7 MEDEWERKING

Na de vaststelling van de personen die op grond van de wet bij de totstandkoming van de verdeling betrokken dienen te zijn, kan nu de vraag worden gesteld op welke wijze deze betrokkenen in het kader van verdeling hun medewerking dienen te verlenen.

In het vorige hoofdstuk heb ik reeds aandacht besteed aan de reikwijdte van het begrip 'medewerken' in het kader van de medewerking door deelgenoten. In paragraaf 6.9 stond centraal de vraag of onder medewerken door deelgenoten het (enkel) verlenen van toestemming kan worden begrepen. Deze vraag heb ik daar bevestigend beantwoord. Ook met het 'enkel' verlenen van toestemming kan – indien ook overigens aan de voor verdeling gestelde vereisten wordt voldaan – de totstandkoming van een als verdeling aan te

46 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 2015, nr. 137.

47 Art. 3:177 lid 2 BW.

48 Art. 3:180 lid 2 BW.

49 Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

merken rechtshandeling worden bereikt.⁵⁰ Vergelijk in dit verband het onder oud recht voor boedelscheiding geldende art. 1125 lid 2 OBW:

‘Vervolgens wordt, *met onderling goedvinden der belanghebbenden*, bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen (...) [cursivering door mij, THS].’

Dat het wettelijke verdelingsbegrip uitsluitend spreekt over medewerking van deelgenoten kan worden verklaard uit het feit dat het de deelgenoten zijn die tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd en aan hen de (privatieve) bevoegdheid toekomt tot vaststelling van de verdeling.⁵¹

Dit gegeven moet worden onderscheiden van het antwoord op de vraag wie als partij bij de verdeling hun medewerking dienen te verlenen.⁵² De wet spreekt in dit verband over ‘deelgenoten en andere personen wier medewerking vereist is’.⁵³ Op welke wijze deze andere personen dan deelgenoten vervolgens hun medewerking aan de verdeling dienen te verlenen, kan niet op grond van een wettelijk voorschrift worden bepaald. Uit de wet kan niet anders worden opgemaakt dan dat er sprake moet zijn van ‘medewerken’ door deze groep van personen.⁵⁴ Nu de wet geen nadere invulling geeft aan deze instructie, maar een dergelijke instructie wel op adequate wijze dient te worden ingevuld, acht ik het toereikend – in lijn met andere auteurs – onder het ‘medewerken’ door anderen dan deelgenoten (eveneens) het verlenen van toestemming te verstaan.⁵⁵

50 Met het ‘enkel’ verlenen van toestemming doel ik op het aspect dat voor een verkrijging krachtens verdeling niet tevens vereist is dat bij ‘verkrijgende’ deelgenoten aanwas dient plaats te vinden. Mijn opvatting wijkt hiermee af van bijvoorbeeld de opvatting van Kleijn, die in zijn dissertatie stelt – kort gezegd – dat de uittreding van één of meer deelgenoten tot gevolg moet hebben dat de positie van alle overige (niet uittredende) deelgenoten verandert, doordat bij elk van de laatstgenoemden aanwas optreedt. Zie Kleijn 1969, p. 9. Zie tevens par. 6.12 voor een bespreking van de opvatting van Kleijn en par. 6.13 voor een illustratie van de wijze waarop de rechtstheoretische verschillen van opvatting tussen mij en Kleijn doorwerken in enkele praktijkcasus (zie met name nr. II).

51 Zie par. 7.6. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

52 Vergelijk over het gebruik van ‘partijen’: art. 3:183 lid 1 BW; art. 677 Rv leden 1-3.

53 Art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook: art. 3:183 lid 1 BW, art. 3:185 lid 1 BW. Ook blijkt Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137 wordt met ‘partijen’ bedoeld de deelgenoten en zij wier medewerking aan de verdeling is vereist.

54 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. 3:195 lid 1 BW.

55 Vergelijk: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137 (‘toestemming’); Van Mourik 2012, par. 6.2, noot 31 (‘instemming’); Van Mourik & Schols 2015, nr. 63 (‘goedkeuring’). Stille betoogt in zijn bijdrage aan het preadvies ‘Verdeling in de notariële praktijk’ (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012) dat van ‘medewerking’ in de zin van ‘toestemming’ geen sprake kan zijn, omdat een gebrek aan toestemming zou leiden tot vernietigbaarheid, hetgeen niet in overeenstemming is met het bepaalde in art. 3:195 lid 1 BW (Stille 2012, par. 5.2.12). Perrick bestrijdt de opvatting van Stille in zijn bespreking van het vorenbedoelde preadvies (Perrick 2012, nr. 15).

Met betrekking tot de medewerking aan de uitvoering van de verdeling dient overeenkomstig art. 3:186 lid 1 BW te worden gehandeld. Art. 3:186 lid 1 BW bepaalt dat voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde, een levering is vereist 'op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven'.⁵⁶ Ten behoeve van de overgang van een toegedeeld goed is derhalve de medewerking van alle deelgenoten vereist.⁵⁷ Deze medewerking door de deelgenoten dient op dezelfde wijze plaats te vinden als beschikkingsbevoegden in het kader van een overdracht aan een leveringshandeling medewerking zouden moeten verlenen.⁵⁸

7.8 SUBJECTIEVE VRIJHEID EN GEBONDENHEID: ART. 3:182 BW

Bij de totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling spelen contractuele vrijheid en gebondenheid een rol. Waar deze contractuele vrijheid en gebondenheid worden benaderd vanuit het perspectief van de deelgenoten, kan gesproken worden over een subjectieve vrijheid en gebondenheid.

Het beginsel van contractsvrijheid heeft in de kern betrekking op het recht voor partijen om op grond van een vrije keuze overeenkomsten aan te gaan binnen een door het recht aan partijen gelaten kring.⁵⁹ De enkele bevoegdheid van partijen om binnen zekere grenzen vrijelijk te contracteren, doet daarbij nog geen gebondenheid aan de overeenkomst ontstaan.⁶⁰ Daarvoor is bepalend het aan het beginsel van contractsvrijheid verwante autonomiebeginsel.⁶¹ Het autonomiebeginsel kan worden gezien als een beginsel dat erkenning geeft

⁵⁶ Zie onder meer de voorschriften van art. 3:83 e.v. BW. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66. Zie tevens: par. 2.3, 3.5.

⁵⁷ Zie ook: Perrick 2012, nr. 15; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66; HR 8 september 2017, ECLI: NL:HR:2017:2274, NJ 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 3.4.2: 'De verdeling van een nalatenschap is onder het huidige recht (zoals elke verdeling) een rechtshandeling van de gezamenlijke erfgenamen (deelgenoten) die tot levering verplicht'.

⁵⁸ Het voldoen aan het hier bedoelde leveringsvoorschrift kan inhouden dat daartoe een afzonderlijke leveringsakte is vereist, maar dit hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn. Zie ook HR 27 oktober 1995, NJ 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4: 'Het [middel, THS] gaat terecht ervan uit dat (...) voor verkrijging door een deelgenoot van een hem bij de verdeling van de gemeenschap toegedeeld goed een op de verdeling volgende levering van dat goed vereist is. Indien echter tot de gemeenschap een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht behoort en van de verdeling een akte is opgemaakt waarin de toedeling van dat recht aan een der deelgenoten is neergelegd, zal die akte, tenzij er aanwijzingen voor het tegendeel zijn, tevens mogen worden beschouwd en door partijen gebezigd als de akte bestemd voor levering van dit recht, zodat de levering is voltooid door mededeling daarvan aan de persoon of personen tegen wie het recht kan worden uitgeoefend.' Zie tevens: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66.

⁵⁹ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁶⁰ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁶¹ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

aan het fundamentele recht op zelfbeschikking.⁶² Vanuit het autonomiebeginsel kan de contractuele gebondenheid van elk van de partijen bij de overeenkomst worden begrepen doordat deze berust op de daartoe door partijen verleende toestemming.⁶³ Daarentegen verzet het autonomiebeginsel zich tegen contractuele gebondenheid indien de rechtsbetrekking niet op grond van vrije wil tot stand is gekomen.⁶⁴

Bij de toepassing van de hier vermelde beginselen op de rechtshandeling van verdeling dient te worden bedacht dat art. 3:182 BW voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling voorschrijft dat daartoe alle deelgenoten medewerken. Eerder is uitgewerkt dat een dergelijke medewerking door deelgenoten dient plaats te vinden door deze deelgenoten in hun hoedanigheid van deelgenoten.⁶⁵ Uitgaande van de hierboven bedoelde beginselen heeft als uitgangspunt te gelden dat deelgenoten zowel vrij zijn om verdeling overeen te komen als verdeling niet overeen te komen.⁶⁶ Zowel de totstandkoming van de verdeling als de gebondenheid daaraan kan pas worden aangenomen indien alle deelgenoten daarin hebben toegestemd.

De mate waarin het beginsel van de contractsvrijheid deelgenoten in staat stelt om al dan niet tot verdeling te contracteren, wordt mede bepaald door de mate waarin het recht onverkorte toepassing van dit beginsel toestaat. Zo wordt de mate waarin deelgenoten vrijelijk al dan niet verdeling kunnen overeenkomen mede beïnvloed door de wet.

Op grond van art. 3:182 BW wordt iedere rechtshandeling die materieel voldoet aan het in dit artikel geformuleerde verdelingsbegrip als verdeling aangemerkt.⁶⁷ Dit houdt in dat ook andere rechtshandelingen dan rechtshandelingen van verdeling in strikte zin door het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling worden gekwalificeerd. Dit op materiële gronden kwalificeren van een rechtshandeling als een verdeling – ook indien er geen sprake is van een

62 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

63 Nieuwenhuis 1979, p. 6: 'Essentieel is dat de gebondenheid van elk der partijen berust op *toestemming* [cursivering in origineel, THS]. Het verband tussen de contractsvrijheid en het autonomie-beginsel is gelegen in de omstandigheid dat het autonomie-beginsel het beginsel van contractsvrijheid vóóronderstelt. (...) In dit kader moet de rol van het autonomie-beginsel worden begrepen: de contractuele gebondenheid wordt mede gerechtvaardigd door de overweging dat zij berust op de toestemming van de betrokkenen.'

64 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

65 Zie par. 7.3, 7.4.

66 Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.31.1: 'Het beginsel van contractsvrijheid brengt niet alleen mee dat rechtssubjecten vrij zijn te contracteren met wie men wil, wat men wil, wanneer men wil (positieve contractsvrijheid), doch laat rechtssubjecten evenzeer vrij om van contractuele binding verschoond te blijven (negatieve contractsvrijheid). De negatieve contractsvrijheid vindt een verankering in het voor de 'bestaanbaarheid' van overeenkomsten in art. 1356 OBW gestelde vereiste van 'toestemming' van partijen, dat in het BW weerkeert via het model van aanbod en aanvaarding van art. 6:217 lid 1 BW. Wanneer men die toestemming niet geeft, voorkomt men contractuele gebondenheid.'

67 Zie par. 6.3, 6.5 en 6.10.

rechtshandeling van verdeling in strikte zin – is het resultaat van de zogenaamde aanzuigende of absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip.⁶⁸ Deze werking wordt in de parlementaire geschiedenis gelegitimeerd vanwege het belang om in vergelijkbare gevallen – gelet op het voor de verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg en de voor verdeling vereiste medewerking – de specifieke voor verdeling geschreven regels mede op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin van toepassing te doen zijn:

‘Het belang of een handeling een scheiding of een koop is (...) blijft (...) van gewicht voor de bijzondere vormvereisten, waaraan een verdeling moet voldoen, indien daarbij onbekwame of weigerachtige deelgenoten vertegenwoordigd zijn; verder voor de titel van de verkrijging, voor de vrijwaring en voor de vernietiging der verdeling wegens benadeling, alsmede voor het bepaalde in artikel 3.7.1.8 lid 2 [thans art. 3:175 lid 2 BW, THS].’⁶⁹

Hoewel de toelichting in het hierboven vermelde citaat anders doet vermoeden, moet worden aangenomen dat de rechtshandeling van koop, die ten gevolge van de absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling wordt aangemerkt, de gecontracteerde kwalificatie ‘koop’ niet verliest.⁷⁰ Indien tussen deelgenoten een koop wordt overeengekomen die op grond van de werking van het wettelijke verdelingsbegrip (tevens) als verdeling wordt aangemerkt, is er sprake van een rechtshandeling met een meervoudige identiteit. Vergelijk in dit verband de volgende overweging van de Hoge Raad:

‘De verdeling (...) is onder het huidige recht (...) een rechtshandeling van de gezamenlijke erfgenamen (deelgenoten) die tot levering verplicht. *In die rechtshandeling kan mede een andere rechtshandeling besloten liggen* [cursivering door mij, THS] (...).’⁷¹

68 Zie ook Kleijn 1969, p. 14 e.v.

69 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611. Zie ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612: ‘Naar de mening van de ondergetekende moet een handeling als verdeling worden aangemerkt, indien de bijzondere regelingen van toepassing behoren te zijn, die het wetboek voor verdelingen bevat: de in de artikelen 3.7.1.12 lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:183 lid 2 BW, THS] en 3.7.2.3 lid 1 [thans art. 3:194 lid 1 BW, THS] vervatte waarborgen dat de verdeling deskundig en zorgvuldig geschiedt; de vrijwaringsregeling van artikel 3.7.1.16 [thans art. 3:188 BW, THS]; de benadelingsregeling van artikel 3.7.3.2 [thans art. 3:196 BW, THS]; de in artikel 3.7.1.14 lid 4 van het oorspronkelijk ontwerp – artikel 3.7.1.14a lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:186 lid 2 BW, THS] – neergelegde regel dat een deelgenoot hetgeen hij door verdeling uit de gemeenschap verkrijgt, onder dezelfde titel houdt als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.’

70 Zie ook Van Mourik & Schols 2015, nr. 36: ‘(...) formeel [is] sprake van een koop maar materieel van een verdeling. De koop wordt mitsdien niet van rechtswege geconverteerd in een verdeling maar ‘is’ materieel een verdeling.’

71 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274, NJ 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 3.4.2. De in de rechtshandeling van verdeling besloten liggende andere rechtshandeling betrof in deze zaak een schenking. Deze schenking was tot stand gekomen doordat in het kader van de verdeling van een nalatenschap een overbedeling had plaatsgevonden gevolgd

Derhalve is het niet zozeer de vraag of de rechtshandeling een verdeling *of* een koop is, maar is het de vraag in hoeverre de in algemene zin op de verdeling respectievelijk koop toepasselijke bepalingen in concreto op de betreffende rechtshandeling dienen te worden toegepast.

De wet neemt tot uitgangspunt dat, indien aan de criteria van het wettelijke verdelingsbegrip wordt voldaan, de desbetreffende rechtshandeling dwingend-rechtelijk als verdeling wordt aangemerkt. Deze kwalificatie heeft tevens een vorm van subsidiariteit tot gevolg: ten gevolge van de werking van het wettelijke verdelingsbegrip dient in beginsel aan de toepassing van de specifiek voor verdeling geschreven regels voorrang te worden gegeven. Dit blijkt uit de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis waarin een dergelijke voorrang wordt gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van specifiek voor verdeling geschreven regels wordt gediend.⁷² Een dergelijk belang wordt echter niet uitsluitend aangetroffen in de context van de verdeling. Bij een rechtshandeling met een meervoudige identiteit kan ook met betrekking tot de 'andere rechtshandeling' (de rechtshandeling die in de rechtshandeling van verdeling besloten ligt) een dergelijk belang aan de orde zijn, zodat op dezelfde grond kan worden gekomen tot toepassing van de specifiek voor die rechtshandeling geschreven bepalingen. Mocht er sprake zijn van een conflict van belangen dan kan door middel van belangenafweging worden gekomen tot het antwoord op de vraag welke bepaling in welke mate wanneer op de betreffende rechtshandeling van toepassing dient te zijn. Daar het bij voorrang toepassen van bepalingen boven andere bepalingen slechts kan worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van die regels wordt gediend, dient de in de voorrang gelegen subsidiariteit daartoe eveneens te worden beperkt. Aldus kan de bedoelde subsidiariteit op proportionele wijze worden toegepast. Ik illustreer dit aan de hand van de volgende casus.

Casus

A en B zijn ieder voor de onverdeelde helft gerechtigd tot een eenvoudige gemeenschap bestaande uit een door hen gezamenlijk bewoonde woning. A en B wensen de woning te verdelen. Er bestaat echter verschil van mening over de wijze waarop de woning dient te worden verdeeld. Daar A en B niet tot overeenstemming kunnen komen, wordt in rechte een procedure aanhangig gemaakt. De rechter gelast dat de woning ten overstaan van een notaris bij wege van verkoop door openbare

door kwijtschelding van de met de overbedeling samenhangende schuld ten behoeve van de overbedeelde deelgenoot. Aan de schenking was – in tegenstelling tot de erfrechtelijke verkrijging – de voorwaarde verbonden dat hetgeen zal worden verkregen buiten enige huwelijksgemeenschap zal vallen (uitsluitingsclausule). Het oordeel van de Hoge Raad keert zich tegen de opvatting van het hof dat gelet op het bepaalde in art. 3:186 lid 2 BW, op grond waarvan het verkregen goed wordt gehouden 'onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden', aan de bedoelde uitsluitingsclausule geen rechtsgevolg zou toekomen.

72 Zie: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

inschrijving wordt verkocht en dat vervolgens verdeling van de netto-opbrengst van het goed dient plaats te vinden (ex art. 3:185 leden 1 en 2 BW). B brengt tijdens de inschrijvingsprocedure het hoogste bod uit. Dit wordt door de notaris aan A en B meegedeeld. Er vindt geen schriftelijke vastlegging van de koopovereenkomst plaats. Voor deze casus kan worden aangenomen dat koper B een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf zoals bedoeld in art. 7:2 lid 1 BW en dat aan de hoogste bieder (B) gunning heeft plaatsgevonden.⁷³

In hoeverre kan voor de hier geschetste casus rechtens een geldige koop en/of verdeling worden aangenomen?

Vooropgesteld kan worden dat ten gevolge van de door de rechter gelaste wijze van verdeling in beginsel niet de verdeling van het goed maar verdeling van de netto-opbrengst van het goed is beoogd (art. 3:185 lid 2 sub c BW). Dit laat echter onverlet dat in het geval een van de deelgenoten als koper optreedt niettemin moet worden gezien of sprake is van een tussen de deelgenoten tot stand gekomen koop en/of verdeling.

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre hier rechtens sprake is van een geldige koop en/of verdeling dient zowel te worden nagegaan of een rechtshandeling van koop als een rechtshandeling van verdeling (al dan niet in strikte zin) tot stand is gekomen.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen koop? Volgens art. 7:1 BW is koop de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander zich verbindt om daarvoor een prijs in geld te betalen. Op grond van de feiten kan worden aangenomen dat het in casu gaat om een koop door een particulier zoals bedoeld in art. 7:2 lid 1 BW. Op grond van dit artikellid dient de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak schriftelijk te worden aangegaan. De uitzondering op dit schriftelijkheidsvereiste zoals bedoeld in art. 7:2 lid 5 BW is hier niet aan de orde; het ten overstaan van een notaris verkopen van de woning bij wege van verkoop door openbare inschrijving moet worden onderscheiden van de verkoop ten overstaan van een notaris op een openbare veiling. Nu aan het hiervoor bedoelde schriftelijkheidsvereiste

73 De feiten zijn grotendeels ontleend aan het feitenrelaas in Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4685. In rechte wordt betoogd dat wegens het ontbreken van een schriftelijke koopovereenkomst, ingevolge artikel 7:2 BW geen rechtsgeldige koopovereenkomst tot stand is gekomen. Ik volsta met de weergave van het hof voor zover hier relevant (r.o. 3.3.2): '[appellant] stelt voorts dat ten aanzien van de vordering tot nakoming op grond van verdeling van de gemeenschappelijke boedelverdeling, een schriftelijkheidsvereiste niet wordt gesteld. Naar het oordeel van het hof miskent hij daarmee dat, hoewel de verkoop geschiedt in het kader van een boedelverdeling, sprake is geweest van een 'vrijwillige verkoop door openbare inschrijving'. Niet de woning wordt verdeeld, maar de verkoopopbrengst zal worden verdeeld. Ten aanzien van deze vrijwillige verkoop geldt het schriftelijkheidsvereiste en daaraan doet niet af dat die verkoop ertoe strekt tot verdeling te geraken. [geïntimeerde] heeft zijn bod dan ook niet uitgebracht als medegerechtigde tot de te verdelen boedel, maar als koper.'

De overwegingen van hof zal ik hier niet afzonderlijk bespreken. In de hoofdtekst geef ik mijn overwegingen weer op de daar geformuleerde rechtsvraag.

niet is voldaan, dient rechtens te worden aangenomen dat geen sprake is van een rechtsgeldig tot stand gekomen koop.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen verdeling in strikte zin? Verdeling wordt aangenomen indien een rechtshandeling voldoet aan de materiële eisen zoals die door het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW worden gesteld. Als verdeling in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling van verdeling die door de deelgenoten als zodanig is overeengekomen. Uitgaande van deze omschrijving moet worden geconstateerd dat partijen niet een verdeling in strikte zin voor ogen heeft gestaan, getuige het feit dat de bieding ter openbare inschrijving werd gedaan in het kader van een tot stand te brengen koop. Tussen partijen is derhalve geen verdeling in strikte zin tot stand gekomen.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen verdeling anders dan in strikte zin? Als verdeling anders dan in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling die in materiële zin aan de eisen van het wettelijke verdelingsbegrip voldoet en als zodanig als verdeling moet worden aangemerkt, zonder dat er sprake is van een rechtshandeling in strikte zin. Daar er in deze zaak sprake is van een verkoop via openbare inschrijving kan hierbij worden gedacht aan een als verdeling aan te merken koop. Hierboven is echter reeds geconstateerd dat wegens het niet voldoen aan het voor koop voorgeschreven vormvereiste geen rechtsgeldige koop tot stand is gebracht. Derhalve kan er ook geen sprake zijn van een koop die op grond van het wettelijk verdelingsbegrip als verdeling wordt aangemerkt.

Nu er geen sprake is van een verdeling in strikte zin of een als verdeling aan te merken koop dient ten slotte te worden onderzocht of er overigens tussen partijen een rechtshandeling tot stand is gekomen die op grond van de materiële benadering van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling moet worden aangemerkt. Verdedigd kan worden dat in casu sprake is van een door de deelgenoten overeengekomen rechtshandeling anders dan verdeling in strikte zin, waaraan alle deelgenoten medewerken en krachtens welke overeenkomst na levering zal worden voldaan aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg zoals omschreven in het wettelijke verdelingsbegrip.⁷⁴ De absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip strekt zich immers uit over iedere rechtshandeling die op grond van materiële kenmerken als verdeling kan worden aangemerkt. Om als rechtshandeling te kunnen kwalificeren is vereist dat sprake is van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁷⁵ Dit is in casu het geval. Nergens vergt de wet dat de op rechtsgevolg gerichte wil van de deelgenoten moet resulteren in de totstandkoming van een *benoemde* overeenkomst alvorens deze als verdeling kan worden aangemerkt. Een dergelijke opvatting zou de reikwijdte van de absorberende werking van het verdelings-

⁷⁴ Zie ook par. 6.10.

⁷⁵ Art. 3:33 BW.

begrip – mede in het licht van de overwegingen om de eerderbedoelde voorrang van op de verdeling betrekking hebbende regels te legitimeren – bovendien te zeer beperken. Ook het ontbreken van schriftelijke vastlegging van de mondelinge verklaringen omtrent aanbod en aanvaarding kan aan de rechtsgeldige totstandkoming van een eventuele verdeling niet in de weg staan; de wet neemt blijkens art. 3:183 lid 1 BW tot uitgangspunt dat verdeling ‘kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goeddunkt’.

Heeft deze vaststelling nu tot gevolg dat in casu – ondanks het ontbreken van een verdeling in strikte zin en een als verdeling aan te merken koop – op grond van de materiële vereisten van het wettelijke verdelingsbegrip tot een rechtsgeldig tot stand gekomen rechtshandeling van verdeling moet worden geconcludeerd? Ik meen dat dit niet het geval is. Hierboven heb ik aangegeven dat zo nodig op grond van een belangenafweging moet worden vastgesteld welke bepaling in welke mate wanneer op de betreffende rechtshandeling van toepassing is. Ik heb daarbij opgemerkt dat het bij voorrang toepassen van bepalingen boven andere bepalingen slechts kan worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van die regels wordt gediend en dat de in die voorrang gelegen subsidiariteit daartoe tevens dient te worden beperkt. Nu in casu op grond van een rechterlijke uitspraak verkoop van de woning bij wege van openbare inschrijving is gelast, heeft deelgenoot B – teneinde de bedoelde woning krachtens koop te verkrijgen – zich in de arena van biedingen begeven die vanwege het openbare karakter daarvan per definitie niet beperkt is tot gegadigden uit de deelgenoten. Daarmee heeft de koper/deelgenoot zich als particulier begeven in een markt waarvan de wetgever heeft gemeend deze te moeten reguleren aan de hand van onder meer het in art. 7:2 BW opgenomen vormvereiste in verband met de rechtsgeldige totstandkoming van de in dat artikel bedoelde koop.⁷⁶ Bezwaarlijk kan worden ingezien waarom een deelgenoot als particuliere koper zou moeten worden uitgezonderd van de bescherming zoals deze door de wetgever in beginsel aan iedere particuliere koper wordt verleend.⁷⁷ Of kan tegen een dergelijke uitkomst met succes worden aangevoerd dat de koper/deelgenoot minder bescherming behoeft dan een derde vanwege bijvoorbeeld zijn betere toegang tot informatie – zoals betreffende de bouwkwaliteit van de woning of de op

⁷⁶ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 27.

⁷⁷ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat in beginsel alleen particulieren – zowel koper als verkoper – niet rechtens afdwingbaar zijn gehouden tot nakoming van de mondelinge overeenkomst inzake koop zoals bedoeld in art. 7:2 BW. Zie HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013, 273 m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.8: ‘Indien mondeling overeenstemming is bereikt over de verkoop van een woonhuis aan een particuliere koper en de verkoper weigert zijn medewerking te verlenen aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte, dan mag [naast de particuliere koper, THS] (ook) de verkoper, mits hij een particulier is, zich erop beroepen dat aan deze mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt.’ Gelet op het feit dat in casu ieder van de deelgenoten als particulier moet worden aangemerkt, is het bovenstaande op elk van beiden van toepassing. Zie ook Huijgen 2017, nr. 12.

de woning rustende zakelijke rechten – zodat op die grond de aan de particuliere koper toekomende bescherming aan de koper/deelgenoot mag worden onthouden? Een dergelijke uitkomst zou mijns inziens ongerijmd zijn. De hier bedoelde regeling strekt mede tot bescherming tegen – kort gezegd – overhaaste koopbeslissingen.⁷⁸ Deze kunnen ook aan de orde zijn indien door een koper/deelgenoot geboden moet worden ter gelegenheid van een openbare inschrijving. Hieraan zou niet met succes moeten kunnen worden tegengeworpen dat de betreffende rechtshandeling – gelet op het wettelijke verdelingsbegrip (art. 3:182 BW) en de in beginsel voor de totstandkoming van verdeling geldende vormvrijheid (art. 3:183 BW) – op materiële gronden als verdeling zou kunnen kwalificeren. Het bij voorrang toepassen van het vormvereiste van art. 7:2 BW boven de vormvrijheid op grond van art. 3:183 BW kan mijns inziens worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van het vormvereiste wordt gediend, zoals hierboven uiteengezet. Tot zover de behandeling van deze casus.

De bovenstaande beschouwingen geven een beeld over de wijze waarop en de achtergrond waartegen de wetgever heeft gemeend via het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW invloed te moeten uitoefenen op de mogelijkheden voor deelgenoten om (al dan niet) tot verdeling te contracteren. De wetgever heeft zich bij zijn interventie ten behoeve van het gebruik van de rechtshandeling van verdeling echter niet beperkt tot het wettelijke verdelingsbegrip. Ook via andere artikelen geeft hij sturing aan de mogelijkheid voor deelgenoten van de rechtshandeling van verdeling gebruik te maken. Zonder volledigheid na te streven kan in dit verband worden gedacht aan de volgende wetsbepalingen.

78 Zo blijkt onder andere uit *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 27 dat het in artikel 7:2 lid 1 BW opgenomen vormvereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst van koop noodzakelijk is met het oog op de daarvoor in artikel 7:2 lid 2 BW voorziene bedenktijd. Uit *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 17 volgt dat de bedoelde bedenktijd een tweërlei strekking heeft: 'In de eerste plaats wordt met de bedenktijd beoogd, te verzekeren dat de koper de gelegenheid heeft om aan de hand van de aan hem ter hand gestelde koopakte deskundigen te raadplegen, zodat hij op grond van de door hen verstrekte adviezen kan beoordelen of hij aan de koop gebonden wenst te blijven. In de tweede plaats strekt de bedenktijd ertoe, de koper in de gelegenheid te stellen van een, wellicht gedwongen, overhaaste koopbeslissing terug te komen.' Zie ook: Breedveld-de Voogd 2007, nr. 3.4, 6.2; Keirse e.a. 2009, nr. 2.3, 3.3.

7.9 SUBJECTIEVE VRIJHEID EN GEBONDENHEID: OVERIGE WETSBEPALINGEN

Op grond van art. 3:178 lid 1 BW komt aan ieder van de deelgenoten het recht toe om te allen tijde verdeling van een gemeenschappelijk goed te vorderen.⁷⁹ Op grond van art. 3:179 lid 1 BW geldt bovendien dat – indien verdeling van een gemeenschappelijk goed wordt gevorderd – ieder van de deelgenoten kan verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen. Ook kan ieder van de deelgenoten blijkens art. 3:184 lid 1 BW bij een verdeling verlangen dat op het aandeel van een andere deelgenoot wordt toegerekend hetgeen deze deelgenoot aan de gemeenschap schuldig is. Binnen het erfrecht kent de wet hieromtrent in art. 4:228 BW een eigen bepaling op grond waarvan door een erfgenaam aan de erflater schuldig gebleven schulden en bepaalde andere schulden⁸⁰ kunnen worden toegerekend op het erfdeel van de erfgenaam-schuldenaar.

Naast het recht op toedeling in het algemeen kunnen ook rechten bestaan op toedeling van specifieke goederen en schulden.⁸¹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn op basis van het op bijzondere wijze verknocht zijn van een goed of een schuld, zoals bedoeld in art. 1:94 lid 5 BW.⁸² In lijn daarmee wordt ook wel een verkrijging van goederen krachtens een wettelijke overnamerecht, zoals het overnamerecht op grond van art. 1:101 BW,⁸³ als een verkrijging krachtens verdeling gezien,⁸⁴ hoewel daar ook anders over wordt gedacht.⁸⁵ Op grond

79 Voor de vaststelling dat verdeling dient plaats te vinden, is geen consensus vereist. De vraag hoe de goederen verdeeld zullen worden is voorwerp van overeenstemming tussen de deelgenoten. Mochten de deelgenoten niet tot overeenstemming kunnen komen dan kan op grond van art. 3:185 BW rechterlijke tussenkomst worden gevorderd.

80 Art. 4:228 lid 2 BW: 'schulden als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder *f* tot en met *h* (cursivering in wettekst, THS)'. Het betreft hier kort gezegd schulden wegens aanspraak op een legitieme portie (onder *g*), schulden uit andere wettelijke rechten (onder *f*) en schulden uit legaten die op een of meer erfgenamen rusten (onder *h*).

81 Een enkel recht op verdeling of een aanbod daartoe doet nog geen verdeling ontstaan. Ook de overeenkomst waarbij tussen de deelgenoten wordt afgesproken dat een goed van de gemeenschap aan één van hen zal worden toegedeeld of desverlangd zal worden toegedeeld, is geen verdeling. Een dergelijke overeenkomst kwalificeert als een toedelingsbeding en is anders dan een verblijvenbeding geen verdeling, zie De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. IV.68. Zie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 2016 (1-II), nr. 362.

82 Voorheen art. 1:94 lid 3 BW. Zie: Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85 onder verwijzing naar III.12 e.v.

83 Het betreft hier het recht van ieder van de echtgenoten na ontbinding van de huwelijks-gemeenschap bepaalde goederen ('de te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende') tegen de geschatte prijs over te nemen.

84 Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85, III.91; Kraan 2017, nr. 7.6; Van Mourik & Verstappen 2014a, nr. 5.8.7.; Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 2016 (1-II), nr. 359.

van het bepaalde in art. 3:174 BW kan in de daar bedoelde situatie ten behoeve van een deelgenoot voor wie een te verkopen goed een bijzondere waarde heeft, de rechter overneming van het goed bevelen. De uiteindelijk tussen de deelgenoten tot stand te brengen ‘overneming’ is blijkens de parlementaire geschiedenis aan te merken als een verdeling in de zin van art 3:182 BW.⁸⁶ De afwikkeling van een reprise bij een huwelijksgemeenschap kan desgevoerd voorafgaand aan de verdeling plaatsvinden.⁸⁷

85 *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 6, p. 19 (MvT): ‘Gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 96, derde lid, leidt niet tot verdeling in de zin van artikel 182, Boek 3, Burgerlijk Wetboek. Het gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid leidt immers niet tot verdeling. Het overnamingsrecht is te vergelijken met dat van artikel 101.’ Voor een herhaling van de laatstbedoelde opvatting: *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 10, p. 20 (NNV). Ook uitgaande van de juistheid van het standpunt dat een verkrijging van goederen krachtens het overnamerecht zoals bedoeld in art. 1:101 BW niet tot verdeling leidt, blijft het mogelijk het hier bedoelde overnamerecht te effectueren via een tussen de deelgenoten tot stand te brengen verdeling en een opvolgende levering. Denk hierbij aan de mogelijkheid het aan de betreffende deelgenoot toekomende recht te noveren zodanig dat tussen beide deelgenoten een verdeling tot stand komt (zie par. 4.5). Anders dan bij de rechtstreekse uitoefening van het bepaalde in art. 1:101 BW is hiertoe in beginsel wel medewerking van de andere deelgenoot vereist. Het lijkt mij verdedigbaar, mede in aanmerking genomen de verwantschap van het hier bedoelde overnamerecht met rechten op toedeling op basis van een bijzondere verknoktheid zoals bedoeld in art. 1:94 BW (Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85 onder verwijzing naar III.12 e.v.), dat in het geval van een onwillige (ex-)echtgenoot door tussenkomst van de rechter tot eenzelfde resultaat kan worden gekomen. Hierbij moet worden bedacht dat het belang om bepaalde goederen krachtens verdeling te verkrijgen, gelegen kan zijn in de fiscale behandeling daarvan. Zo kan worden gedacht aan de verkrijging van een onroerende zaak behorende tot de ‘beroeps- en bedrijfsmiddelen’ waarvoor op grond van de Wet op belastingen van rechtsverkeer geldt dat een dergelijke verkrijging als een van de wet uitgezonderde verkrijging wordt beschouwd indien deze wordt verkregen krachtens verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap (art. 3 lid 1 sub b Wbr).

86 *MvA II, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 596; *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 34, 35.

87 Art. 3:178 lid 2 BW: ‘Op verlangen van een deelgenoot kan de rechter voor wie een vordering tot verdeling aanhangig is, bepalen dat alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan.’ Hieronder moet ook worden begrepen de afwikkeling van een reprise. In het Ontwerp Meijers luidt art. 3.7.1.13: ‘Ieder der deelgenoten kan bij de verdeling vorderen, dat zijn opeisbare vorderingen op de gemeenschap daaruit worden voldaan (...)’. Deze regel is in het gewijzigde ontwerp weggelaten vanwege het nieuw geformuleerde tweede lid van art. 3.7.1.9 (thans art. 3:178 lid 2 BW) dat in meer algemene zin hiervoor een voorziening treft op de wijze zoals hierboven weergegeven. Zie *MvA II, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 606, 616. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 163; Reinhartz, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:95 BW, aant. 10 inzake HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7904, JPF 2007, 74:

‘De Hoge Raad stelt dat men bij de berekening van een reprise moet onderscheiden tussen verschillende situaties: a. de gemeenschap is nog niet verdeeld en er is voldoende vermogen in de gemeenschap om daaruit de reprisevordering te voldoen. In dat geval dient de reprise uit de ontbonden gemeenschap te worden voldaan. b. de gemeenschap is al verdeeld. In dat geval kan de reprisegerechtigde zich voor de helft van het bedrag van de reprise verhalen op het privé-vermogen van de ander. c. de gemeenschap is nog niet (geheel)

Binnen het erfrecht wordt van oudsher aan de erflater de mogelijkheid toegekend om (bevoegdheden tot) de verdeling van de nalatenschap vast te stellen. De onder oud recht bestaande mogelijkheid voor een erflater om overeenkomstig het bepaalde in art. 4:1167 OBW een ouderlijke boedelverdeling te maken is voor het huidige recht niet gehandhaafd. Het huidige erfrecht kent de zogenaamde wettelijke verdeling zoals bedoeld in art. 4:13 BW. Dit betreft echter een verdeling van rechtswege en derhalve geen verdeling in de zin van art. 3:182 BW daar voor de laatstbedoelde verdeling de medewerking van alle deelgenoten is vereist.⁸⁸ Wel kan een erflater blijkens art. 4:153 BW bij uiterste wil een bewind instellen over een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen en desgewenst daarbij op grond van art. 4:171 lid 1 BW de bevoegdheden van de testamentaire bewindvoerder uitbreiden, zodanig dat aan deze het recht wordt toegekend om – zo nodig zelfstandig⁸⁹ – de onder het bewind vallende goederen te verdelen.⁹⁰

verdeeld maar zij biedt onvoldoende verhaal voor de reprise. In dat geval heeft de echtgenoot – voor zover mogelijk – recht op voldoening van zijn vordering uit de gemeenschap. Voor het resterende deel mag hij zich voor de helft verhalen op het privé-vermogen van de ander.’ Zie ook De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.51.

NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613 vermeldt dat de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip niet beoogt uit te sluiten dat een reprise in het kader van verdeling kan worden afgewikkeld. De Bruijn/Soons, Kleijn, Huijgen & Reinhartz 1999, p. 380-381 vermeldt dat een reprise op grond van de beginselen van redelijkheid en billijkheid een recht op ‘toescheiding’ inhoudt. Het handboek (t.a.p.) voegt daaraan toe dat in verband met de tweede volzin van art. 3:182 BW evenwel geen sprake kan zijn van toedeling, maar van levering. Van Mourik & Verstappen 2014a, nr. 5.8.7 beschouwt op grond van de vorenbedoelde tweede volzin de voldoening van een reprise niet als verdeling.

Ook hier merk ik op dat het aan de deelgenoten vrij staat gebruik te maken van de mogelijkheid tot schuldvernieuwing. De reprise kan worden voldaan door het doen van afstand van de vordering tegen overbedeling van de deelgenoot/schuldeiser. Dan is er sprake van een nadere overeenkomst tussen deelgenoten die als verdeling kwalificeert. Zie NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, alsmede par. 4.5.

88 Art. 3:182 BW jo. art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook par. 7.7.

89 Over het antwoord op de vraag of de bevoegdheid tot uitbreiding van bevoegdheden eveneens ziet op de mogelijkheid voor de bewindvoerder om zelfstandig – dat wil zeggen als vertegenwoordiger van de rechthebbenden maar zonder hun toestemming – mee te werken aan de vaststelling van een verdeling wordt verschillend gedacht. Zo wordt enerzijds verdedigd dat de aard van het bewind aan een dergelijke uitbreiding van bevoegdheden in de weg staat althans daaromtrent vragen oproept. Zie: Huijgen 2004, p. 620; Mellema 2006, p. 209-210. Anderzijds wordt verdedigd dat een zodanige uitbreiding van bevoegdheden tot de mogelijkheden behoort. Zie: B. Schols 1999, p. 749; Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 399, 497a; Kraan 2003, p. 624; Van Mourik 2004, p. 20; B. Schols 2004a, p. 225-232; B. Schols 2004b, p. 243-250; F. Schols 2004, p. 60 e.v.; Perrick 2006a, p. 502-504; Perrick 2006b, p. 613; Kolkman 2004, p. 78-79. Zie in dit verband ook: NW 2, *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 2132.

90 Hierbij dient steeds te worden bedacht dat de mate van vrijheid om de bevoegdheden van de bewindvoerder te verruimen (dan wel te beperken) mede bepaald wordt door de aard van het bewind en het recht van de rechthebbende (MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540; NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540). De reikwijdte van de aan de bewindvoerder toegekende bevoegdheden moet met deze criteria in overeenstemming zijn. Waar de woordelijke opname van

Ik kom tot een conclusie. Mede gelet op hetgeen in deze en in eerdere paragrafen is overwogen met betrekking tot het beginsel van de contractsvrijheid en de hoedanigheid waarin deelgenoten aan de totstandkoming van verdeling dienen mee te werken, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat ook het initiatief tot het aangaan van de rechtshandeling van verdeling moet liggen bij ten minste een van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten en wel in een dergelijke hoedanigheid. Voor het uitgangspunt dat ook het initiatief tot het aangaan van de rechtshandeling van verdeling tenminste moet liggen bij een van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten kan steun worden gevonden in de arresten van de Hoge Raad, die blijkens de parlementaire geschiedenis ten grondslag zijn gelegd aan de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.⁹¹ Aangenomen kan worden dat aan de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling de voorwaarde verbonden is dat deelgenoten daartoe medewerken in dezelfde kwaliteit als waarin zij tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd, in persoon of vertegenwoordigd.⁹² Het recht op toedeling van een bepaald goed mag niet zijn gelegen in een grond tot stand gekomen buiten de kring van met elkaar in het kader van verdeling contracterende deelgenoten.⁹³ Een uitzondering op deze regel kan slechts worden aangenomen indien daarvoor een rechtsgrond bestaat.

deze criteria in de wet uiteindelijk als overbodig wordt geschrapt, bevestigt dit het uitgangspunt dat ook zonder uitdrukkelijk voorschrift aan deze criteria dient te worden getoetst (GO, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540; NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540). Voor de precieze afbakening van de rechts(on)geldige inzet van versterkte bevoegdheden ten behoeve van de bewindvoerder sluit ik aan bij een uittaling van de minister in verband met de begrenzing van de hier bedoelde bevoegdheden (NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540): ‘(...) het trekken van de juiste grens [kan] het beste aan de rechter worden overgelaten.’ De relevantie van de hier hierboven bedoelde gedeelten uit de parlementaire geschiedenis van de niet ingevoerde titel 3.6 BW voor afdeling 4.4.7 BW blijkt onder meer uit de gelijkenis tussen art. 3.6.2.1a (ontwerp) en art. 4:171 BW, alsmede uit MvA, *Kamerstukken I* 1998/99, 17 141, 120a, p. 23-24.

91 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, onder verwijzing naar: HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126. Zie ook par. 7.4.

92 Het hierboven bedoelde beginsel, waarbij het tussen deelgenoten bestaande deelgenootschap als onderliggende rechtsverhouding kenmerkend is voor de hoedanigheid waarin alle deelgenoten overeenkomstig het verdelingsbegrip aan verdeling dienen mee te werken, is eveneens van toepassing op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Zo moet worden aangenomen dat bij een op grond van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling aan te merken koop de deelgenoten als deelgenoten aan de koop hebben meegewerkt. Zouden slechts enkele van tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten onderling een koop zijn overeenkomen, dan doen zij dit eveneens in hun hoedanigheid als deelgenoot. Daar echter in dat geval niet alle deelgenoten daartoe medewerken, kan van verdeling geen sprake zijn.

93 Zo is er geen sprake van het uit vrije wil komen tot een bepaalde wijze van verdeling indien door de erfflater aan een mede-erfgenaam het recht is gelegateerd om desgewenst toedeling van een bepaald goed aan zichzelf te verlangen. Zie ook Boelens 2015, p. 225-226. Zie anders Vegter 2015, p. 86, die betoogt dat indien de legataris van dit (wils)recht gebruik maakt tussen de erfgenamen een verdeling in obligatoire zin tot stand komt.

8 | Object in het kader van verdeling

8.1 INLEIDING

De reikwijdte van de toepasselijkheid van de rechtshandeling van verdeling wordt mede bepaald door de opvatting van hetgeen krachtens verdeling wordt verkregen. In hoofdstuk 6 heb ik een analyse gemaakt van de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ volgens het wettelijke verdelingsbegrip.¹ Uitgaande van de formulering van het wettelijke verdelingsbegrip kan worden geconcludeerd dat voor de totstandkoming van een juridische verdeling met verschillende soorten verkrijgingen rekening gehouden dient te worden.² Hetgeen in het kader van verdeling als object moet worden beschouwd speelt daarin een cruciale rol.

In dit hoofdstuk zullen centraal staan de vaststelling van het object van zowel de rechtshandeling van verdeling als de levering ter uitvoering van de verdeling.³ Ten slotte zal worden ingegaan op de zogenaamde schulden-gemeenschap, een nog weinig beschreven rechtsfiguur die in de bovenbedoelde zin als gemeenschap zonder object moet worden beschouwd.⁴

8.2 OBJECT VAN VERDELING

De sleutel voor het vaststellen van het object van de rechtshandeling van verdeling dient mijns inziens te worden gezocht in de reikwijdte van het voor verdeling vereiste verkrijgingsbegrip.⁵ Zoals ik eerder heb gesteld wordt de reikwijdte van het ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling bepaald door ener-

1 Zie par. 6.11.

2 Zie par. 6.8, 6.11.

3 Bij de duiding van de rechtshandeling van verdeling wordt tot uitgangspunt genomen dat de verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat. Zie L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299, alsmede par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening.

4 Een artikel over dit onderwerp getiteld ‘Een kader voor aanvaarding en verdeling van de schuldengemeenschap’ is gepubliceerd in *WPNR*, zie Sikkema 2018, p. 176-181.

5 Met het verkrijgingsbegrip doel ik op het voor verkrijging krachtens verdeling door de wet vereiste rechtsgevolg, namelijk het door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Zie par. 5.1, 6.1.

zijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip⁶ en anderzijds door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken.⁷ Aldus meen ik dat als rechtens juist moet worden beschouwd de opvatting dat het object van de rechtshandeling van verdeling het gehele gemeenschapsgoed betreft, met dien verstande dat het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door de cumulatie van de laatstbedoelde criteria.

In één criterium samengevat komt dit erop neer dat voor de toepassing van het bepaalde in art. 3:182 BW dient te worden uitgegaan van het gehele gemeenschapsgoed als object van verdeling, waarbij het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door enerzijds de grootte van de gerechtigdheid van de verkrijgende deelgenoot vóór verdeling en levering (als minimum) en anderzijds de totale gerechtigdheid tot het goed als geheel (als maximum).⁸

Een alternatieve benadering waarbij het object van de rechtshandeling van verdeling gelijk wordt gesteld aan dat van een rechtshandeling zoals koop (met in het geval van een rechtshandeling tussen deelgenoten als object een aandeel in een goed) is een benadering die bezwaarlijk als rechtens juist kan worden aangemerkt. Een dergelijke benadering leidt tot discrepantie tussen oud en nieuw recht met betrekking tot de inhoud en daarmee de reikwijdte van hetgeen als scheiding respectievelijk verdeling wordt beschouwd.⁹ Deze consequentie is ongerijmd, nu met de terminologische aanpassing nadrukkelijk geen materiële wijziging van de rechtsfiguur is beoogd.¹⁰ Ook geeft de uitleg van het begrip ‘verkrijgen’ in art. 3:182 BW in termen van aanwas niet het juiste kader voor de vaststelling of sprake is van verdeling.¹¹ Een dergelijke benadering dient derhalve te worden afgewezen.

Onder de vaststelling dat als object van de rechtshandeling van verdeling heeft te gelden het gemeenschapsgoed als geheel, moet mijns inziens ook

6 Zie par. 6.2, 6.3.

7 Zie par. 6.11.

8 Zie par. 6.11.

9 Vergelijk par. 6.13 (casus II: ABC à 1/3 naar B 2/3, C 1/3). Een dergelijk gevolg kan alleen krachtens verdeling worden bereikt indien het gehele goed als object van verdeling heeft te gelden.

10 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612. Zie ook par. 5.2 e.v., 6.9 en 6.13 (casus II).

11 Zie par. 6.2: ‘Bij een benadering van ‘verkrijgen’ in termen van aanwas is denkbaar dat een of meer deelgenoten hun gerechtigdheid in relatieve zin vergroten (aanwas), terwijl bij de overige deelgenoten de gerechtigdheid in relatieve zin vermindert of gelijk blijft (ontbreken van aanwas), zonder dat enige deelgenoot ophoudt deelgenoot te zijn. Van verdeling kan in dat geval geen sprake zijn; er treedt geen verminderde mate van onverdeeldheid op zodat aan de maatstaf voor verdeling niet wordt voldaan.’

worden begrepen een latent¹² aanwezig (niet voorafgaand aan de verdeling als zodanig gevestigd) vruchtgebruik.¹³ Reeds onder oud recht wordt aangenomen dat de toedeling aan een of meer deelgenoten van een latent aanwezig vruchtgebruik op goederen van de gemeenschap als scheiding kan worden aangemerkt.¹⁴ Gelet op het gegeven dat bij de overgang van oud naar nieuw recht met de vaststelling van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling geen materiële wijziging ten opzichte van de rechtsfiguur van scheiding is beoogd, mag op dit punt een voortzetting van beleid worden verwacht.¹⁵

8.3 OBJECT VAN LEVERING

Met betrekking tot het object van levering ter uitvoering van de verdeling kan het volgende worden overwogen. Op grond van het bepaalde in art. 3:186 lid 1 BW is voor de overgang van het aan ieder van de deelgenoten toegedeelde een levering vereist. Zowel de wettekst als de toelichting daarop geven de indruk dat het object van de levering het gehele verdeelde ofwel toegedeelde goed betreft.¹⁶ Zo spreekt de wettekst over de levering in het kader van de overgang van 'het toegedeelde' en spreekt de minister over het feit dat krach-

12 Voor de opvatting dat het vruchtgebruik latent aanwezig is in het eigendomsrecht, kan mede steun worden gevonden in artikel 3:8 BW waarin is vermeld dat een beperkt recht een recht is dat is afgeleid uit een meer omvattend recht (eigendom). Zie: Huijgen 2008, p. 95; Maasland 2010, p. 74. Over de latente aanwezigheid van het recht zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 174.

13 Zie ook: Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 3; Huijgen 2008, p. 95; Maasland 2010, p. 74; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 174, 188 (althans voor de contractuele verdeling, niet voor de verdeling door de rechter). Zie anders Van Mourik 2010, p. 527.

14 Zie: Kleijn 1969, p. 12-13; Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 2, alsmede HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2781, *BNB* 2005/368, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken, in welke zaak als verdeling is aangemerkt de zodanige scheiding van de nalatenschap van vader (overleden 1985) dat aan de moeder het zakelijke recht van gebruik en bewoning van het woonhuis werd toebedeeld en aan belanghebbende en diens broer ieder de onverdeelde helft van de blote eigendom. Zie ook HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4810, *NJ* 1985, 527, m.nt. W.M. Kleijn (*Vier huizen*), waarin niet zozeer een verdeling in bovenbedoelde zin wordt aangetroffen, maar een scheiding plaatsvindt van een gemeenschap van blote eigendom tussen vader en de beide dochters. Het in deze zaak aannemen van een gemeenschap van blote eigendom suggereert eveneens een latent aanwezig vruchtgebruik ten behoeve van de vader met betrekking tot het krachtens huwelijksvermogensrecht aan hem toebehorende deel van de (door het overlijden van zijn echtgenote) ontbonden algehele huwelijksgemeenschap.

Daar deze studie is beperkt tot de contractuele verdeling, laat ik beschouwingen over de ouderlijke boedelverdeling in de zin van art. 4:1167 OBW in dit verband achterwege. Zie daarvoor: Huijgen 1995b, p. 638-640; Huijgen 2008, p. 94-96.

15 Zie: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612; Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 2. Zie ook par. 5.2 e.v.

16 Voor de toelichting zie: L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

tens verdeling – ‘de vaststelling van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt’ – de ‘verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen’.¹⁷ Indien een dergelijke benadering tot uitgangspunt wordt genomen voor het antwoord op de vraag wat het object van de levering ter uitvoering van de verdeling betreft, zal het gehele gemeenschapsgoed als object van levering moeten worden beschouwd.¹⁸

De vraag kan worden gesteld of de aanname dat het object van de levering ter uitvoering van de verdeling het gehele gemeenschapsgoed moet betreffen wel zo noodzakelijk is als het op grond van de wettekst en de toelichting daarop lijkt. Kan in het kader van een alternatieve benadering van de levering ter uitvoering van de verdeling van een goed wellicht worden volstaan met de levering van een aandeel in het betreffende goed in plaats van de levering van het goed als geheel?

Zoals ik eerder heb gesteld wordt de reikwijdte van het ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling bepaald door enerzijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip (object: goed als geheel)¹⁹ en anderzijds door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken (object: aandeel).²⁰ Indien deze criteria worden gekoppeld aan het object van verdeling respectievelijk levering, dan leidt dit tot de uitkomst dat als object van verdeling wordt aangemerkt het gehele gemeenschapsgoed en dat als object van de levering ter uitvoering van verdeling wordt aangemerkt het aandeel in het gemeenschapsgoed naar de mate waarin een deelgenoot over zijn aandeel daarin kan beschikken.

Het belang om ter uitvoering van de verdeling van een goed een aandeel in het betreffende goed te leveren kan erin zijn gelegen dat daarmee een oplossing wordt gecreëerd voor enkele eerder geconstateerde kwesties. De voor verdeling vatbare gemeenschappen dienen als breukdelengemeenschappen te worden aangemerkt.²¹ Bij dergelijke gemeenschappen brengen beginselen van goederenrecht met zich dat in beginsel verkregen wordt hetgeen men niet heeft en niet (ook) hetgeen men reeds heeft.²² Tevens kan ten gevolge van de bovenstaande benadering conversie ter opheffing van een gebrek in de uitvoering van de titel achterwege blijven, indien ‘slechts’ een aandeel wordt geleverd.²³ Daarnaast hoeft niet langer discussie te bestaan over de (on)mogelijkheid van het maken van onderscheid tussen de effectuering van een ver-

17 L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

18 Zie ook par. 6.2 e.v. met verwijzingen.

19 Zie par. 6.2, 6.3.

20 Zie par. 6.11.

21 Zie par. 2.3.

22 Zie par. 6.2.

23 Zie par. 6.5.

deling in strikte zin en een als verdeling aan te merken rechtshandeling anders dan verdeling in strikte zin (zoals koop).²⁴

Kan er gelet op de regeling van de verdeling bezwaar bestaan tegen een dergelijke wijze van handelen? In zijn Ontwerp neemt Meijers een regeling op, die de voorloper is van het latere art. 3:186 lid 1 BW. Meijers formuleert in die fase in termen van overdracht in plaats van overgang:

‘De overdracht van het aan een ieder der deelgenoten toebedeelde dient te geschieden op de wijze als voor overdracht van goederen in het algemeen is voorgeschreven.’²⁵

Meijers motiveert deze keuze met de volgende toelichting:

‘Het derde lid van het artikel [art. 3.7.1.14 lid 3 OM, vergelijkbaar met het huidige art. 3:186 lid 1 BW, THS] breekt met de zogenaamde declaratieve kracht der scheiding.’²⁶

Op een andere plaats in zijn Toelichting merkt Meijers op dat:

‘(...) aan de deling geen declaratieve maar een zuiver obligatoire werking wordt toegekend (...).’²⁷

Slechts op een onderdeel is Meijers van mening dat een aspect dat aan de declaratieve werking doet denken blijft gehandhaafd:

‘Het enige punt, waarop in het stelsel van het ontwerp de werking van een verdeling aan een declaratieve kracht doet denken, is dat een scheiding geen verandering in de titel, krachtens welke men houdt, brengt.’²⁸

Dat op enig moment in het artikellid dat we thans kennen als art. 3:186 lid 2 BW het woord ‘overdracht’ wordt vervangen door ‘overgang’, doet de bovenstaande kwalificaties niet noodzakelijk wijzigen.²⁹

24 Zie par. 6.5.

25 Art. 3.7.1.14 lid 3 OM.

26 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

27 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

28 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 618.

29 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620. Zie: Pleysier 1983, p. 354; Van Hemel 1998, p. 294 e.v.; Van Hemel 2014, p. 109-110 over de misvatting van de noodzaak tot aanpassing op dit punt. Van Hemel 1998, p. 303-304: ‘De wijziging van het woord “overdracht” in het woord “overgang”, zo volgt uit de daarop gegeven toelichting, is dus niet een blijk van een geheel andere opvatting van de wetgever over de werking van de verdeling; zij is slechts een gevolg van een poging (...) die op een onzuivere grondslag rust, namelijk op dezelfde onzuivere hantering van het woord “titel” als die waartoe Meijers zich in zijn toelichting heeft laten verleiden.’

In dit verband is eveneens relevant de vraag gesteld door de Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer tegen het einde van het wetgevingsproces met betrekking tot de aard van de verdeling.³⁰ De bedoelde Commissie vraagt aan de minister:

‘Is de conclusie van de commissie juist dat in titel 3.7 noch voor het zogenaamde translatieve stelsel, noch voor het zogenaamde declaratoire stelsel is gekozen, doch voor een tussenfiguur in die zin dat de deelgenoot eerst verkrijgt door de leverings-handeling die op de verdeling volgt (translatief), doch dat die verkrijging krachtens de onderhavige bepaling een verkrijging is onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen voor de verdeling hielden (declaratoir).’³¹

Het antwoord van de minister luidt:

‘De conclusie van de commissie wordt geheel onderschreven. Getracht is van beide oudtijds tegenover elkaar gestelde constructies de praktische voordelen zonder de nadelen over te nemen.’³²

Voor de handhaving van de hierboven bedoelde declaratieve (declaratoire) werking is het niet noodzakelijk dat het gehele goed object van levering is ter uitvoering van de verdeling. Ter uitvoering van de verdeling – de vaststelling wat aan ieder van de deelgenoten toekomt³³ – is wel noodzakelijk dat de regeling van art. 3:186 lid 2 BW daarop van toepassing is. Met de regeling van art. 3:186 lid 2 BW wordt erin voorzien dat hetgeen een deelgenoot verkrijgt door hem wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.³⁴ Zo wordt verzekerd dat levering van een aandeel in een goed leidt tot een vergelijkbaar gevolg met betrekking tot de titel waaronder de verkrijger *houdt* als de levering van het goed als geheel. Hetgeen de deelgenoot reeds heeft, houdt hij immers onder dezelfde titel als de titel waaronder hij het verkregen aandeel zal gaan houden.

De vraag kan worden gesteld of een dergelijke benadering niet een complexe casuïstiek tot gevolg heeft zoals bijvoorbeeld eerder voor het Romeinse

30 *Kamerstukken II* 1986/87, 17496, 26, p. 2 (L.v.Vr. II Inv.) en *Kamerstukken II* 1986/87, 17496, 28, p. 5 (L.v.Antw. II Inv.). De lijst van vragen is vastgesteld op 3 juni 1987 en de lijst van antwoorden is ontvangen op 10 juni daarna.

31 L.v.Vr. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

32 L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

33 L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

34 Is er sprake van een verkrijging krachtens erfrecht dan dient te worden aangenomen dat erfgenamen de nalatenschapsgoederen door erfopvolging hebben verkregen en deze goederen houden onder dezelfde titel als waaronder de erflater deze voor zijn overlijden hield. Blijkens de werking van art. 3:186 lid 2 BW worden de betreffende goederen ook na verdeling en levering onder de laatstbedoelde titel gehouden. De verkrijging krachtens verdeling – een verkrijging onder bijzondere titel – laat dat onverlet. Zie: Verstappen 1996, p. 67; Van Hemel 1998, p. 299; Van Hemel 2014, p. 110.

recht is geconstateerd?³⁵ Een dergelijke complexiteit kan worden vermeden indien de regeling van beschikkings(on)bevoegdheid over aandelen gedurende de periode van onverdeeldheid afhankelijk wordt gesteld van het resultaat na verkrijging krachtens verdeling. Het bepaalde in art. 3:177 lid 1 BW kan in dat licht worden gezien.³⁶

Gelet op het bovenstaande is het zowel wenselijk als denkbaar dat de hier als alternatief voor de levering van het gehele goed gepresenteerde wijze van effectuering van de verdeling door levering van het aandeel, tot een rechtens juiste handelwijze wordt verheven.³⁷ Hiertoe mag aan de minister in overweging worden gegeven op consequente wijze de regeling van de verdeling te doordenken en van (voorstellen tot) verbetering te voorzien. Van een dergelijke verbetering mag in elk geval de hierboven behandelde alternatieve benadering van de levering ter uitvoering van de verdeling deel uitmaken.

8.4 GEMEENSCHAP ZONDER OBJECT: SCHULDENGEMEENSCHAP

Als object van de rechtshandeling van verdeling dient te worden beschouwd het (gehele) goed dat tot de gemeenschap behoort.³⁸ Gemeenschap wordt aangenomen wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.³⁹ De situatie kan zich echter voordoen dat twee of meer personen ten aanzien van een of meer schulden gezamenlijk schuldenaar zijn *zonder* dat zij gezamenlijk tot een of meer goederen zijn gerechtigd. In een dergelijke situatie wordt wel gesproken van een 'schuldengemeen-

35 Zie: par. 2.2; Zwalve 1984, p. 93-94 (Justiniaans recht), p. 118 (NBW).

36 Art. 3:177 lid 1 BW: 'Wordt een gemeenschappelijk goed verdeeld of overgedragen, terwijl op het aandeel van een deelgenoot een beperkt recht rust, dan komt dat recht te rusten op het goed voor zover dit door die deelgenoot wordt verkregen, en wordt het goed voor het overige van dat recht bevrijd (...).' Zie ook: Zwalve 1984, p. 94-98; Van Hemel 1998, p. 140, 141. Beide bronnen verwijzen naar Simon à Groenewegen van der Made in *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* naar aanleiding van D. 20, 6, 7, 4 (Gaius). Vergelijk ook Zwalve 1984, p. 119-120 over de relevantie van de (minderheids)opvatting van Trebatius, D. 33, 2, 31 (Labeo), voor huidig recht.

37 Het feit dat de Wet op belastingen van rechtsverkeer tot uitgangspunt neemt dat hetgeen krachtens verdeling wordt verkregen, geacht wordt voor het geheel te zijn verkregen, mag mijns inziens niet aan de hier voor het civiele recht voorgestelde wijze van effectuering van de verdeling worden tegengeworpen. Bij de bepaling van hetgeen in het kader van verdeling als rechtens dient te worden beschouwd dient in beginsel enkel te worden gelet op de behoeften van het civiele recht (vergelijk MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612). Overigens wordt voor de vaststelling van de maatstaf van heffing binnen de Wet op belastingen van rechtsverkeer de waarde van de verkrijging (in de regel) verminderd met de waarde van de deelgerechtigdheid van de verkrijger in de verdeelde goederen (art. 7 Wbr jo. art. 12 lid 1 Wbr).

38 Zie par. 6.2 e.v. en par. 7.8.

39 Art. 3:166 lid 1 BW.

schap'.⁴⁰ De 'schuldengemeenschap' lijkt een vreemde eend in de bijt van de gemeenschappen. De wettelijke omschrijving van het begrip 'gemeenschap' is immers gericht op goederen⁴¹ en niet op schulden.⁴² Daar staat tegenover dat schulden aan de gemeenschap niet vreemd zijn. Zo spreekt de wet over 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en over 'tot de gemeenschap behorende schulden'.⁴³

Indien de bepalingen van titel 3.7 BW op de schuldengemeenschap van toepassing kunnen worden verklaard kan tevens in de mogelijkheid worden voorzien de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap toe te passen.⁴⁴ Vanuit het gezichtspunt van deze studie is het daarmee ook relevant enige gedachten te wijden aan de mogelijkheid van aanvaarding en verdeling van de hier bedoelde schuldengemeenschap.

Hoewel enerzijds het wettelijke verdelingsbegrip in de formulering gericht is op de verdeling van goederen (en niet van schulden),⁴⁵ wordt anderzijds 'de toedeling van een schuld' met zoveel woorden door de wet bepaald,⁴⁶ zodat ook voor de schuldengemeenschap de mogelijkheid van toedeling van schulden aangenomen zou kunnen worden. Hierbij dient te worden bedacht dat de overgang van een schuld pas (externe) werking heeft ten opzichte van de schuldeiser indien deze, na van de overneming in kennis te zijn gesteld, daartoe zijn toestemming verleent.⁴⁷ Ook schrijft de wet na een verkregen bevel tot verdeling de medewerking van een schuldeiser voor.⁴⁸ Indien schuldenaren hoofdelijk tot een schuld zijn verbonden, zal een schuldeiser de vereiste toestemming doorgaans niet verlenen indien hij daardoor in een

40 Van Mourik 2012, nr. 3.

41 Op deze constatering is nuancerend mogelijk, denk bijvoorbeeld aan goodwill. Zie Van Mourik 2012, nr. 2, 3.

42 Wel spreekt de wet van 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en van 'tot de gemeenschap behorende schulden'. Zie bijvoorbeeld: art. 3:174 BW, art. 3:178 lid 2 BW, art. 3:179 lid 1 BW en art. 3:182 BW in verband met voor rekening van de gemeenschap komende schulden en art. 3:192 BW in verband met tot de gemeenschap behorende schulden. Voor het belang van het onderscheid zie: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 11; Van Mourik & Schols 2015, nr. 33, 35; Perrick 2012, p. 649-650; *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 608.

43 Ibidem.

44 Zie ook Van Mourik 2012, nr. 3.

45 Zie art. 3:182 BW.

46 In art. 3:179 lid 3 BW wordt gesproken van 'de toedeling van een schuld'. Gebruikelijk worden geen schulden 'verdeeld', maar wordt in het kader van een verdeling van goederen tevens bepaald welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen (in termen van draagplicht). Vergelijk: Perrick 1986, nr. 94; Tuil 2009, nr. 278; Van Mourik 2012, nr. 3; Stille 2012, nr. 6.2; Perrick 2012, p. 649-650; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

47 Art. 6:155 BW.

48 Art. 3:180 lid 2 BW. Op grond van dit artikellid wordt een schuldeiser in staat gesteld zijn belangen zoveel mogelijk veilig te stellen. Een verdeling waaraan niet alle deelgenoten en alle andere personen wier medewerking vereist is (zoals de bedoelde schuldeiser) hebben deelgenomen, is op grond van het bepaalde in art. 3:195 lid 1 BW in beginsel nietig. Zie ook: *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 628, 632; Perrick 1986, nr. 25; Van Mourik & Schols 2015, nr. 54, 74.

slechtere positie komt te verkeren. Dit laat echter onverlet dat schuldenaren een enkel intern werkende draagplichtregeling kunnen overeenkomen.

Uit recente publicaties blijkt dat er in de praktijk onder omstandigheden behoefte bestaat aan een regeling van de draagplicht voor de onderwaarde van de eigen woning.⁴⁹ Zo wordt wel met een beroep op rechtseconomische beginselen betoogd dat indien bij het einde van de affectieve relatie een van de partners het huis verlaat en de ander achterblijft, de vertrekkende partner niet zou moeten worden aangeslagen voor het gehele aandeel in de restschuld indien op het moment van het vertrek de woning niet wordt verkocht (de restschuld wordt niet als 'verlies' gerealiseerd).⁵⁰ Bij een dergelijke vaststelling kan in aanmerking worden genomen de mate waarin degene die achterblijft, kan profiteren van het aantrekken van de woningmarkt met als gevolg dat die betreffende persoon op termijn minder last heeft van de restschuld die op de woning rust, omdat de onderwaarde door de waardevermeerdering afneemt.⁵¹ Eveneens kan worden meegewogen de mate waarin de betreffende woning tussen de beide partners al dan niet gemeenschappelijk was.⁵² Het meewegen van dergelijke factoren kan leiden tot een draagplichtregeling

49 Dijkman 2018, p. 30-34. Zie ook B.E. Reinhartz in haar noot onder Hof Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1174, *JPF* 2017, 100.

50 B.E. Reinhartz, t.a.p., onder verwijzing naar A.A.M. Dijkman, 'Draagplicht voor de onderwaarde van de echtelijke woning; Een juridische en economische analyse van artikel 1:100 lid 1 BW betreffende de draagplicht voor schulden bij echtscheiding' (masterscriptie). Zie ook Dijkman 2018, p. 34.

51 Dijkman 2018, p. 33-34; B.E. Reinhartz, t.a.p.

52 Stel M en V hebben ongehuwd samengewoond in een woning die eigendom is van M. Voor de financiering van de woning is een hypothecaire lening afgesloten waarbij M en V als schuldenaren zijn aangemerkt. Thans is de woning verkocht maar de verkoopopbrengst is onvoldoende om de hypotheekschuld volledig te voldoen. In geschil is in hoeverre M en V draagplichtig zijn voor al hetgeen partijen uit hoofde van de bedoelde lening aan de bank zijn verschuldigd. Rechtbank Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4320 neemt aan, zich mede baserend op Hof 's-Gravenhage 12 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC2040, dat nu V heeft zich verbonden aan een schuld terwijl zij geen (mede)-eigenaar was van de woning waarvoor de schuld is aangegaan en V aflost op een schuld van een ander, de restschuld een schuld is die alleen M aangaat. Zie anders: Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1608 waarin door het hof werd aangenomen dat er voor de voormalige partners een draagplicht voor gelijke delen bestaat. Het hof baseert zich hier mede op het feit dat blijkens art. 6:10 BW hoofdelijke schuldenaren, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem of haar in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht zijn in de schuld en in de kosten bij te dragen. Omtrent de vaststelling van de mate waarin het deel van de schuld een bepaalde schuldenaar aangaat, geeft de wet geen criteria. Uit TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 108 blijkt dat onder meer een rol spelen (niet limitatief): de aanwezigheid van een uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst omtrent de bijdrageplicht; de onderlinge rechtsverhouding op grond waarvan men zich heeft verbonden; de vraag in hoeverre de tegenwaarde van de schuld ieder der schuldenaren ten goede is gekomen indien de schuld om baat is aangegaan. Indien geen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn dat wordt in beginsel ervan uitgegaan dat er een draagplicht bestaat voor gelijke delen. Zie ook Van Boom 2016, nr. 5.4.

‘op maat’.⁵³ Dit geldt zowel in de situatie dat er naast een of meer gezamenlijke schulden gemeenschappelijke goederen zijn, maar ook indien er enkel gezamenlijke schulden zijn.

Indien de schuldenaren zijn verbonden voor bepaalde (al dan niet gelijke) delen – denk bijvoorbeeld aan een verbondenheid voor deelbare prestaties ingevolge erfopvolging⁵⁴ – kan eveneens een belang worden aangewezen om voor verdeling geschreven regels toe te passen op de afwikkeling van de hier bedoelde schuldengemeenschap, zoals het recht om te komen tot een ‘integrale’ afwikkeling van schulden (art. 3:179 BW).⁵⁵ Mijns inziens hoeft in het laatstbedoelde geval geen strijd te worden aangenomen met de splitsing van (deelbare) schulden van rechtswege op grond van art. 4:182 lid 2 BW.⁵⁶ Op grond van art. 3:179 lid 1 BW staat de mogelijkheid open ook ex art. 4:182 lid 2 BW ‘verdeelde’ schulden in de verdeling te betrekken. Als de werking van art. 4:182 lid 2 BW niet in de weg staat aan het bij verdeling overeenkomen van een ‘toedeling’ van schulden in het kader van een draagplichtregeling indien ook gemeenschapsgoed aanwezig is, lijkt het mij verdedigbaar dat dit evenmin het geval is in verband met het overeenkomen van een draagplichtregeling van schulden in het geval de ‘gemeenschap’ geen goederen (meer) bevat maar enkel sprake is van tot de voor rekening van de gemeenschap komende schulden.⁵⁷

53 Daarbij kan onder handhaving van de *relatieve* draagplicht ook langs andere weg de draagplicht in *absolute* zin worden verminderd. In Hof Den Haag 12 april 2017, JPF 2017, 100 m.nt. B.E. Reinhartz overweegt het hof (r.o. 35, 36) dat de vrouw voor de helft draagplichtig is, maar dat de door de vrouw aan de man te vergoeden helft van de onderwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gewaardeerd op 65 procent van dat bedrag.

54 Ik ga ervan uit dat geen aanvaarding van de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving heeft plaatsgevonden (art. 4:190 e.v. BW). Ten gevolge van de aanvaarding van de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving is een erfgenaam in beginsel niet verplicht een schuld van de nalatenschap ten laste van zijn overig vermogen te voldoen. Zie ook Asser/Perrick 4 2017, nr. 530.

55 Vergelijk Van Mourik 2012, nr. 3.

56 Vergelijk Zwalve 2006, p. 1 e.v.

57 Denk aan de situatie waarin een aanvankelijke ‘positieve’ nalatenschap door erfgenamen zuiver is aanvaard. Door het intreden van een crisis wordt de nalatenschap ‘negatief’ doordat de waarde van de tot de nalatenschap behorende woning daalt tot onder het niveau van de uitstaande bankschuld ter financiering daarvan. Indien alle activa worden geliquideerd ter voldoening van de schulden, kunnen uiteindelijk nog schulden resteren (bijv. aan de bank, nutsbedrijven, online winkels). Alle erfgenamen zijn in beginsel ter grootte van hun erfdeel gehouden tot voldoening van hun aandeel in de schulden. De erfgenamen (een of meer van hen) kunnen behoefte hebben aan een integrale regeling omtrent het dragen van de schulden. Daarbij zouden bijvoorbeeld enkele van de erfgenamen op billijkheidsgronden (laag inkomen, onvermogen) door een of enkele andere erfgenamen kunnen worden ontzien. Een dergelijke regeling heeft in beginsel interne werking. Denkbaar is echter dat crediteuren met een dergelijke regeling kunnen instemmen (art. 3:179 lid 3 BW jo. art. 6:155 e.v. BW), in welk geval aan een dergelijke regeling externe werking toekomt.

Gelet op het bovenstaande zal ik in deze paragraaf een doordenking geven van de mogelijkheid de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap te aanvaarden en de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap van toepassing te doen zijn. Ik begin daartoe met een beschouwing over de vraag of de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap kan worden aanvaard.

Hoewel botsing met de omschrijving van het begrip 'gemeenschap' moeilijk te vermijden is, kunnen er argumenten worden aangedragen op basis waarvan de acceptatie van de vorenbedoelde schuldengemeenschap als 'gemeenschap' – mede in het licht van het bepaalde in art. 3:166 lid 1 BW – kan worden vergemakkelijkt.⁵⁸ Voor de uitwerking hiervan begin ik met een korte beschouwing over een denkkader ontleend aan de verzamelingenleer in de wiskunde. Hoewel de eigen aard van het recht in de weg staat aan de onverkorte toepassing daarbinnen van een dergelijk leerstuk, kan naar aanleiding daarvan niettemin een perspectief worden geboden voor de doordenking van het begrip 'gemeenschap' met betrekking tot de 'gemeenschap zonder object' ofwel de 'lege gemeenschap'.

Een van de fundamentele leerstukken in de wiskunde is het leerstuk dat betrekking heeft op verzamelingen.⁵⁹ Kort gezegd is een verzameling een geheel van objecten, ook wel elementen genaamd.⁶⁰ Zo is er sprake van een verzameling indien tot een collectie een of meer elementen behoren. Een verzameling kan echter ook worden aangenomen indien dergelijke elementen ontbreken; er is dan sprake van een lege verzameling.⁶¹ Ik geef een voorbeeld:

Van een veelkleurige verzameling knikkers moeten de knikkers worden gerangschikt op kleur. Voor deze rangschikking dienen de knikkers te worden gedeponeerd in bakjes met dezelfde kleur als die van de knikkers. Deze bakjes vormen op zichzelf een nieuwe verzameling. Indien het bakje met de kleur geel leeg blijft

58 Vergelijk Van Mourik 2012, nr. 3. Van Mourik verdedigt dat de gemeenschap van schulden bestaanbaar is zonder in strijd te komen met de systematiek van het Burgerlijk Wetboek. Hij is van opvatting dat het terminologische spanningsveld als hierboven bedoeld, niet optreedt door aan te nemen dat de tekst van art. 3:166 lid 1 BW ruimte laat voor andere gedachten. Van Mourik (t.a.p.): 'In dat kader denk ik thans aan schulden'. Met Van Mourik ben ik van mening dat de schuldengemeenschap als gemeenschap bestaanbaar is. Voor een onderbouwing daarvan zal ik hier enige eigen gedachten ontvouwen.

59 Struik 1965, p. 204-205. Struik wijst in het bijzonder op de theorie van de oneindige verzamelingen van Cantor in verband met de ontsluiting van de verzamelingenleer ('Mengenlehre'). Zie daarover ook: Dauben 1990, p. 169 e.v.

60 Cantor 1895, p. 481: 'Unter einer 'Menge' verstehen wir jede Zusammenfassung M von bestimmten wohlunterschiedenen Objecten m unsrer Anschauung oder unseres Denkens (welche die 'Elemente' von M genannt werden) zu einem Ganzen [cursivering in origineel, THS].'

61 Reid 1965, p. 17; Jech 2003, p. 8.

omdat er geen gele knikkers zijn, geldt met betrekking tot de knikkers van die kleur dat er sprake is van een lege verzameling.⁶²

Indien we op zoek gaan naar het juridische equivalent van de lege verzameling dan moeten we constateren dat in het geheel van de juridische gemeenschappen een soortgelijke verschijningsvorm ontbreekt. Een dergelijke gemeenschap leidt uitgaande van art. 3:166 lid 1 BW tot een *contradictio in terminis*; een gemeenschap dient overeenkomstig dit artikellid noodzakelijk een of meer goederen te bevatten en kan derhalve niet leeg zijn. Toch kan aan de hand van het concept van de lege verzameling een denkkader worden geboden dat als alternatief kan dienen voor de opvatting dat een lege gemeenschap gelijk staat aan een non-existente gemeenschap. Het begrip 'leeg' kan namelijk op verschillende manieren worden begrepen. We wenden ons tot de getaltheorie.

Binnen de getaltheorie neemt het getal 'nul' een bijzondere plaats in. Historisch gezien wordt nul aanvankelijk niet als getal beschouwd; 'nul' staat gelijk aan 'niets'.⁶³ In de loop van tijd ontwikkelt nul zich echter tot een getal.⁶⁴ Nul evolueert daarmee kort gezegd van 'niets' naar 'minder dan iets, maar meer dan niets'. In fundamentele zin heeft deze ontwikkeling tot consequentie dat nul als getalswaarde 'bestaat'. Uitgaande van nul als getalswaarde kan nu ook het verschil worden overbrugd tussen non-existentie en existentie. In termen van een lege gemeenschap komt dat neer op het verschil tussen een non-existente en een existente gemeenschap. In het eerste geval is er geen object en derhalve geen gemeenschap, in het tweede geval is er wel een gemeenschap, hoewel geen object.

Het concept van de lege verzameling biedt als denkkader mogelijkheden voor toepassing in het gemeenschapsrecht. De toepassing van een dergelijk wiskundig concept in het gemeenschapsrecht vraagt echter om een aanpassing van het bedoelde concept, waarbij tevens een kader voor toepassing daarvan dient te worden geformuleerd.

Stel dat we het concept van de lege verzameling ten behoeve van het recht transformeren tot het concept van de lege gemeenschap. In hoeverre kan het concept van de lege gemeenschap functioneren in het gemeenschapsrecht? Ik geef hieronder enige gedachten weer.

Het heeft mijns inziens geen goede zin aan te nemen dat in alle gevallen waarin tussen twee of meer personen géén gemeenschappelijke gerechtigdheid tot enig goed bestaat, niettemin sprake is van een tussen hen bestaande (lege) gemeenschap. Wel is het denkbaar dat het concept van de lege gemeenschap dienst kan doen zonder dat op enig moment tussen personen een gemeenschappelijke gerechtigdheid tot goederen heeft bestaan, maar er wel sprake

62 Naar een voorbeeld van H. Sikkema, oud-docent wiskunde en vader van de auteur, tijdens een gesprek over wiskundige verzamelingen.

63 Reid 1965, p. 7 e.v.; Hogendijk 1990, p. 11.

64 Reid 1965, p. 7 e.v.; Hogendijk 1990, p. 11.

is van gezamenlijke schulden. Eveneens is denkbaar dat het concept van de lege gemeenschap wordt aanvaard voor de situatie waarin op basis van een in het verleden bestaand hebbende gemeenschap – waarbij er zowel sprake was van tot de gemeenschap behorende goederen als voor rekening van de gemeenschap komende schulden – er thans nog een rechtsverhouding tussen de ‘deelgenoten’ resteert, bestaande in een gezamenlijk schuldenaarschap ten aanzien van de bedoelde schulden.⁶⁵

Voor het functioneren van het concept van de lege gemeenschap zou derhalve als voorwaarde kunnen gelden dat er geen sprake (meer) is van tot de gemeenschap behorende goederen, maar wel sprake is van gezamenlijke schulden als in een schuldengemeenschap zoals hierboven bedoeld. Daarmee komt aan de lege gemeenschap niet zozeer een zelfstandig bestaansrecht toe, maar aan het concept van de lege gemeenschap – als denkkader – des te meer. Door de aanvaarding van het bovenbedoelde concept kan de schuldengemeenschap van ‘existentie’ worden voorzien.

Nu door de aanvaarding van het concept van de lege gemeenschap de schuldengemeenschap van ‘existentie’ kan worden voorzien, kan de vraag worden gesteld hoe bij een lege gemeenschap de rol van de deelgenoten moet worden gezien. Daar de schuldengemeenschap zoals hiervoor bedoeld geen goederen bevat en derhalve als lege gemeenschap moet worden beschouwd, zouden de gezamenlijke schuldenaren als gerechtigden tot de goederen van de gemeenschap zonder object kunnen worden beschouwd en daarmee als deelgenoten in de lege gemeenschap.

De mogelijkheid om aan de schuldengemeenschap ‘existentie’ te verlenen werkt eveneens door in het kader van de afwikkeling van een dergelijke gemeenschap met behulp van de rechtshandeling van verdeling. Daar enerzijds het wettelijke verdelingsbegrip gericht is op de verdeling van goederen (en niet van schulden),⁶⁶ maar anderzijds ‘de toedeling van een schuld’ met zoveel woorden door de wet wordt bepaald,⁶⁷ vergemakkelijkt het bedoelde concept de mogelijkheid de rechtsfiguur van verdeling te betrekken op een gemeenschap van (enkel) schulden zoals hier bedoeld.

In hoofdstuk 5 heb ik reeds geconcludeerd dat als maatstaf voor verdeling heeft te gelden het – na verdeling en levering – optreden van een verminderde

65 Gebruikelijk zal in gevallen waarin zowel sprake is van tot de gemeenschap behorende goederen als voor rekening van de gemeenschap komende schulden, op grond van het bepaalde in art. 3:178 jo. 3:179 BW een ‘integrale afwikkeling’ van goederen en schulden plaatsvinden. Op grond van laatstbedoelde bepalingen kan in beginsel ieder van de deelgenoten verdeling van een gemeenschapsgoed vorderen en verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen.

66 Zie art. 3:182 BW.

67 In art. 3:179 lid 3 BW wordt gesproken van ‘de toedeling van een schuld’. Gebruikelijk worden geen schulden ‘verdeeld’, maar wordt in het kader van een verdeling van goederen tevens bepaald welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen (in termen van draagplicht).

mate van onverdeeldheid ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten.⁶⁸ Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten (als deelgenoten)⁶⁹ waaraan alle deelgenoten medewerken.⁷⁰

De vraag kan worden gesteld op welke wijze – uitgaande van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg – verdeling van een *schuldengemeenschap* kan plaatsvinden. Voorop moet worden gesteld dat aan het concept van de lege gemeenschap eveneens goede zin toekomt in het kader van de afwikkeling van de schuldengemeenschap met behulp van de rechtshandeling van verdeling. Nu een lege gemeenschap naar zijn aard geen object kan bevatten, maar overeenkomstig het concept van de lege gemeenschap de gezamenlijke schuldenaren wel als deelgenoten van de lege gemeenschap kunnen worden beschouwd, zou mijns inziens voor een dergelijke gemeenschap als maatstaf voor toedeling⁷¹ kunnen worden aangenomen het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid ten gevolge van de vermindering van het aantal tot de (lege) gemeenschap gerechtigde deelgenoten.⁷² Aangezien de deelgenoten in de lege gemeenschap hun deelgenootschap ontleen aan de toepassing van het concept van de lege gemeenschap op de tussen hen bestaande rechtsverhouding op grond waarvan een ‘gemeenschap van schulden’ wordt aangenomen, zal een vermindering van het aantal tot de lege gemeenschap gerechtigde deelgenoten dienen te worden bereikt via de toedeling van schulden.⁷³ Ten gevolge hiervan zal de vorenbedoelde rechtsverhouding in die zin dienen te wijzigen dat een vermindering van de mate van gezamenlijk schuldenaarschap optreedt. Ik zou voor de invulling van dit criterium willen aansluiten bij hetgeen waar het in het kader van toedeling van schulden primair om gaat: de regeling van de draagplicht.⁷⁴ Overigens

68 Zie par. 5.6.

69 Zie par. 7.3 en 7.4.

70 Zie par. 5.6.

71 Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat ‘verdeling’ en ‘toedeling’ op een lijn kunnen worden gesteld en dat met beide begrippen niet bedoeld is ‘levering’. Zie *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299. Dat een dergelijk onderscheid door de wetgever niet steeds consequent is doorgevoerd (vergelijk bijv. art. 3:187 lid 1 BW), kan hieraan niet afdoen.

72 Ik wil benadrukken dat deze maatstaf uitsluitend is geformuleerd met betrekking tot de lege gemeenschap, zoals hierboven bedoeld. Daarmee kan een dergelijke maatstaf geen toepassing vinden in het kader van de verdeling van enige gemeenschap van (een of meer) goederen, daargelaten of in dat verband tevens sprake is van voor rekening van de gemeenschap komende schulden.

73 Zie art. 3:179 lid 3 BW: ‘toedeling van een schuld’. Zoals eerder aangegeven wordt hiermee bedoeld het in het kader van een verdeling vaststellen welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen.

74 Vergelijk Perrick 2012, p. 649.

wordt op de toedeling van een schuld ingevolge art. 3:179 lid 3 BW afdeling 6.2.3 BW ('schuld- en contractsovername') van toepassing verklaard.⁷⁵

Ik kom tot een afronding. In deze paragraaf heb ik mij ten doel gesteld een doordenking te geven van de mogelijkheid de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap te aanvaarden en de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap van toepassing te doen zijn.

Het begrip 'gemeenschap' is blijkens de omschrijving van art. 3:166 lid 1 BW gericht op goederen en niet op schulden. Op grond van deze omschrijving kan bezwaar worden aangevoerd tegen het hanteren van de term 'schuldengemeenschap'. Het belang om te kunnen spreken van een schuldengemeenschap is erin gelegen dat voor de situatie dat twee of meer personen gezamenlijk schuldenaar zijn zonder dat zij gezamenlijk tot een of meer goederen zijn gerechtigd het rechtens verdedigbaar is op een dergelijk verband de voor de gemeenschap geschreven bepalingen (titel 3.7 BW) van toepassing te doen zijn. Om deze reden heb ik getracht een alternatieve benadering te vinden voor de doordenking van deze met de term 'schuldengemeenschap' samenhangende problematiek. Hiertoe heb ik het concept van de lege gemeenschap geïntroduceerd dat kan functioneren als denkkader waarbinnen bestaansrecht kan worden toegekend aan de rechtsfiguur van de gemeenschap van schulden in de hierboven bedoelde zin.

Het concept van de lege gemeenschap maakt het tevens mogelijk de rechtsfiguur van verdeling te betrekken op een dergelijke gemeenschap; door de terminologische 'ontspanning' kan ten behoeve van de afwikkeling van een schuldengemeenschap de toedeling van enkel schulden worden aanvaard. Ten gevolge van het betrekken van de rechtsfiguur van verdeling op de schuldengemeenschap dient evenwel bij de vaststelling van de voor verkrijging krachtens verdeling vereiste maatstaf gedifferentieerd te worden tussen de maatstaf voor verdeling van goederen en de maatstaf voor toedeling van schulden. Hiertoe heb ik na vaststelling van de maatstaf voor verdeling van goederen deze maatstaf gemodificeerd ten behoeve van de toedeling van schulden in het kader van een schuldengemeenschap. In het kader van de verdeling van een schuldengemeenschap zal krachtens de toedeling van schulden een vermindering van het aantal tot de lege gemeenschap gerechtigde deelgenoten dienen te worden bereikt, in verband waarmee de rechtsverhouding tussen de deelgenoten in die zin dient te wijzigen dat een vermindering van de mate van gezamenlijk schuldenaarschap optreedt (in termen van draagplicht).

Aldus kan – uitgaande van de wettelijke omschrijvingen van gemeenschap en verdeling – met het concept van de lege gemeenschap en een maatstaf voor

75 Blijkens deze afdeling is voor de overgang van de schuldenaarspositie kennisgeving aan en toestemming van de schuldeiser nodig (art. 6:155 BW). Zonder een dergelijke kennisgeving/toestemming heeft toedeling van een schuld in beginsel (slechts) interne werking. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 301; Van Mourik 2012, nr. 3; Perrick 2012, p. 649.

toedeling van schulden een kader worden geboden voor zowel de aanvaarding als de verdeling van de schuldengemeenschap.

9 | Begrip van verdeling

9.1 INLEIDING

In de inleiding op deze studie is melding gemaakt van het feit dat deze studie is gericht op het doordenken van de rechtstheoretische kaders van verdeling.¹ In dit verband heeft onderzoek plaatsgevonden naar aspecten die de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling bepalen.²

In dit hoofdstuk staat centraal de reflectie op de beide volzinnen van het verdelingsbegrip zoals geformuleerd in art. 3:182 BW. Deze reflectie zal plaatsvinden op grond van uit dit onderzoek verkregen analyses. Aan het einde van dit hoofdstuk zal aan de hand van de resultaten worden gezien welke materiële kenmerken het begrip van verdeling bepalen.

9.2 GOEDERENTREIN VAN VERDELING

Gelet op de in deze studie geanalyseerde kenmerken van verdeling kan – in één beeld samengevat en op hoofdlijnen weergegeven – het traject van verdeling worden voorgesteld als een traject van een goederentrein waarop alle deelgenoten in hun hoedanigheid van deelgenoten meereizen. De trein is samengesteld uit wagons met goederen van de gemeenschap en met niet tot de gemeenschap behorende contanten.³ De trein vertrekt overeenkomstig de maatstaf voor verdeling vanuit Onverdeeldheid met als eindbestemming Verdeeldheid. De reis van Onverdeeldheid naar Verdeeldheid wordt gereden via het spoor van verdeling. Dit spoor wordt gevormd door enerzijds de spoorstaaf van de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ (in gehele goederen) en anderzijds de spoorstaaf van de mate waarin de uittredende deelgenoten

1 Bij de duiding van de rechtshandeling van verdeling wordt tot uitgangspunt genomen dat de verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat. Zie L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299, alsmede par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening. Zie par. 1.2.

2 De niet tot de gemeenschap behorende contanten dienen zo nodig ter gelijkmaking wegens een niet-evenredige (feitelijke) verdeling en hebben in dat kader betekenis voor de vaststelling of sprake is van (juridische) verdeling in de zin van art. 3:182 BW. Zie par. 6.8.

over hun gerechtigdheid tot het gemeenschapsgoed kunnen beschikken (in aandelen). Op het door de trein gereden traject van verdeling bestaat voor deelgenoten de mogelijkheid om tussentijds uit te stappen.⁴ Uiterlijk op de eindbestemming aangekomen zijn alle tot de gemeenschap behorende goederen door de deelgenoten tussen hen verdeeld.

De in het beeld van de goederentrein op het spoor van verdeling verwerkte eisen voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling zullen nu in het kader van de reflectie op de beide volzinnen van art. 3:182 BW tegen de in dat artikel gebruikte formulering worden afgezet.

9.3 VERDELINGSBEGRIJ: EERSTE VOLZIN

In een eerder stadium heb ik een overzicht gegeven van diverse formuleringen van scheiding en verdeling.⁵ De formuleringen bestonden zowel uit negatieve als positieve formuleringen.⁶ Als belangrijkste formuleringen in dit verband kunnen worden onderscheiden het negatief geformuleerde scheidingsbegrip door de Hoge Raad en de positief geformuleerde eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Voor de duidelijkheid geef ik hier nogmaals beide formuleringen weer.

Hoge Raad:

‘(...) dat een overeenkomst met betrekking tot een onverdeelden boedel alleen dan als een scheiding in den zin van de artikelen 1112 e.v. B.W. kan worden beschouwd, indien alle deelgenoten medewerken tot het doen ophouden ten aanzien van een of meer hunner van den mede-eigendom in een of meer bestanddelen van den onverdeelden boedel.’⁷

Art. 3:182 BW, eerste volzin:

‘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.’

4 Zie par. 6.13 voor casusposities.

5 Zie par. 5.4.

6 Zie par. 5.4. Kort gezegd houdt de negatieve formulering in dat voor verdeling wordt vereist dat de gemeenschap ten aanzien van ten minste een goed, ten opzichte van ten minste een deelgenoot wordt opgeheven, terwijl de positieve formulering onderscheid maakt tussen twee groepen van (een of meer) deelgenoten, te weten zij die (een of meer) gemeenschapsgoederen verkrijgen en zij die van verkrijging daarvan zijn uitgesloten.

7 HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559.

Ondanks het verschil in de wijze van formulering heeft de wetgever bij het redigeren van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW geen materiële afwijking van het onder oud recht gangbare scheidingsbegrip beoogd.⁸ In zoverre heeft het scheidingsbegrip van de Hoge Raad onverminderd betekenis voor (de uitleg van) het bepaalde in art. 3:182 BW en dienen bij onderlinge vergelijking beide formuleringen in beginsel tot dezelfde uitkomst te leiden. Bij een kritische beschouwing van de vorenbedoelde formuleringen met betrekking tot de elementen 'rechtsgevolg' en 'medewerking' kan het volgende worden geconstateerd.

Tegen de door de Hoge Raad gehanteerde formulering van het voor scheiding vereiste rechtsgevolg kan als bezwaar worden aangevoerd dat de formulering bij strikte lezing daarvan niet in de weg staat aan het als scheiding kwalificeren van een verkoop aan een derde.⁹ Slechts indien stilzwijgend zou worden aangenomen dat een scheiding noodzakelijk dient plaats te vinden tussen deelgenoten, zou dit bezwaar tegen de bedoelde formulering weggenomen kunnen worden.¹⁰ Waar onder oud recht een dergelijke voorwaarde in uitdrukkelijke zin ontbreekt, heeft de wetgever voor het huidige recht deze voorwaarde in de formulering van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW vastgelegd. In de eerste volzin van art. 3:182 BW heeft de wetgever bepaald dat – kort gezegd – onderscheid dient te worden gemaakt tussen deelgenoten die (een of meer) gemeenschapsgoederen verkrijgen en deelgenoten die van de verkrijging van de laatstbedoelde goederen zijn uitgesloten. Door een dergelijke formulering kan de verkrijging van een gemeenschapsgoed door een derde nooit als verdeling worden aangemerkt.

Voor de totstandkoming van een juridische verdeling dient met twee begrippen 'verkrijging' rekening gehouden te worden. Het eerste begrip 'verkrijging' heeft betrekking op de verkrijging van goederen van de gemeenschap.¹¹ Het tweede begrip 'verkrijging' betreft de verkrijging van niet-gemeenschapsgoederen (niet-gemeenschappelijke contanten ter gelijkmaking wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin).¹²

Voor het eerstbedoelde verkrijgingsbegrip geldt dat voor de inhoud en reikwijdte daarvan slechts ten dele bij de wet te rade kan worden gegaan. Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van dit verkrijgingsbegrip wordt bepaald door enerzijds de reikwijdte van het begrip 'verkrijgen' zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip¹³ en anderzijds door het niet in wet vastgelegde criterium van de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken.¹⁴ Het in de eerste

8 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

9 Zie par. 5.4.

10 Zie par. 5.4.

11 Zie par. 611.

12 Zie par. 6.8, 6.11.

13 Zie par. 6.2 e.v.

14 Zie par. 6.11.

volzin gehanteerde verkrijgingsbegrip functioneert alleen in het geval onder 'verkrijgen' wordt begrepen de verkrijging van ook hetgeen waartoe een deelgenoot reeds vóór verdeling en levering is gerechtigd,¹⁵ terwijl daarnaast de niet in de wet vastgelegde afbakening voor de verkrijging door (een of meer) deelgenoten wordt bepaald door enerzijds de grootte van de gerechtigdheid van de verkrijgende deelgenoot vóór verdeling en levering (als minimum) en anderzijds de totale gerechtigdheid tot het goed als geheel (als maximum).¹⁶

Het laatstbedoelde verkrijgingsbegrip ziet op het in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd indien overeenstemming bestaat over de financiële consequenties (gelijkmaking met niet-gemeenschappelijke contanten) wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin.¹⁷ Dit verkrijgingsbegrip is niet in het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW opgenomen.¹⁸

Tegen de positieve formulering van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg volgens de eerste volzin van art. 3:182 BW kan worden ingebracht dat voor de juiste afbakening daarvan niet een passend criterium wordt gehanteerd. Het criterium vermeldt slechts een deel van de voor verkrijging krachtens verdeling vermelde vereisten en is daarmee onvolledig en in zoverre onjuist.

Met betrekking tot de medewerking vereist voor de totstandkoming van de rechtshandeling van scheiding/verdeling wordt door zowel de formulering door de Hoge Raad als de formulering in de wet voorzien in de voorwaarde dat alle deelgenoten aan de betreffende rechtshandeling dienen mee te werken.¹⁹ Geen van beide formuleringen vermeldt echter in welke hoedanigheid de deelgenoten daarbij aan de rechtshandeling dienen mee te werken. Uit

15 Zie par. 6.2, 6.11, 8.2. Het verkrijgen in termen van aanwas leidt in het kader van de totstandkoming van verdeling tot een onjuiste afbakening en reikwijdte van het begrip en daarmee tot een onaanvaardbare begripsbepaling van 'verdeling'. Denk hierbij aan de situatie dat een of meer deelgenoten verkrijgen in termen van aanwas met uitzondering van de overige deelgenoten, zonder dat een van de deelgenoten ophoudt deelgenoot te zijn en derhalve slechts de onderlinge gerechtigdheid tussen deelgenoten wijzigt. Zie par. 6.3 en 6.4 voor de problematiek van de onjuiste afbakening en reikwijdte van het verdelingsbegrip bij een als verdeling aan te merken koop.

16 Zie par. 6.11, 8.2.

17 Zie par. 6.8. Voor de mogelijkheid van over- en onderbedeling bij contractuele verdeling, zie par. 6.7.

18 Onder oud recht was voor boedelscheiding hiervoor wel een bepaling in de wet opgenomen. Zie art. 1125 lid 2 OBW: '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 door mij, THS]'. Zie ook par. 6.7, 6.8.

19 De in art. 3:182 BW, eerste volzin, opgenomen zinsnede dat alle deelgenoten daartoe dienen mee te werken 'hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd', kan als overbodig worden beschouwd. Ook in geval van vertegenwoordiging zijn het de deelgenoten die rechtens worden beschouwd aan de rechtshandeling te hebben meegewerkt.

jurisprudentie van de Hoge Raad²⁰ kan evenwel worden afgeleid dat de Raad van opvatting is dat in het kader van de medewerking aan de scheiding als uitgangspunt moet worden genomen dat voor de rechtsgeldige totstandkoming daarvan de medewerking door de deelgenoten aan een dergelijke rechtshandeling dient plaats te vinden in dezelfde hoedanigheid als waarin de deelgenoten tot de gemeenschappelijke goederen zijn gerechtigd (deelgenoten als deelgenoten).²¹ Op grond van dergelijke jurisprudentie heeft de wetgever aanleiding gezien het ontwerp van het verdelingsbegrip – destijds nog bestaande uit één volzin – uit te breiden met een tweede volzin.²² Dit brengt ons bij een nadere beschouwing van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.

9.4 VERDELINGSBEGRIJ: TWEDE VOLZIN

De tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW luidt:

‘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.’

Hoewel in de tweede volzin van het huidige art. 3:182 BW door de wetgever niet uitdrukkelijk is bepaald dat de hoedanigheid waarin de deelgenoten aan de rechtshandeling meewerken beslissend is voor de rechtsgeldige totstandkoming van de verdeling, kan uit de jurisprudentie wel worden afgeleid dat een dergelijk uitgangspunt daaraan ten grondslag ligt.²³ Deelgenoten dienen aldus in de kwaliteit van deelgenoten aan de verdeling hun medewerking te verlenen.²⁴ Uitgaande van het beginsel van de contractsvrijheid en de hoe-

20 Zie onder andere: HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 respectievelijk HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126.

21 Zie par. 7.3, 7.4.

22 Ook indien hieromtrent geen bepaling zou worden opgenomen, heeft dit uitgangspunt als ‘rechtens’ te gelden, daar dit voortvloeit uit aard van de scheiding/verdeling, zoals uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid. Zie par. 7.4. Hiermee wordt ook de met de tweede volzin samenhangende onduidelijkheid over de reikwijdte daarvan – zie de kwestie rondom het recht op toedeling van een bepaald goed gelegen in een grond tot stand gekomen buiten de kring van met elkaar in het kader van verdeling contracterende deelgenoten – teniet gedaan. Een afwijking van het hier bedoelde uitgangspunt kan slechts worden aanvaard bij aanwezigheid van een rechtsgrond op grond waarvan een dergelijke afwijking kan worden gelegitimeerd. Zie par. 7.8.

23 Zie par. 7.4.

24 Zie par. 7.3, 7.4. Zoals in paragraaf 7.4 overwogen ben ik van mening dat het hierboven bedoelde beginsel omtrent de hoedanigheid waarin de deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken, eveneens van toepassing is op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Zo neem ik aan dat bij een op grond van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling aan te merken koop op grond van een rechtsfictie moet worden aangenomen dat de deelgenoten als deelgenoten daaraan hebben meegewerkt. Hieraan

danigheid waarin deelgenoten aan de totstandkoming van verdeling dienen mee te werken, kan worden verdedigd dat – als uitgangspunt²⁵ – ook het initiatief tot het aangaan van de rechtshandeling van verdeling moet liggen bij ten minste een van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten in een dergelijke hoedanigheid.²⁶

Met betrekking tot de slotwoorden van de tweede volzin ('die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin') kan ten slotte nog het volgende worden opgemerkt. In deze studie is tot uitgangspunt genomen de uit de parlementaire geschiedenis blijken (finale) opvatting van de minister dat – kort gezegd – de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering is en niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.²⁷ In dat kader kan de betekenis van de slotwoorden van de tweede volzin niet worden verklaard uit het feit dat een op verdeling volgende levering als nakomingshandeling zonder deze slotwoorden via toepassing van de tweede volzin als een 'niet-verdeling' wordt aangemerkt.²⁸ Daarmee komt niet langer goede zin toe aan de door de redactie van de wettekst geopende mogelijkheid dit anders te zien en aan de parlementaire toelichting voor zover daaruit een andersluidende opvatting kan worden afgeleid.²⁹

Aan de slotwoorden van de tweede volzin kan overigens taalkundig gezien niet elke betekenis worden onzegd. De als verdeling geformuleerde handeling wordt de kwalificatie 'verdeling' niet onthouden indien een verdelingsconstructie wordt opgezet ter nakoming van een uit een verdeling voortspuitende schuld.³⁰

9.5 BEGRIIP VAN VERDELING: MATERIËLE KENMERKEN

Met betrekking tot de beschrijving van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling kan worden geconstateerd dat noch de hierboven bedoelde negatieve formulering van scheiding door de Hoge Raad noch de

kan niet afdoen dat door de deelgenoten aanvankelijk in de hoedanigheid van koper respectievelijk verkoper tot de rechtshandeling is gecontracteerd. Vergelijk voor oud recht art. 1122 lid 2 OBW waarin ten aanzien van het rechtsgevolg van een tussen alle erfgenamen overeengekomen koop werd bepaald: 'Indien een der mede-erfgenamen een stuk onroerend goed koopt, heeft zulks ten zijnen opzichte hetzelfde gevolg, als of hij het bij scheiding verkregen had.'

25 Zie par. 7.8. Een afwijking hiervan moet in beginsel slechts mogelijk worden geacht indien voor een dergelijke afwijking een daartoe strekkende rechtsgrond kan worden aangewezen.

26 Zie par. 7.8. Zie ook: hfd. 4 inzake de verdeling als nadere overeenkomst; NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613.

27 Zie par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening. Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

28 Zie par. 4.3.

29 Zie par. 4.3.

30 Zie L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

positieve formulering van verdeling volgens art. 3:182 BW voldoet. Dit gegeven roept de vraag op hoe – op hoofdlijnen³¹ – op alternatieve wijze aan het begrip van verdeling invulling kan worden gegeven zonder dat de hierboven benoemde bezwaren daarbij een rol spelen. Ik zal hiertoe enige materiële kenmerken van verdeling formuleren. Ik zie af van het geven van een eigen ‘definitie’.³²

Indien de maatstaf voor verdeling³³ tot uitgangspunt zou worden genomen voor de beschrijving van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg, wordt het voldoen aan dat rechtsgevolg niet langer bepaald door het criterium dat een of meer deelgenoten een of meer goederen van de gemeenschap verkrijgen met uitsluiting van de overige deelgenoten, maar door het criterium dat een of meer deelgenoten ophouden tot een of meer goederen van de gemeenschap gerechtigd te zijn.³⁴ Niet langer zal ten aanzien van een of meer gemeenschapsgoederen binnen de groep van deelgenoten onderscheid dienen te worden gemaakt tussen zij die verkrijgen en zij die niet verkrijgen – met als nadeel de hierboven bedoelde uitlegproblematiek³⁵ – maar zij die tot de gemeenschap gerechtigd blijven en zij die ophouden tot de gemeenschap gerechtigd te zijn. Het incorporeren van dit laatste criterium heeft tot consequentie – anders dan bij het wettelijke criterium – dat bij toepassing van het goederenrechtelijke principe dat men (slechts) verkrijgt hetgeen men niet reeds heeft, de mogelijkheden om te komen tot de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling gelijk zijn aan de mogelijkheden daartoe op grond van de in deze studie geformuleerde rechtstheoretische kaders.³⁶ In zoverre zou daarmee worden teruggekeerd tot een negatieve formulering die gelijkenis vertoont met het onder oud recht door de Hoge Raad geformuleerde criterium voor het voor scheiding vereiste rechtsgevolg. Waar echter het door de Hoge Raad in HR 20 juni 1951³⁷ geformuleerde criterium niet uitdrukkelijk wordt beperkt tot handelingen van deelgenoten, kan in een dergelijk vereiste worden voorzien door te bepalen dat het beoogde rechtsgevolg dient op te treden krachtens

31 Details laat ik hier buiten beschouwing; daarvoor verwijs ik naar de afzonderlijke hoofdstukken.

32 Voor de vormgeving van een nieuw wettelijk verdelingsbegrip zijn met name de materiële kenmerken van verdeling van belang, meer dan de verschillende wijzen waarop daaraan concreet invulling kan worden gegeven. Een dergelijke benadering is in lijn met hetgeen ik daarover eerder heb gesteld (zie par. 2.3): meer dan de vraag ‘wat’ verdeling is (hier: volgens een subjectieve duiding), is de vraag wat verdeling ‘is’ (naar zijn kenmerken). Met betrekking tot de subjectieve duiding van verdeling in een ‘definitie’ kan overigens worden geconstateerd dat de wetgever en de Hoge Raad eigen omschrijvingen van verdeling hanteren ondanks het aanbod van alternatieven vanuit de literatuur (zie par. 5.4 voor voorbeelden).

33 Zie par. 5.6.

34 Zie par. 5.6.

35 Zie par. 6.2 e.v., 8.2 e.v., 9.3.

36 Vergelijk par. 6.13, casus II voor een voorbeeld met uitwerking naar HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 en art. 3:182 BW.

37 HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559.

een daartoe strekkend handelen tussen alle deelgenoten. Indien in aanvulling hierop tot uitgangspunt wordt genomen dat voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling is vereist dat daartoe alle deelgenoten medewerken in de hoedanigheid van deelgenoten, kan eveneens worden voorzien in het buiten de reikwijdte van het verdelingsbegrip houden van handelingen waaraan niet alle deelgenoten als deelgenoten medewerken.³⁸

Ten slotte zou in het verdelingsbegrip kunnen worden vastgelegd dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd indien overeenstemming bestaat over de financiële consequenties wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin.³⁹

Met inachtneming van het bovenstaande kan tot een betere beschrijving worden gekomen van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling volgens het wettelijke begrip.

³⁸ Zie par. 7.3, 7.4.

³⁹ Zie par. 6.8, 6.11, 9.3. Vergelijk art. 1125 lid 2 OBW. Met de hier bedoelde vastlegging zou elk van de eerder onderscheiden verkrijgingsbegrippen – zie par. 9.3 – van een wettelijke status zijn voorzien.

Een gemeenschap ontstaat vanaf het moment dat een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk (art. 3:166 lid 1 BW). Een gemeenschap eindigt wanneer aan dit criterium niet langer wordt voldaan. Beëindiging van een gemeenschap kan op verschillende wijzen plaatsvinden. Een van deze wijzen van beëindiging heeft betrekking op de beëindiging via verdeling.

Met ingang van 1 januari 1992 heeft de wetgever de rechtsfiguur van verdeling van een plaats in de wet voorzien. Het wettelijke verdelingsbegrip is sindsdien geregeld in art. 3:182 BW:

‘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. 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.’

Het is deze rechtshandeling van verdeling volgens art. 3:182 BW die in deze studie aan onderzoek is onderworpen. Het onderzoek heeft zich gericht op de systematische behandeling van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling. In dat kader is onder meer aandacht besteed aan de voorwaarden voor de totstandkoming van verdeling, de absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip en de plaats van de rechtshandeling van verdeling ten opzichte van handelingen die niet als verdeling kunnen worden aangemerkt. Het onderzoek had uitsluitend betrekking op de verdeling bij onderlinge overeenstemming.

Het belang van deze studie strekt zich uit over ieder rechtsgebied waarvoor het civielrechtelijke verdelingsbegrip relevantie heeft. Zo werkt dit begrip tevens door in onderdelen van de fiscaliteit, waaronder de Wet op belastingen van rechtsverkeer in verband met de heffing van overdrachtsbelasting.

In hoofdstuk 1 is het onderzoek ingeleid. In dat hoofdstuk zijn onder meer het belang, de probleemstelling, de opzet en de methode uiteengezet.

In hoofdstuk 2 is de rechtsfiguur van verdeling geïntroduceerd. De inhoud en reikwijdte van verdeling kunnen pas omvattend worden beschouwd in

samenhang met de soort gemeenschap waarop de verdeling betrekking heeft. Om die reden is aandacht besteed aan relevante historische modellen van mede-eigendom en aan de wijze waarop deze via scheiding kunnen worden beëindigd. De behandeling hiervan vormde de opmaat naar een beschouwing over gemeenschap en verdeling in het huidige Burgerlijk Wetboek.

In hoofdstuk 3 is de geschiedenis van de totstandkoming van het verdelingsbegrip in art. 3:182 BW uitgewerkt aan de hand van diverse rechtsbronnen.

In hoofdstuk 4 is een analyse gegeven van de twee volzinnen van het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. De beide volzinnen zijn elkaars antonisten; hetgeen op grond van de eerste volzin als verdeling wordt aangemerkt, kan door de tweede volzin van die kwalificatie worden uitgesloten. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het doorgronden van het verdelingsbegrip bemoeilijkt wordt door de gebrekkige wetstechniek en de ambivalentie waarmee binnen de totstandkomingsgeschiedenis van het verdelingsbegrip over verdeling is gesproken. In lijn daarmee is er tot op heden in de doctrine geen eenduidigheid van opvatting over de inhoud en reikwijdte van verdeling op dit punt. Gelet op ontwikkelingen in de parlementaire geschiedenis is in deze studie tot uitgangspunt genomen dat verdeling een obligatoire overeenkomst is die de causa voor levering vormt en van de leveringshandeling moet worden onderscheiden.

In hoofdstuk 5 is de maatstaf voor verdeling vastgesteld. De maatstaf voor verdeling geeft de essentie van het effect van de verkrijging krachtens verdeling weer. De essentie van het effect van de verkrijging krachtens verdeling kan worden weergegeven als het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste één goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken. De exclusiviteitseis voor verkrijging krachtens verdeling wordt beperkt tot het niveau waarop als gevolg van de verkrijging krachtens verdeling de groep van deelgenoten wordt onderscheiden in verkrijgende en niet-verkrijgende deelgenoten. De opvatting dat eveneens als exclusiviteitseis heeft te gelden dat elk van de verkrijgende deelgenoten met uitsluiting van de overige deelgenoten voor het geheel gerechtigd wordt tot een of meer gemeenschapsgoederen, vindt geen steun in het Nederlandse recht.

In de Belgische rechtsleer wordt nadrukkelijker dan in de Nederlandse doctrine aandacht besteed aan het aan verdeling ten grondslag liggende beginsel. Geconcludeerd werd dat waar de Belgische rechtsleer enerzijds aandacht heeft voor het rechtsgevolg dat verdeling in zijn essentie kenmerkt, het in diezelfde rechtsleer anderzijds ontbreekt aan een eenduidige afbakening daar waar het gaat om de vraag in hoeverre de hierboven bedoelde mate van

exclusiviteit op de rechtsfiguur van verdeling van toepassing is. Binnen de Belgische rechtsleer wordt algemeen verdedigd dat het voor het rechtsgevolg van verdeling wezenlijk is dat het aantal tot de gemeenschap gerechtigde personen vermindert. Verschil van opvatting bestaat echter over het antwoord op de vraag of verdeling noodzakelijk tot gevolg heeft dat iedere verkrijgende deelgenoot met uitsluiting van de andere deelgenoten – dus exclusief – tot een goed van de gemeenschap wordt gerechtigd. Slechts de opvatting naar Belgisch recht dat dit laatste niet het geval is, komt overeen met hetgeen voor Nederlands recht moet worden aangenomen.

In hoofdstuk 6 is een analyse gemaakt van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. Voor de invulling van dit rechtsgevolg is de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip van belang. Daarin staat vermeld dat er sprake moet zijn van het krachtens een rechtshandeling door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Het is met name dit voor verdeling geldende verkrijgingsbegrip waarvan de inhoud en reikwijdte zijn onderzocht.

Voor de totstandkoming van een juridische verdeling dient met twee begrippen ‘verkrijging’ rekening gehouden te worden. Het eerste begrip ‘verkrijging’ heeft betrekking op de verkrijging van goederen van de gemeenschap. Het tweede begrip ‘verkrijging’ betreft de verkrijging van niet-gemeenschapsgoederen (niet-gemeenschappelijke contanten ter gelijkmaking wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin).

Voor het eerstbedoelde verkrijgingsbegrip (verkrijging van goederen van de gemeenschap) geldt dat voor de inhoud en reikwijdte daarvan slechts ten dele bij de wet te rade kan worden gegaan. Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van het verkrijgingsbegrip wordt bepaald door enerzijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip en anderzijds door het niet in wet vastgelegde criterium van de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken. Anders gezegd: voor de toepassing van het bepaalde in de eerste volzin van art. 3:182 BW dient te worden uitgegaan van het gehele gemeenschapsgoed als object van verdeling, waarbij het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door enerzijds de grootte van de gerechtigdheid van de verkrijgende deelgenoot vóór verdeling en levering (als minimum) en anderzijds de totale gerechtigdheid tot het goed als geheel (als maximum).

Het laatstbedoelde verkrijgingsbegrip (verkrijging van niet-gemeenschapsgoederen) ziet op het in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd indien overeenstemming bestaat over de financiële consequenties (gelijkmaking met niet-gemeenschappelijke contanten) wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin. Dit

verkrijgingsbegrip is niet in het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW opgenomen.

In hoofdstuk 7 is nader ingegaan op de subjectieve elementen in verband met de totstandkoming van verdeling. Geconstateerd werd dat deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten. Het optreden van 'deelgenoten als deelgenoten' kan worden afgeleid uit de aan verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap.

In hoofdstuk 8 is de vaststelling van het object van zowel de rechtshandeling van verdeling als de levering ter uitvoering van de verdeling behandeld. Als rechtens juist moet worden beschouwd de opvatting dat het object van de rechtshandeling van verdeling het gehele gemeenschapsgoed betreft, met dien verstande dat het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door de in hoofdstuk 6 vastgestelde criteria. Zowel op grond van de wettekst als de toelichting op de wettekst kan worden aangenomen dat het object van de levering ter effectuering van de verdeling het verdeelde goed als geheel betreft.

In hoofdstuk 9 is gereflecteerd op de beide volzinnen van het verdelingsbegrip zoals geformuleerd in art. 3:182 BW. Deze reflectie had ten doel om te komen tot de vaststelling van de materiële kenmerken van verdeling ten behoeve van een alternatieve formulering van het wettelijke verdelingsbegrip. Geconcludeerd werd dat tot een betere beschrijving van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling kan worden gekomen indien de maatstaf voor verdeling (zoals bedoeld in hoofdstuk 5) tot uitgangspunt wordt genomen voor de beschrijving van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg. Indien in aanvulling hierop tot uitgangspunt wordt genomen dat voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling is vereist dat daartoe alle deelgenoten medewerken in de hoedanigheid van deelgenoten kan eveneens worden voorzien in het buiten de reikwijdte van het verdelingsbegrip houden van handelingen waaraan niet alle deelgenoten als deelgenoten medewerken. Ten slotte zou in het verdelingsbegrip kunnen worden vastgelegd dat pas tot juridische verdeling kan worden geconcludeerd indien overeenstemming bestaat over de financiële consequenties wegens een niet-evenredige verdeling in feitelijke zin.

Summary

PRINCIPLE AND CONCEPT OF APPORTIONMENT

According to art. 3:166(1) of the Dutch Civil Code (DCC) a community of property is present when one or more assets (property rights) belong to two or more co-proprietors jointly. A community will cease to exist when this criterion is no longer met. Termination of a community can take place in various ways. One of these ways to terminate refers to termination via apportionment. With effect from 1 January 1992, the legislature provided for the legal arrangement of apportionment in the law. The legal concept of apportionment has since been regulated in art. 3:182 DCC:

‘An apportionment is every juridical act in which all co-proprietors, either in person or through a representative, participate and which has the effect that one or more assets of a community of property are assigned to and subsequently acquired by [at least, THS] one of the co-proprietors to the exclusion of all others. An act is not an apportionment if it intends to perform for account of the community of property an obligation indebted to one or more co-proprietors, that does not result from a juridical act as meant in the previous sentence.’

Knowing whether or not a legal act should be classified as apportionment is of significant importance for civil as well as for tax law. In this study the focus is on the legal act of apportionment as defined by civil law. In addition, the study exclusively involves apportionment by mutual agreement in accordance with the aforementioned art. 3:182 DCC.

The correct application of the legal concept of apportionment requires a full understanding of its content and scope. A systematic and thorough reflection on the content and scope of apportionment is not yet available in current legal literature with the exception of a few (old) high quality monographs in the field of community of property. A systematic explanation of apportionment is lacking, in particular if there are three or more co-proprietors jointly entitled to the community. The overall aim of this study is therefore to provide an evaluation of the legislative frameworks concerning apportionment as a juridical act according to Dutch civil law, by examining in particular the content and scope of apportionment based on art. 3:182 DCC.

In Chapter 2 the legal concept of apportionment is introduced. The content and scope of apportionment can only be described comprehensively when

the type of community to which the apportionment relates is taken into account. For this reason, relevant historical and contemporary models of co-ownership are both addressed. In addition, a reflection is presented on the way those models can be terminated by virtue of apportionment. The discussion of this theme preludes the consideration of community and apportionment according to the current Dutch Civil Code.

In Chapter 3 the developmental history of the legal concept of apportionment is described on the basis of various legal sources.

In Chapter 4 an analysis is presented of the two sentences on the concept of apportionment in art. 3:182 DCC. Both sentences act as each other's antagonists; what is considered to be apportionment on the basis of the first sentence can be excluded from this qualification by the second sentence. In general, it can be concluded that a clear understanding of the concept of apportionment is complicated by the use of inadequate legal methodology and the ambiguous way in which apportionment is discussed within its developmental history. As a result, no unanimity exists in opinion in the current doctrine with regard to the content and scope of apportionment. Given Meijers' and the Ministers' (latest) opinion on apportionment, the guiding principle within this study is that apportionment constitutes the 'causa' for delivery and that delivery must be distinguished from apportionment.

In Chapter 5 the 'criterion for apportionment' is established. This reflects the essence of the effect of acquisition by virtue of apportionment. The essence of the effect of acquisition by virtue of apportionment can be represented as the occurrence of a reduced degree of joint ownership. This should occur as a result of the reduction of the number of co-proprietors entitled to at least one of the community's assets pursuant to an act to that effect between co-proprietors, to which all co-proprietors contribute.

In Chapter 6 acquisition by virtue of apportionment is analyzed with regard to its legal effect. For the interpretation of this legal effect, the first sentence of the legal concept of apportionment is of importance. This sentence states that it is required that one or more co-proprietors acquire one or more assets of a community of property by virtue of a legal act, while excluding other co-proprietors. The content and scope of this concept of acquisition as it applies to apportionment is examined. Two different types of acquisition should be taken into account for the realization of legal apportionment. The first type of 'acquisition' refers to the acquisition of assets of a community of property whereas the second type of 'acquisition' concerns the acquisition of non-community assets (equalization by cash not held communally due to a non-proportionate apportionment in a factual – and therefore not yet in a legal – sense).

With regard to the first-mentioned type of acquisition, the content and scope can only partly be considered from legislation. It can therefore be assumed that the scope of the concept of acquisition on the one hand is determined by the scope of the term 'acquired' as referred to in the first sentence of art. 3:182 DCC and on the other hand by the criterion – not laid down by law – of the extent to which a co-proprietor can dispose of (his share of) the community property. The legal concept of acquisition functions only in the event that the term 'acquired' is understood to also include the acquisition of the part to which a co-proprietor is already entitled to before apportionment and delivery. In addition, the scope of acquisition is determined by both the part to which a co-proprietor is already entitled to before apportionment and delivery (as a minimum) and the full entitlement to the asset as a whole (as a maximum).

The latter type of acquisition refers to the criterion developed in jurisprudence that legal apportionment can only occur if agreement exists on the financial consequences (equalization by cash not held communally) due to a non-proportionate apportionment in a factual sense. This type of acquisition is not stipulated in the legal concept of apportionment as currently regulated in art. 3:182 DCC.

In Chapter 7 the subjective elements regarding the realization of apportionment are dealt with. It is concluded that co-proprietors in apportionment must cooperate as is defined by their capacity of being co-proprietors. This participation of 'co-proprietors as co-proprietors' can be deduced from the assumptions underlying the legal relationship between the co-proprietors derived by the joint entitlement to the assets of the community of property.

In Chapter 8 a definition is provided of both the object of the legal act of apportionment as intended in art. 3:182 DCC and the object of delivery as intended in art. 3:186 DCC. The opinion that the object of the legal act of apportionment applies to the entire common assets should be regarded legally correct provided the framework for acquisition by (one or more) acquiring co-proprietors is determined by the criteria set out in Chapter 6. On the strength of this legislation as well as on the accompanying commentary, it can be assumed that the object of delivery to effect apportionment concerns the apportioned asset as a whole.

The two sentences that deal with the concept of apportionment of art. 3:182 DCC are reflected upon in Chapter 9. The purpose here is to provide recommendations for an alternative wording of the legal concept of apportionment according to its typical characteristics. It is concluded that an improved description of the content and scope of apportionment is possible when the 'criterion for apportionment' as analyzed in Chapter 5 becomes the guiding principle for the description of the required legal effect of acquisition by virtue

of apportionment. If, in addition to this, the principle is adopted that a legal act of apportionment requires the cooperation of all co-proprietors in their capacity as co-proprietors, remaining acts in which not all co-proprietors cooperate as such can be excluded from the scope of the concept of apportionment. Finally, the concept of apportionment could be expanded to include the criterion of agreement on the financial consequences resulting from a non-proportionate apportionment in a factual sense.

Literatuurlijst

Aaftink 1974

H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Albers-Dingemans 2012

R.L. Albers-Dingemans, 'Verdeling van de woning: samenspel tussen advocaat, rechter en notaris', in: *Verdeling in de notariële praktijk* (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 269-316.

Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 2016 (1-II)

W.D. Kolkman en F.R. Salomons, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Meijers 1915

E.M. Meijers, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1915.

Asser/Meijers 1923

E.M. Meijers, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1923.

Asser/Meijers 1930

E.M. Meijers, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1930.

Asser/Meijers 1941

E.M. Meijers, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1941.

Asser/Meijers/Van der Ploeg 1967

E.M. Meijers, bijgewerkt door P.W. van der Ploeg, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vierde deel. Erfrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Asser/Perrick 3-V 2015

S. Perrick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Perrick 4 2017

S. Perrick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rutten 1981

- L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
- Asser/Scholten 1927
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1927.
- Asser/Sieburgh 6-I 2016
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Asser/Sieburgh 6-II 2017
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- Bijbel*
Bijbel (Herziene Statenvertaling), Heerenveen: Uitgeverij Jongbloed 2010.
- Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*
Y.G. Blei Weissmann, commentaar op art. 6:217 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).
- Boelens 2015
G.G.B. Boelens, *Het legaat, de wisselwerking tussen civiel en fiscaal recht* (diss. Leiden), 's-Hertogenbosch: BoxPress 2015.
- Van Boom 1999
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1999.
- Van Boom 2016
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- Breederveld 2008
B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- Breedveld-de Voogd 2007
C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
- De Bruijn/Soons & Kleijn 1972
A.R. de Bruijn, bewerkt door A.L.M. Soons en W.M. Kleijn, *Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint/Brouwer & Zoon 1972.
- De Bruijn/Soons, Kleijn, Huijgen & Reinhartz 1999
A.R. de Bruijn, bewerkt door A.L.M. Soons, W.M. Kleijn, W.G. Huijgen, B.E. Reinhartz, *Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.
- De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012
A.R. de Bruijn, bewerkt door W.G. Huijgen en B.E. Reinhartz, met een bijdrage van C.G. Breedveld-de Voogd, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Burgerhart 2008
W. Burgerhart, *Waarde en Erfrecht. Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige verwante wetten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Cantor 1895

G. Cantor, 'Beiträge zur Begründung der transfiniten Mengenlehre', in: *Mathematische Annalen*, Band 46, Leipzig: Druck und Verlag von B.G. Teubner 1895, p. 481-512.

Casman 1997

H. Casman, 'Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden voor onverdeelde zaken' in: *Liber Amicorum G. Baeteman*, Deurne: Kluwer 1997, p. 3-15.

Colin-Capitant 1950

A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome troisième, dixième édition, Paris: Librairie Dalloz 1950.

Dauben 1990

J.W. Dauben, *Georg Cantor; His Mathematics and Philosophy of the Infinite*, Princeton: Princeton University Press 1990.

De Decker 2012

P.J. De Decker, 'Art. 882 BW: schuldeisers binnen de verdeling, zwak of machtig?', *Rechtskundig Weekblad* 2012-2013, nr. 3, p. 82-102.

Dekkers/Casman 2010

R. Dekkers, bewerkt door H. Casman, *Handboek Burgerlijk recht, deel IV, Huwelijksstelsels-Erfrecht-Giften*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010.

Dekkers/Dirix 2005

R. Dekkers, bewerkt door E. Dirix, *Handboek Burgerlijk recht, deel II, Zakenrecht-Zekerheden-Verjaring*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

Dijkman 2018

A.A.M. Dijkman, 'Draagplicht voor de onderwaarde van de echtelijke woning', *Tijdschrift Relatierecht en praktijk* 2018, 136.

Van Es 2011

P.C. van Es, 'Een gemeenschap binnen een gemeenschap: alle deelgenoten delen mee', *Juridische Berichten voor het Notariaat* 2011, 14.

Van Es, in: *GS Vermogensrecht*

P.C. van Es, commentaar op art. 3:89 BW, in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Gassler e.a. 2018

Y.E. Gassler, M.L.M. van Kempen, D. van Laren, J. Verbaan, *Cursus Belastingrecht, Overdrachtsbelasting, Studenteneditie 2018-2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van der Geld 2010

L.A.G.M. van der Geld, 'De ex-echtgenoot van een deelgenoot in de verdeling van een nalatenschap: 'in' of 'out'?', *Tijdschrift Erfrecht* 2010 nr. 5, p. 77-80.

Van der Grinten 1984

W.C.L. van der Grinten, 'Scheiding en deling van de gemeenschap naar geldend en komend recht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Een Kapitein. Twee Schepenen. (Luijten-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 143-152.

Hartkamp & Snijders 1983

A.S. Hartkamp en W. Snijders, 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: W. Breemhaar & T.R. Hidma (red.), *Samenleven Samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag (Henriquez-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983, p. 135-153.

Van Hemel 1998

W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Van Hemel 2014

W.H. van Hemel, 'Levering ter uitvoering van een verdeling: (i) gehele goed of aandeel? (ii) overgang of overdracht? (iii) opvolging onder algemene of onder bijzondere titel?', in: F.J. Beekhoven van den Boezem e.a. (red.), *Groninger zekerheid. Liber Amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 103-110.

Hogendijk 1990

J.P. Hogendijk, 'Over de geschiedenis van de cijfers', *Nieuwe Wiskrant, Tijdschrift voor Nederlands Wiskundeonderwijs*, Utrecht: Freudenthal Instituut, Universiteit Utrecht 1990, p. 10-12.

Huijgen 1995a

W.G. Huijgen, *Studiepockets Privaatrecht. Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Huijgen 1995b

W.G. Huijgen, 'Ouderlijke boedelverdeling en vruchtgebruik', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6195 (1995), p. 638-640.

Huijgen 2004

W.G. Huijgen, 'Verdeling door de executeur-bewindvoerder?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6587 (2004), p. 617-621.

Huijgen 2008

W.G. Huijgen, 'Ouderlijke boedelverdeling met toedeling van recht van vruchtgebruik nietig', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6740 (2008), p. 94-96.

Huijgen 2017

W.G. Huijgen, *Monografieën Privaatrecht. Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Jansen & Storme 2007

R. Jansen en M.E. Storme, 'Zakenrechtelijke perikelen bij de verkoop van een aandeel in mede-eigendom: Molenaers revisited', *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht* 2007, p. 373-378.

Jansen 2009

R. Jansen, *Beschikkingsonbevoegdheid* (diss. Antwerpen), Antwerpen-Oxford: Intersentia 2009.

Jech 2003

T.J. Jech, *Set Theory*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag 2003.

Kaser/Wubbe 1971

M. Kaser, vertaald en bewerkt door F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

- Keirse e.a. 2009
A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Klaassen/Eggens & Polak 1956
J.G. Klaassen, bewerkt door J. Eggens met medewerking van J.M. Polak, *Huwelijksgoederen- en erfrecht : handleiding bij studie en praktijk*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1956.
- Klaassen/Luijten & Meijer 2005
J.G. Klaassen, J. Eggens, bewerkt door E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Klaassen/Luijten & Meijer 2008
J.G. Klaassen, J. Eggens, bewerkt door E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Kleijn 1969
W.M. Kleijn, *De Boedelscheiding* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint/Brouwer en Zoon 1969.
- Kleijn 1973
W.M. Kleijn, 'De gemeenschap', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5213 (1973), p. 167-171.
- Kleijn e.a. 1974
W.M. Kleijn e.a., 'Gewijzigd Ontwerp Boek 3 Nieuw Burgerlijk Wetboek', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5280 (1974), p. 676-689.
- Kleijn & Huijgen 1992
W.M. Kleijn en W.G. Huijgen, 'Verdeling, vruchtgebruik en het nieuwe BW', *Juridische Berichten voor het Notariaat* 1992, 45.
- Kolkman 2004
W.D. Kolkman, 'Verdeling door de afwikkelingsbewindvoerder', *Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 5, p. 78-79.
- Kraan 2003
C. Kraan, 'Verdeling door de bewindvoerder', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6544 (2003), p. 624-625.
- Kraan 2017
C.A. Kraan, m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017.
- Lammers, in: *GS Vermogensrecht*
H.H. Lammers, commentaar op art. 3:186 BW, in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).
- Libourel 1948
Ph.B. Libourel, *Correspondentie-blad van de Broederschap der Notarissen*; rede door Libourel op de jaarvergadering van de Broederschap der Notarissen van 1948, p. 389-397.
- Lubbers 1977
A.G. Lubbers, *Van scheiden en delen* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1977.

Luijten 1994

E.A.A. Luijten, 'Verdelingsproblematiek: moeten alle deelgenoten medewerken?' *Juridische Berichten voor het Notariaat* 1994, 33.

Maasland 2010

J.L.D.J. Maasland, 'Verdeling met toedeling van vruchtgebruik', *Tijdschrift Erfrecht* 2010 nr. 5, p. 73-76.

Meijer 1986

W.R. Meijer, *Kiezen of delen. Enkele beschouwingen over de boedelscheiding* (oratie Heerlen), Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1986.

Meijers 1915a

E.M. Meijers, 'Rechtsvraag. Toewijzing van onroerende goederen aan mede-eigenaren bij wijze van toescheiding', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2377 (1915), p. 360.

Meijers 1915b

E.M. Meijers, Reactie op C. Mostart, 'Toewijzen aan mede-eigenaren, deels bij wijze van verkoop, deels bij wijze van scheiding', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2390 (1915), p. 519.

Meijers 1916

E.M. Meijers, 'Vervreemding van erfrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2434 (1916), p. 405-407.

Mellema 2006

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Executele en bewind', in: *Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie* (preadvies KNB 2006), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 173-212.

Van Mourik 1990

M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. 14. Oudere en jongere gemeenschappen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5977 (1990), p. 654-655.

Van Mourik 1991a

M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. 6. Opnieuw: Oudere en jongere gemeenschappen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6004 (1991), p. 304.

Van Mourik 1991b

M.J.A. van Mourik, 'Naschrift', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6011 (1991), p. 447-448.

Van Mourik 1991c

M.J.A. van Mourik, 'Boedelscheiding zonder levering, in het bijzonder bij onroerend goed', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6030 (1991), p. 890-892.

Van Mourik 2004

M.J.A. van Mourik, 'Rechtsvragenrubriek. Verdeling door de executeur', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6560 (2004), p. 20.

Van Mourik 2010

M.J.A. van Mourik, 'Boekbespreking', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6848 (2010), p. 524-528.

Van Mourik 2011

M.J.A. van Mourik, *Monografieën BW. B9. Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Mourik 2012

M.J.A. van Mourik, 'Algemene beschouwingen', in: *Verdeling in de notariële praktijk* (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 21-62.

Van Mourik e.a. 2012

M.J.A. van Mourik, B.M.E.M. Schols, R.L.M.C. Janssen, R. Kooger, A.L.G.A. Stille, R.L. Albers-Dingemans, F. Schonewille, *Verdeling in de notariële praktijk* (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Van Mourik & Verstappen 2014a

M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding. Algemeen Deel A*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Mourik & Verstappen 2014b

M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding. Bijzonder Deel B*, Deventer: Kluwer 2014.

Van Mourik & Schols 2015

M.J.A. van Mourik en F.W.J.M. Schols, *Monografieën BW. B9. Gemeenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Mourik & Schols 2017

M.J.A. van Mourik en F.W.J.M. Schols, *Monografieën Privaatrecht. 12. Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Mourik 2018

M.J.A. van Mourik, 'Verdeling van een eenvoudige gemeenschap: de transformatie- en titelproblematiek', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 7190 (2018), p. 313-319.

Neleman-Nuytinck 2010

P. Neleman & A.J.M. Nuytinck, *Rapport van 18 juli 2010 inzake wetsvoorstel 28867 n.a.v. motie Haubrich-Gooskens c.s.*, Den Haag/Malden (online).

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nuytinck 2009

A.J.M. Nuytinck, 'De rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht, alsmede het rechtskarakter van de verdeling', *Ars Aequi*, januari 2009, p. 44-50.

Nuytinck 2017

A.J.M. Nuytinck, 'Verkrijgingstitel bij verdeling', *Ars Aequi*, november 2017, p. 915-920.

Van Oven 1948

J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948.

De Page & Dekkers 1974

H. De Page en R. Dekkers, *Traité. IX. Les successions*, Brussel: Bruylant 1974.

De Page & Dekkers 1975

H. De Page en R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome V*, Brussel: Bruylant 1975.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)

Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Perrick 1986

S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling. Beschouwingen over titel 3.7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1986.

Perrick 1991

S. Perrick, 'Reactie naar aanleiding van het antwoord op een rechtsvraag van prof. mr. M.J.A. van Mourik, WPNR (1991) 6004', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6011 (1991), p. 445-447.

Perrick 2006a

S. Perrick, 'De boedelnotaris en de bewindvoerder', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6672 (2006), p. 500-506.

Perrick 2006b

S. Perrick, 'Nieuw erfrecht in de praktijk', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6678 (2006), p. 609-614.

Perrick 2010

S. Perrick, 'Recensie diss. M.L. Tuil, Verdelingsbeslagen. Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, 10, p. 432-443.

Perrick 2012

S. Perrick, 'Verdeling in de notariële praktijk', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6944 (2012), p. 641-657.

Pintens e.a. 2010

W. Pintens, C. Declerck, J. Du Mongh, K. Vanwincklen, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010.

Pitlo 1957

A. Pitlo, *Het erfrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1957.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, met bijdragen van G.E. van Maanen en G.T. de Jong, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Planiol-Ripert-Boulanger 1951

M. Planiol, G. Ripert, J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil. Tome troisième: Régimes matrimoniaux, Successions – Libéralités*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1951.

Planiol-Ripert 1956

M. Planiol, G. Ripert, J. Maury, H. Vialleton, *Traité pratique de droit civil français. Tome IV: Successions*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1956.

Pleysier 1983

A.J.H. Pleysier, 'Over de betekenis van het woord 'titel' in art. 3.7.1.14a BW', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5654 (1983), p. 351-355.

Van der Ploeg 1984

P.W. van der Ploeg, 'Verkrijgen wat men reeds heeft', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5697 (1984), p. 285-289.

Van de Poll 1967

R.A. van de Poll, 'Enkele Aspecten van de Boedelscheiding', preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1967.

Pothier

R.J. Pothier, *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Tome septième, mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin*, Paris: Bechet Ainé Libraire/F.-M. Maurice Libraire 1825.

Puelinckx-Coene e.a. 2005

M. Puelinckx-Coene, J. Verstraete, N. Geelhand, I. Verhaert, m.m.v. R. Barbaix, 'Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1996-2004', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 449-744.

Reid 1965

C. Reid, *Van nul tot oneindig. Getaltheorie voor iedereen*, Utrecht/Antwerpen: Uitgeverij Het Spectrum N.V. 1965.

Reinhartz, in: *GS Personen- en familierecht*

B.E. Reinhartz, commentaar op art. 1:95 BW, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Sagaert 2014

V. Sagaert, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, deel V, Goederenrecht*, Mechelen: Kluwer 2014.

B. Schols 1999

B.M.E.M. Schols, 'L'exécuteur-testamentaire est mort, es lebe der Testamentsvollstrecker!', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6374 (1999), p. 745-750.

B. Schols 2004a

B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (I), *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6571 (2004), p. 225-232.

B. Schols 2004b

B.M.E.M. Schols, De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (II), *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6572 (2004), p. 243-250.

B. Schols 2014

B.M.E.M. Schols, 'Het voorwaardelijk afstandslegaat', *Fiscale Berichten voor het Notariaat* 2014, 41, p. 3-4.

- F. Schols 2004
F.W.J.M. Schols, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht. Theoretische en praktische varia, in: *Bewind en aan bewind verwante vormen* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 2004, p. 13-71.
- Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.
- Schoordijk 1983
H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid. Een studie naar aanleiding van de Gemeenschapstitel – 3.7 – van het Nieuw B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.
- Sikkema 2009
T.H. Sikkema, 'De grondslag van bestuur in de wettelijke gemeenschap van goederen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 6803 (2009), p. 533-537.
- Sikkema 2018
T.H. Sikkema, 'Een kader voor aanvaarding en verdeling van de schuldengemeenschap', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 7182 (2018), p. 176-181.
- Snaet & Verbeke 2011
S. Snaet en A.L. Verbeke, 'Mede-eigendom en onverdeeldheid', in V. Sagaert en A.L. Verbeke (eds.), *Themis Goederenrecht*, Brugge: Die Keure 2011, p. 47-70.
- Snijders & Rank-Berenschot 2012
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Stille 2012
A.L.G.A. Stille, 'Verdeling en de rechter', in: *Verdeling in de notariële praktijk* (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012), Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 199-268.
- Storme 1998
M.E. Storme, 'Van trust gespeend?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1998, p. 703-814.
- Storme 2004
M.E. Storme, 'Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de Gesamt-hand in ons recht.', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2004, p. 653-683.
- Van Straaten 1988a
J.C. van Straaten, 'Erfrechtelijke afwikkeling van een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed (civielrechtelijke en fiscale aspecten) (I)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5883 (1988), p. 413-417.
- Van Straaten 1988b
J.C. van Straaten, 'Erfrechtelijke afwikkeling van een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed (civielrechtelijke en fiscale aspecten) (II, slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 5884 (1988), p. 429-433.
- Van Straaten e.a. 2017
J.C. van Straaten, A. Rozendal, F.A.M. Schoenmaker, *Wegwijs in de overdrachtsbelasting*, Den Haag: SDU Uitgevers 2017.
- Struik 1965
D.J. Struik, *Geschiedenis van de wiskunde*, Utrecht/Antwerpen: Uitgeverij Het Spectrum N.V. 1965.

Studiecommissie Boek 3 BW 1958

Rapport Studiecommissie uit de Broederschap van Notarissen in Nederland en de Broederschap der Candidaat-Notarissen voor het Ontwerp NBW voor Boek 3, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 4535 (1958), p. 196-202.

Suyling-Dubois 1931

J.Ph. Suyling m.m.v. H.F.R. Dubois, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht. Erfrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1931.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tjittes, *Monografieën Nieuw BW. A6a. Afstand van recht*, Deventer: Kluwer 1992.

Tuil 2009

M.L. Tuil, *Verdelingsbeslagen. Een studie naar het deelgenotenbeslag en het maritaal beslag* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Vananroye 2014

J. Vananroye, 'Slingerende toerekening: de zakelijke rechten van een maatschap', *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* 2014, p. 233-259.

Vananroye 2015

J. Vananroye, 'Fifty ways to leave your lover: over verdeling, ontbinding, overdracht en uittreding', *Notarieel en Fiscaal Maandblad* 2015/5, p. 152-160.

Vandenberghe & Snaet 1997

H. Vandenberghe, m.m.v. S. Snaet, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Deel V. Zakenrecht. Boek III. Mede-eigendom*, Antwerpen: Story-Scientia 1997.

Vegter 2015

J.B. Vegter, 'Opmerkingen over het legaat aan een erfgenaam mede in het kader van de verdeling van de nalatenschap', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 7047 (2015), p. 83-88.

Verstappen 1996

L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

Versteeg 1912

J. Versteeg, *Het recht van medeëigendom* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Mouton & Co. 1912.

Verstraaten 2007

R.T.G. Verstraaten, 'Overdrachtsbelasting en juridische eigendomsverkrijging van een onroerende zaak', *Kwartaalbericht Estate Planning*, nr. 3 (september 2007), p. 22-26.

Wammes 1988

H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Zwalve 1984

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over de scheiding en deling van nalatenschappen bij onderling goedvinden in het Justitiaanse, het hedendaagse en het toekomstige recht', in: *Groninger opmerkingen en mededelingen. Magazijn voor Leerstellige*

Rechtsvergelijking op Historische Grondslag, I, Groningen: Stichting 'Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds' 1984, p. 83-120.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, 'Enkele opmerkingen over art. 6:6, lid 3 BW', in: *Groninger opmerkingen en mededelingen. Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag*, XXIII, Groningen: Stichting 'Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds' 2006, p. 1-16.

Jurisprudentieregister

NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

- HR 8 december 1892, *W* 6280 | 2.3
HR 20 juni 1951, *NJ* 1952, 559 m.nt. Houwing | 1.1, 2.3, 3.1, 5.3-5.5, 5.8, 6.2, 6.13, 9.3, 9.5
HR 11 april 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2029, *NJ* 1958, 302 (*Schellens-Schellens I*) | 3.4
HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 m.nt. J.H. Beekhuis (*Erven Van der Looy*) | 3.4, 4.3, 4.6, 4.7
HR 17 januari 1964, ECLI:NL:PHR:1964:AC4437, *NJ* 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens-Schellens II*) | 3.4, 4.3, 4.6, 4.7, 6.2, 7.3, 7.4, 7.9, 9.3
HR 16 april 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4360, *NJ* 1982, 580 m.nt. W.M. Kleijn (*Sanders-Sanders*) | 3.4, 6.2
HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4810, *NJ* 1985, 527, m.nt. W.M. Kleijn (*Vier huizen*) | 8.2
HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn | 1.1, 4.6, 4.9
HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, *BNB* 1987, 149 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 224 m.nt. W.M. Kleijn | 1.1, 4.6, 4.8, 4.9
HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, *BNB* 1992, 385 m.nt. Zwemmer | 1.1, 4.6, 4.8, 4.9
HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0976, *NJ* 1993, 468 | 7.5
HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1697, *NJ* 1996, 499 m.nt. W.M. Kleijn | 4.3
HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, *BNB* 1995, 251, m.nt. Zwemmer, *FED* 1995, 598 m.nt. Van Straaten | 1.1, 5.5, 6.13
HR 27 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1856, *NJ* 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner | 4.3, 7.7
HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2781, *BNB* 2005/368, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken | 8.2
HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8719, *NJ* 2008, 165, m.nt. Jac. Hijma | 4.3
HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7904, *JPF* 2007, 74 | 7.9
HR 23 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6176, *NJ* 2007, 624 | 6.8
HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7283, *BNB* 2010, 275 m.nt. Van Vijfeijken | 4.9
HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, *NJ* 2013, 273 m.nt. Jac. Hijma | 7.8
HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, m.nt. L.C.A. Verstappen | 4.3, 6.8
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746, *NJ* 2013, 490 m.nt. S. Perrick | 6.2, 6.5-6.7
HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1290 | 4.3

HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1871, *NJ* 2015, 481, m.nt. L.C.A. Verstappen | 4.3
HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274, *NJ* 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen
| 4.3, 7.7, 7.8

Parquet bij de Hoge Raad

Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8698, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8698, *BNB* 1987, 150 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 223 m.nt. W.M. Kleijn | 4.6
Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1987:AB8699, vóór HR 4 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8699, *BNB* 1987, 149 m.nt. Laeijendecker, *NJ* 1989, 224 m.nt. W.M. Kleijn | 4.6, 4.8, 4.9
Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1992:ZC5082, vóór HR 16 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5082, *BNB* 1992, 385 m.nt. Zwemmer | 4.6
Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, *BNB* 1995, 251, m.nt. Zwemmer, *FED* 1995, 598 m.nt. Van Straaten | 5.5, 6.13
Concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2006:AV8719, vóór HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV8719, *NJ* 2008, 165, m.nt. Jac. Hijma | 4.3
Concl. A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2013:BY4279, vóór HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4279, *NJ* 2013, 201, m.nt. L.C.A. Verstappen | 4.3
Concl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2015:405, vóór HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1290 | 4.3
Concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2015:589, vóór HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1871, *NJ* 2015, 481, m.nt. L.C.A. Verstappen | 4.3

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 9 oktober 1990, 382/1989c | 4.6
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA2046 | 4.9
Hof 's-Gravenhage 12 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC2040 | 8.4
Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4685 | 7.8
Hof Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1174, *JPF* 2017, 100 m.nt. B.E. Reinhartz | 8.4
Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1608 | 8.4

Rechtbanken

Rechtbank Leeuwarden 19 november 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BG4914 | 7.5
Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4456 | 7.5
Rechtbank Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4320 | 8.4

BELGISCHE JURISPRUDENTIE

Hof van Cassatie

Cass. 15 januari 1847, *Pas.* 1847, I, p. 502-505 | 2.4, 5.7

Cass. 6 juni 1850, *Pas.* 1851, I, p. 144-150 | 2.4, 5.7

Cass. 30 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, nr. 680 | 2.4

Cass. 9 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 366 (*Molenaers I*) | 2.4

Cass. 22 december 2006, *RW* 2006-2007, nr. 34, m.nt. S. Mosselmans (*Molenaers II*)
| 2.4

Cass. 20 september 2013, C.08.0018.F/214 | 2.4

Lijst van Kamerstukken

Handelingen I 2009/10, 28867, 13 | 7.5

Handelingen I 2010/11, 28867, 23 | 7.5

Kamerstukken II 1969/70, 10 560, 3 | 7.5

Kamerstukken II 1986/87, 17496, 26 | 3.6, 8.3

Kamerstukken II 1986/87, 17496, 28 | 3.6, 8.3

Kamerstukken I 1998/99, 17 141, 120a | 7.9

Kamerstukken II 2000/01, 23095, 10 | 7.8

Kamerstukken II 2014/15, 33987, 6 | 7.9

Kamerstukken II 2014/15, 33987, 10 | 7.9

Aanschrijvingenregister

BESLUITEN

Besluit 12 juli 2010, nr. DGB2010/701M, *Stcrt.* 2010, 11292 | 6.13

Besluit 15 oktober 2015, nr. BLKB 2015/794M, *Stcrt.* 2015, 36766 | 4.7

RESOLUTIES

Resolutie van 31 oktober 1947, *PW* 15173 | 5.3

Resolutie van 2 augustus 1960, *PW* 17196 | 6.13

Trefwoordenregister

A

Aandeel

- beschikken | 2.1, 2.3, 2.4, 6.6, 6.9, 6.11, 6.13, 7.5, 8.2, 8.3, 9.2, 9.3
- gemeenschap | 2.1-2.4, 3.1, 5.3, 5.4, 6.2, 6.3, 6.5-6.7, 6.9, 6.11-6.13, 7.5, 8.2, 8.3, 9.3
- gemeenschapsgoed | 2.1-2.4, 3.1, 5.3, 5.4, 6.2, 6.3, 6.5-6.7, 6.9, 6.11-6.13, 8.2, 8.3, 9.3

Aanwas | 2.2, 6.2, 6.11-6.13, 7.7, 8.2, 9.3

Absorberende werking | 1.6, 6.3, 6.5, 6.10, 7.8

Actio communi dividundo | 2.1

Actio familiae erciscundae | 2.1

Afstand van recht

- inbetalinggeving | 3.4, 4.5, 4.7
- novatie: zie Afstand van recht/schuldvernieuwing
- reprise | 7.9
- schuldvernieuwing | 3.4, 4.3, 4.5-4.9

Autonomiebeginsel | 7.8

B

Beginsel van verdeling: zie Maatstaf

Begrip van verdeling: 1.1-1.5, 2.3, 3.1-3.6, 4.1-4.8, 5.1-5.8, 6.1-6.13, 7.1-7.8, 8.1-8.4, 9.1-9.5

Beschikken

- aandeel | 2.1, 2.3, 2.4, 6.6, 6.9, 6.11, 6.13, 7.5, 8.2, 8.3, 9.2, 9.3
- bevoegdheid | 2.2, 2.4, 7.5, 7.7, 8.3
- onbevoegdheid | 2.1, 2.4, 8.3

Bestuur | 7.5

Bewind: zie Testamentair bewind

Boedelgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6

Boedelscheiding: zie Scheiding

Boedelverdeling: zie Verdeling

Breukdelengemeenschap | 2.3, 6.2, 8.3

C

Casusposities | 6.13

Causa | 1.6, 3.3, 4.3, 4.5-4.9, 5.1, 6.1, 6.11, 7.1, 8.1, 9.4

Communio | 2.1-2.3

Concept van de lege gemeenschap | 8.4

Condominium | 2.1

Consortium | 2.1

Contractsvrijheid | 4.5, 4.9, 7.8, 7.9, 9.4

Conversie | 6.5, 8.3

D

Declaratief | 1.2, 2.3, 2.4

Declaratoir: zie Declaratief

Deelgenoten

- autonomiebeginsel | 7.8
- begrip | 7.2-7.6
- contractsvrijheid | 4.5, 4.9, 7.8, 7.9, 9.4
- medewerken | 5.4, 6.9, 7.6, 7.7
- rechtsverhouding | 7.2-7.4
- schuldengemeenschap | 8.4
- subjectieve gebondenheid | 7.8, 7.9
- subjectieve vrijheid | 7.8, 7.9
- uitleg | 7.2-7.6

Differentiatie

- verkrijgingsbegrip | 6.3
- titel 3.7 BW | 6.6
- maatstaf voor verdeling/toedeling | 8.4

Divisio conventionne facta | 2.1

Draagplicht

- regeling | 4.4, 5.4, 8.4
- schuldengemeenschap | 8.4

E

Eerste volzin: zie Verdeling/eerste volzin

Effet déclaratif | 2.2

Exclusiviteitsvereiste | 5.5-5.7

F

Financiële consequenties | 6.8, 6.11, 9.3, 9.5

Formulering scheiding/verdeling
| 1.2, 1.5, 2.3, 3.1-3.6, 4.2, 4.3, 5.2-5.4, 9.1-9.5

G

Gemeenschap

- aandeel | 2.1-2.4, 3.1, 5.3, 5.4, 6.2, 6.3, 6.5-6.7, 6.9, 6.11-6.13, 8.2, 8.3, 9.3
- boedelgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6
- breukdelengemeenschap | 2.3, 6.2, 8.3
- concept van de lege verzameling | 8.4
- mede-eigendom, vormen van | 1.4, 1.5, 2.1-2.5, 5.3-5.5, 5.8, 6.6, 9.3
- scheiding: zie Scheiding
- schulden | 3.1-3.4, 3.6, 4.3-4.8, 8.4, 9.4
- schuldengemeenschap | 8.4
- modellen | 2.1
- verdeling: zie Verdeling
- zaaksgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6

Gesamteigendom: zie Gesammthand

Gesammthand | 2.1, 2.3

Getal nul | 8.4

Getaltheorie | 8.4

Grondbeginsel van verdeling: zie Maatstaf voor verdeling

I

Inbetalinggeving | 3.3, 3.4, 4.5, 4.7

K

Koop | 2.4, 3.1-3.5, 4.3, 4.6, 4.8, 4.9, 5.4, 5.7, 6.3-6.5, 6.7, 6.9-6.11, 6.13, 7.2-7.4, 7.8, 7.9, 8.2, 8.3, 9.3, 9.4

L

Legaat | 3.2, 3.4, 4.3, 4.6, 4.7, 4.9, 7.3, 7.4

Levering | 1.6, 2.1-2.3, 3.1, 3.3-3.6, 4.3, 4.4, 4.6-4.9, 5.1, 5.5, 5.6, 6.1-6.3, 6.5, 6.6, 6.9-6.13, 7.7-7.9, 8.1-8.3, 9.3, 9.4

Licitatie | 3.1, 4.6

M

Maatstaf | 2.5, 5.1, 5.6-5.8, 6.1, 6.2, 6.10, 6.11, 6.13, 7.1, 7.2, 8.2, 8.4, 9.2, 9.5

Mede-eigendom: zie Gemeenschap

Medewerken | 5.4, 6.9, 7.6, 7.7

Minnelijke boedelscheiding | 2.1, 2.2

N

Nadere overeenkomst | 3.4, 4.5-4.9, 7.9, 9.4

Nakoming | 3.1, 3.3, 3.4, 3.6, 4.1, 4.3-4.9, 7.3, 7.4, 9.4

Novatie: zie Schuldvernieuwing

Nul: zie Getal nul

O

Object

- gemeenschap zonder object | 8.4
 - levering | 6.5, 8.3
 - objectieve schuldvernieuwing | 4.5, 4.6
 - verdeling | 6.2-6.6, 6.11, 6.12, 8.1, 8.2, 9.3
- Obligatoire rechtshandeling | 1.6, 3.3, 4.3, 4.8, 5.4, 7.9, 8.3
- Onderbedeling | 6.7, 6.8, 9.3
- Onderliggende rechtsverhouding
deelgenoten | 7.3, 7.4, 7.9
- Onverdeeldheid: zie Gemeenschap
- Openbare registers: zie Register
- Overbedeling | 3.4, 4.5, 5.3, 5.4, 6.7, 6.8, 6.13, 7.8, 7.9, 9.3

Overdrachtsbelasting | 1.1, 1.4, 4.6, 4.7
Overnamerecht | 3.4, 7.9

P

Pars pro indiviso | 2.1
Proportionaliteit | 7.8

R

Rechtsgevolg | 1.1, 1.2, 1.5, 3.1, 4.3, 4.7, 4.9, 5.1-5.7, 6.1, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7, 6.9-6.11, 6.13, 7.1, 7.2, 7.4, 7.6, 7.8, 9.3-9.5
Rechtshandeling van verdeling: zie Verdeling
Register | 2.2, 2.3, 3.5
Registratiewet 1917 | 1.1, 1.3, 5.3, 6.2
Reprise | 3.3, 3.4, 7.9

S

Scheiding: zie ook Verdeling | 2.1-2.3, 2.5, 3.1, 3.3-3.5, 4.3, 4.6, 4.8, 4.9, 5.3-5.6, 6.2, 6.6-6.9, 6.12, 6.13, 7.3, 7.4, 7.6-7.9, 8.2, 8.3, 9.3-9.5
Schriftelijkheidsvereiste | 7.8
Schulden van de gemeenschap | 3.1-3.4, 3.6, 4.3-4.8, 7.9, 8.1, 8.4, 9.4
Schuldengemeenschap | 8.4
Schuldvernieuwing | 3.4, 4.3, 4.5-4.9
Societas ercto non cito | 2.1
Subject: zie Deelgenoten
Subjectieve vrijheid en gebondenheid | 7.8, 7.9
Subsidiariteit | 7.8

T

Terugwerkende kracht | 2.2-2.4, 4.6, 6.6
Testamentair bewind | 7.9
Titel: zie Causa
Toedeling: | 3.3, 4.3, 4.4, 5.4, 6.2, 7.7, 7.9, 8.2, 8.4, 9.3
Toestemming deelgenoten | 2.3, 5.4, 6.9, 6.12, 6.13, 7.7-7.9
Translatief | 2.3, 2.4, 3.6, 6.6, 8.3
Tweede volzin: zie Verdeling/tweede volzin

V

Verdeling: zie ook Scheiding

- aandeel | 2.1-2.4, 3.1, 5.3, 5.4, 6.2, 6.3, 6.5-6.7, 6.9, 6.11-6.13, 7.5, 8.2, 8.3, 9.3
- anders dan in strikte zin | 1.6, 5.7, 6.3, 6.5, 6.10, 6.13, 7.4, 7.8, 7.9, 8.3, 9.4
- absorberende werking | 1.6, 6.3, 6.5, 6.10, 7.8
- actio communi dividundo | 2.1
- actio familiae erciscundae | 2.1
- autonomiebeginsel | 7.8
- beginsel: zie Verdeling/maatstaf
- begrip: | 1.1-1.5, 2.3, 3.1-3.6, 4.1-4.8, 5.1-5.8, 6.1-6.13, 7.1-7.8, 8.1-8.4, 9.1-9.5
- boedelgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6
- casusposities | 6.13
- causa | 1.6, 3.3, 4.3, 4.5-4.9, 5.1, 6.1, 6.11, 7.1, 8.1, 9.4
- contractsvrijheid | 4.5, 4.9, 7.8, 7.9, 9.4
- conversie | 6.5, 8.3
- deelgenoten: zie Deelgenoten
- declaratief | 1.2, 2.3, 2.4
- declaratoir: zie Verdeling/declaratief
- definitie: zie Verdeling/begrip
- differentiatie | 6.3, 6.6, 8.4
- divisio conventionne facta | 2.1
- draagplicht | 4.4, 5.4, 8.4
- eerste volzin | 1.2, 1.5, 3.1, 3.2, 4.1-4.3, 5.1, 5.4-5.6, 6.1-6.13, 7.2, 7.3, 7.6, 7.7, 8.3, 9.3
- effet déclaratif | 2.2
- exclusiviteitsvereiste | 5.5-5.7
- financiële consequenties | 6.8, 6.11, 9.3, 9.5
- formulering | 1.2, 1.5, 2.3, 3.1-3.6, 4.2, 4.3, 5.2-5.4, 9.1-9.5
- gemeenschap: zie Gemeenschap
- levering | 1.6, 2.1-2.3, 3.1, 3.3-3.6, 4.3, 4.4, 4.6-4.9, 5.1, 5.5, 5.6, 6.1-6.3, 6.5, 6.6, 6.9-6.13, 7.7-7.9, 8.1-8.3, 9.3, 9.4

- licitatie | 3.1, 4.6
 - maatstaf | 2.5, 5.1, 5.6-5.8, 6.1, 6.2, 6.10, 6.11, 6.13, 7.1, 7.2, 8.2, 8.4, 9.2, 9.5
 - medewerkers | 5.4, 6.9, 7.6, 7.7
 - minnelijke boedelscheiding | 2.1, 2.2
 - nadere overeenkomst | 3.4, 4.5-4.9, 7.9, 9.4
 - nakoming | 3.1, 3.3, 3.4, 3.6, 4.1, 4.3-4.9, 7.3, 7.4, 9.4
 - object | 6.2-6.6, 6.11, 6.12, 8.1, 8.2, 9.3
 - obligatoire rechtshandeling | 1.6, 3.3, 4.3, 4.8, 5.4, 8.3
 - onderbedeling | 6.7, 6.8, 9.3
 - onderliggende rechtsverhouding deelgenoten | 7.3, 7.4, 7.9
 - onverdeeldheid: zie Gemeenschap
 - overbedeling | 3.4, 4.5, 5.3, 5.4, 6.7, 6.8, 6.13, 7.8, 7.9, 9.3
 - overdrachtsbelasting | 1.1, 1.4, 4.6, 4.7
 - overnamerecht | 3.4, 7.9
 - proportionaliteit | 7.8
 - rechtsgevolg | 1.1, 1.2, 1.5, 3.1, 4.3, 4.7, 4.9, 5.1-5.7, 6.1, 6.3, 6.4, 6.6, 6.7, 6.9-6.11, 6.13, 7.1, 7.2, 7.4, 7.6, 7.8, 9.3-9.5
 - reprise | 3.3, 3.4, 7.9
 - schriftelijkheidsvereiste | 7.8
 - schulden | 3.3, 4.4, 5.4, 7.9, 8.4, 9.4
 - schuldengemeenschap | 8.4
 - strikte zin | 1.6, 5.7, 6.3-6.5, 6.10, 6.13, 7.4, 7.8, 7.9, 8.3
 - subject: zie Deelgenoten
 - subjectieve vrijheid en gebondenheid | 7.8, 7.9
 - subsidiariteit | 7.8
 - terugwerkende kracht | 2.2-2.4, 4.6, 6.6
 - testamentair bewind | 7.9
 - titel: zie Verdeling/causa
 - titel 3.7 BW | 6.6
 - toedeling | 3.3, 4.3, 4.4, 5.4, 6.2, 7.7, 7.9, 8.2, 8.4, 9.3
 - toestemming | 2.3, 5.4, 6.9, 6.12, 6.13, 7.7-7.9
 - translatief | 2.3, 2.4, 3.6, 6.6, 8.3
 - tweede volzin | 3.1-3.4, 4.1-4.8, 7.3, 7.4, 9.4
 - verdelingsbegrip: zie Verdeling/begrip
 - verkrijgingsbegrip | 5.1, 6.1, 6.3-6.5, 6.9-6.11, 8.2, 9.3, 9.5
 - zaaksgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6
- Verdelingsbegrip: zie Verdeling/begrip
- Verkrijgen: zie Verkrijgingsbegrip
- Verkrijgingsbegrip: zie Verdeling/verkrijgingsbegrip
- Vermenging | 2.2
- Verzameling | 8.4
- W**
- Wet op belastingen van rechtsverkeer: zie Overdrachtsbelasting
- Wiskunde
- concept van de lege verzameling | 8.4
 - getal nul | 8.4
 - getaltheorie | 8.4
 - verzameling | 8.4
- Z**
- Zaaksgemeenschap | 2.3, 2.4, 6.6

Curriculum vitae

T.H. (Teico) Sikkema werd op 25 februari 1971 geboren te Harlingen. In 1990 behaalde hij het vwo-diploma aan CSG Oostergo te Dokkum. Hij studeerde vanaf 1991 Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen en behaalde in 1996 het doctoraal examen Notarieel recht. Van 1998-2001 deed hij de Beroepsopleiding Notariaat. Van 1996-2006 was Sikkema achtereenvolgens werkzaam als kandidaat-notaris en notaris. Sinds 2006 is hij werkzaam als docent aan de Universiteit Leiden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2017 en 2018 verschenen:

- MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978 94 6290 392 0
- MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, gezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6
- MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom 2017, ISBN 978 94 6290 390 6
- MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9
- MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0
- MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 028 0697 7
- MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, ISBN 978-94-6290-427-9
- MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernise international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The right to travel by air for persons with disabilities* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-290 C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017
- MI-291 M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 555 7
- MI-292 R. Passchier, *Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-293 T.P.A. Leclerc, *Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre. Contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-294 M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017
- MI-295 B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over Grenzen. De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 886 5
- MI-296 Y.N. van den Brink, *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht. Wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 683 7; e-ISBN 978 90 1314 684 4
- MI-297 M.L. Diekhuis-Kuiper, *Het woord en de daad. Kenmerken van dreigbrieven en de intenties waarmee ze geschreven werden*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Criminologie 2017, ISBN 978 94 6236 795 1
- MI-298 Y.N. van den Brink et al., *Voorlopige hechtenis van jeugdigen in uitvoering. Een exploratief kwantitatief onderzoek naar rechterlijke beslissingen en populatiekenmerken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, ISBN 978 94 6240 455 7
- MI-299 V. Borger, *The Transformation of the Euro: Law, Contract, Solidarity*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017.

- MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behavior, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-301 J. Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-302 X. Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4
- MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2
- MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1061 5
- MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschriftmaken.nl 2018
- MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)
- MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 997 3