



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

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 aannahme 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 aannahme 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 leverings-handeling.

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. Laeijendecker, 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 genoegen 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 vigour 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 zie 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.