



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

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 conventione 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 voorgescreven 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 Zwalm 1984, p. 104 e.v. (met name: p. 104, 112, 114), waarin de auteur zich keert tegen de opvatting dat declaratieve (bij Zwalm: 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; Nuytinck 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 Verstacken 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 aannahme 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.