



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

6 | Verkrijgen krachtens verdeling

6.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

6.2 VERKRIJGEN VOLGENS HET VERDELINGSBEGRIJ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Zie par. 4.3.

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

6 Meijers 1915b, p. 519.

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

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

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

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

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

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

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

10 Art. 7 Wbr.

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

12 Zie par. 2.3.

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

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

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

6.3 DIFFERENTIATIE BINNEN HET BEGRIP 'VERKRIJGEN'

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

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

Casus

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

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

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

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

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

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

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

6.4 INTERPRETATIE VAN HET BEGRIP ‘VERKRIJGEN’

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

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

14 Zie par. 5.6.

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

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

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

6.5 UITVOERING VAN KOOP TEvens VERDELING

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

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

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

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

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

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

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

15 Van Mourik 2012, p. 41.

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

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

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

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

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

6.6 DIFFERENTIATIE BINNEN TITEL 3.7 BW

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

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

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

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

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

23 Kleijn 1969, p. 98, 112.

24 Kleijn 1969, p. 98.

25 Kleijn 1969, p. 98.

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

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

6.7 OVERBEDELING EN ONDERBEDELING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘Vervolgens wordt, met onderling goedvinden der belanghebbenden, bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen, en, zoo daartoe gronden zijn, welke geldsom wegens een of meer aandelen ter gelijkmaking moet uitbetaald worden [cursivering door mij, THS].’

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

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

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

³⁰ Art. 3.7.1.14 lid 1 OM.

³¹ TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 617.

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

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

6.8 FINANCIËLE CONSEQUENTIES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.9 VERKRIJGEN EN MEDEWERKEN DOOR DEELGENOTEN

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

Casus

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

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

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

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

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

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

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

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

‘Vervolgens wordt, met onderling goedvinden der belanghebbenden, bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen, en, zoo daartoe gronden zijn, welke geldsom wegens een of meer aandeelen ter gelijkmaking moet uitbetaald worden [cursivering door mij, THS].’

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

6.10 DE RECHTSHANDELING ‘KRACHTENS WELKE’ WORDT VERKREGEN

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

Casus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.11 REIKWIJDTE VAN VERKRIJGEN IN HET KADER VAN VERDELING

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

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

Casus

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

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

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

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

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

44 Zie par. 6.2, 6.3 en 6.9.

45 Zie par. 6.2.

46 Zie par. 6.2. e.v.

47 Zie par. 6.9.

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

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

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

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

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

⁴⁸ Zie par. 6.9, 6.13, casuspositie II.

⁴⁹ Zie par. 6.2.

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

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

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

6.12 DE OPVATTING VAN KLEIJN

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

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

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

⁵⁰ Zie par. 6.2 e.v.

⁵¹ Zie par. 6.2.

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

⁵³ OM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611.

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

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

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

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

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

54 Kleijn 1969, p. 5 e.v.

55 Kleijn 1969, p. 5 e.v.

56 Kleijn 1969, p. 8.

57 Kleijn 1969, p. 8.

58 Kleijn 1969, p. 8, 9.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ Kleijn 1969, p. 8.

⁶⁰ Kleijn 1969, p. 9.

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

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

6.13 CASUSPOSITIES

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

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

I. *AB à 1/2 naar B 1/1*⁶³

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

61 Kleijn 1969, p. 9.

62 Kleijn 1969, p. 9.

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

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

II. *ABC à 1/3 naar B 2/3, C 1/3*⁶⁵

Casus: A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak treedt A uit de gemeenschap tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid. Na levering wordt B voor twee derde gedeelte en C voor een derde gedeelte gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

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

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

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

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

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

66 Zie par. 5.6.

67 Zie par. 5.6.

68 Zie par. 5.6.

69 Zie par. 6.2-6.4, 6.11.

70 Zie par. 6.11.

71 Zie par. 6.9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

77 Kleijn 1969, p. 8.

78 Zie par. 6.12.

79 Kleijn 1969, p. 9.

80 Kleijn 1969, p. 8, 11.

81 Kleijn 1969, p. 11.

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

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

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

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

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

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

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

Casus: A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. Bij onderlinge afspraak treedt A uit de gemeenschap

⁸² Schoordijk 1983, p. 101.

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

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

⁸⁵ Zie par. 6.10.

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

tegen geldelijke vergoeding van de waarde van zijn gerechtigdheid. Na levering wordt B voor vijf zesde gedeelte en C voor een zesde gedeelte gerechtigd tot de goederen van de gemeenschap.

Uitwerking: Op grond van de hiervoor gemaakte analyse van de reikwijdte van de mogelijkheid om krachtens verdeling te 'verkrijgen' moet worden aangenomen dat deze reikwijdte wordt bepaald door een tweetal criteria. Het eerste criterium betreft de reikwijdte van het begrip 'verkrijgen' zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.⁸⁷ Het tweede criterium betreft de mate waarin het 'vrijvallende' aandeel in een of meer goederen van de gemeenschap ten gevolge van de uittreding van (een of meer) deelgenoten kan toekomen aan de overige (een of meer) deelgenoten.⁸⁸ Toegepast op deze casus heeft het vorenstaande tot gevolg dat de reikwijdte waarbinnen de deelgenoten B en C krachtens verdeling kunnen verkrijgen wordt bepaald door de grootte van hun gerechtigdheid vóór de verkrijging krachtens verdeling (als ondergrens) en de grootte van hun gerechtigdheid voorafgaand aan de verkrijging krachtens verdeling vermeerderd met de grootte van het aandeel van de uittredende deelgenoot A (als bovengrens). Bezien we de gerechtigdheid van C na verdeling en levering dan kan worden geconstateerd dat deze niet valt in het voor verkrijging krachtens verdeling aangegeven kader. De eindtoestand in de hier bedoelde situatie kan derhalve alleen worden bereikt door een samenstel van rechtshandelingen. Daarbij kan alleen de rechtshandeling ten gevolge waarvan A ophoudt deelgenoot te zijn als verdeling worden aangemerkt (hetzij via een verdeling in strikte zin dan wel via koop). Daarvoor is wel vereist dat deze met aller instemming tot stand is gekomen. De afzonderlijke afspraak tussen B en C ingevolge waarvan enkel ieders gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen zal wijzigen zonder dat de mate van onverdeeldheid wordt verminderd, kan op die grond niet als verdeling worden aangemerkt.

In zijn dissertatie maakt Kleijn eveneens melding van een soortgelijke casus. Hij werkt deze (summier) uit en gaat uit van twee afzonderlijke overdrachten, waarin hij geen scheiding (verdeling) ziet.⁸⁹ Gelet op zijn opvatting dat de uittreding van een deelgenoot gepaard moet gaan met aanwas ten behoeve van alle overige (verkrijgende) deelgenoten,⁹⁰ zal Kleijn de mogelijkheid van het als verdeling aanmerken van de rechtshandeling krachtens welke A ophoudt deelgenoot te zijn, niet kunnen onderschrijven.

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

⁸⁷ Zie par. 6.2-6.4, 6.11.

⁸⁸ Zie par. 6.11.

⁸⁹ Kleijn 1969, p. 8.

⁹⁰ Kleijn 1969, p. 9. Zie ook par. 6.12 voor de bespreking van zijn opvatting.

- V. $ABC \dot{=} 1/3$ (3 zaken) naar $A \dot{=} 1/1$ (zaak 1), $B \dot{=} 1/1$ (zaak 2), $AB \dot{=} 1/6$, $C \dot{=} 4/6$ (zaak 3)

Casus: A, B en C zijn gerechtigd tot de goederen van een gemeenschap, ieder voor een derde gedeelte. De gemeenschap bestaat uit drie zaken (1 t/m 3). Bij onderlinge afspraak treden de verschillende deelgenoten uit zodanig dat A wordt gerechtigd tot zaak 1 en B wordt gerechtigd tot zaak 2. Van zaak 3 wordt enkel de onderlinge gerechtigdheid gewijzigd zodanig dat A, B en C tot de zaak gerechtigd worden voor respectievelijk $1/6$, $1/6$ en $4/6$ gedeelte. *Uitwerking:* In deze casus is sprake van het medewerken van alle deelgenoten aan een rechtshandeling krachtens welke een van hen (A respectievelijk B) een goed van de gemeenschap verkrijgt met uitzondering van de andere deelgenoten. Als gevolg hiervan moet worden aangenomen dat er sprake is van een verdeling met betrekking tot de zaken 1 en 2. Zowel in het geval dat de verkrijgingen van de zaken 1 en 2 met medewerking van alle deelgenoten plaatsvinden krachtens een verdeling in strikte zin dan wel krachtens koop wordt aan de eerste volzin van art. 3:182 BW voldaan.

De vraag kan worden gesteld of de verdeling zich eveneens uitstrekt tot de wijziging van de onderlinge gerechtigdheid met betrekking tot zaak 3. Uitgaande van de hierboven door mij geanalyseerde criteria voor verkrijging in het kader van verdeling moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Op grond van de bedoelde criteria dient er sprake te zijn van het door een of meer deelgenoten 'verkrijgen' van goederen van de gemeenschap en wel ten gevolge van de uittreding van de andere deelgeno(o)t(en), waarbij – en dit is belangrijk – het door de uittreding 'vrijvallende' aandeel dient toe te komen aan de overige (een of meer) deelgenoten.⁹¹ Toegepast op deze casus moet worden geconstateerd dat een dergelijke relatie wel kan worden aangenomen voor de zaken 1 en 2, maar niet met betrekking tot zaak 3. Daaraan doet niet af dat denkbaar is dat de uitbreiding van C's gerechtigdheid tot zaak 3 direct verband houdt met de toedeling van de zaken 1 en 2 aan respectievelijk A en B. Dit laatste maakt echter nog niet dat de uitbreiding van C's gerechtigdheid als verkrijging krachtens verdeling is aan te merken. Op geen enkele wijze wordt in verband met zaak 3 aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg voldaan. De uitbreiding van C's gerechtigdheid kan daarmee worden gezien als compensatie wegens overbedeling⁹² van A en B ten gevolge van de partiële verdeling.

Een andere opvatting dan de bovenstaande treffen we aan bij A-G Moltmaker in zijn conclusie vóór HR 31 mei 1995, *BNB* 1995, 251, m.nt. Zwemmer. Moltmaker gaat onder meer in op de vraag in hoeverre tot de goederen van

⁹¹ Zie par. 6.11.

⁹² Anders dan bij A en B is de verkrijging door C geen verkrijging krachtens verdeling. Daarom is er sprake van overbedeling van A en B, ondanks dat C wordt gecompenseerd in (onverdeeld blijvend) gemeenschapsgoed.

de gemeenschap gerechtigd blijvende deelgenoten in het kader van verdeling gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om hun gerechtigdheid aan te passen. Hij concludeert, onder verwijzing naar resolutie PW 17196,⁹³ dat voor het geheel verdeling kan worden aangenomen ook indien slechts voor een deel van de boedelbestanddelen de onverdeeldheid wordt opgeheven, terwijl voor het overige deel uitsluitend de onderlinge gerechtigdheid van de deelgenoten tot de boedelbestanddelen wijzigt.⁹⁴ Moltmaker verklaart in civielrechtelijke zin geen aanleiding te zien de in zijn visie als verdeling aan te merken rechtshandeling te splitsen in evenzovele rechtshandelingen als er goederen zijn.⁹⁵

Waar de Hoge Raad in zijn arrest niet ingaat op het hier door Moltmaker aan de orde gestelde,⁹⁶ keert Zwemmer zich in zijn noot onder dit arrest tegen de opvatting van de A-G. Zwemmer stelt:

‘Alhoewel de standaarddefinitie van HR 20 juni 1951, NJ 1952, 559 en de tekst van art. 3:182 BW deze opvatting niet absoluut uitsluiten, meen ik toch dat zij onjuist is. De omstandigheid dat ook een partiële verdeling als een verdeling moet worden aangemerkt, neemt niet weg dat zij slechts een verdeling is voor zover de onverdeeldheid met medewerking van alle deelgenoten wordt opgeheven.’⁹⁷

Ik kan instemmen met de opvatting van Zwemmer zoals verwoord in de eerste zin van het hierboven vermelde citaat. Hoewel de daarin vermelde bronnen tekstueel gezien de opvatting van de A-G niet absoluut uitsluiten, dient een dergelijke opvatting als onjuist te worden aangemerkt. Voor een onderbouwing van deze kwalificatie verwijs ik naar de eerder door mij getrokken conclusie met betrekking tot de reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling, zoals uiteengezet in paragraaf 6.11. Daaruit blijkt dat de reikwijdte van ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling mede wordt bepaald door de mate waarin het ‘vrijvallende’ deel in een of meer goederen van de gemeenschap ten gevolge van de uittreding van (een of meer) deelgenoten kan toekomen aan de (een of meer) verkrijgende deelgenoten. Hoewel dit laatste criterium niet uitdrukkelijk in het wettelijke verdelingsbegrip is opgenomen, kan dat op grond van analyse daaruit worden afgeleid. Een dergelijke uitkomst lijkt mij ook passend en aangewezen gelet op het ‘breukdelenkarakter’ van de gemeen-

⁹³ Resolutie van 2 augustus 1960, PW 17196.

⁹⁴ Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, onder 4.4-4.5.

⁹⁵ Concl. A-G Moltmaker, ECLI:NL:PHR:1995:AA1638, vóór HR 31 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1638, onder 4.5.

⁹⁶ Van Straaten is van mening dat uit de uitspraak niet kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad zich keert tegen de inhoud van de bedoelde resolutie. Hij vermoedt dat de Raad hierover geen uitspraak heeft hoeven en willen doen gelet op de inhoud van het cassatiemiddel en de sterke verwevenheid van een oordeel daaromtrent met de feiten. Zie Van Straaten in zijn noot onder HR 31 mei 1995, FED 1995, 598, onder 5.

⁹⁷ Zwemmer in zijn noot onder HR 31 mei 1995, BNB 1995, 251, onder 3.

schappen van titel 3.7 BW. Daarbij past een benadering waarbij de nadruk ligt op individuele gemeenschapsgoederen meer dan op de gemeenschap als geheel.

Met betrekking tot Zwemmers opvatting blijkend uit de tweede zin van het hierboven vermelde citaat wil ik nog opmerken dat deze in zoverre niet juist is dat een rechtshandeling niet 'slechts een verdeling is voor zover de onverdeeldheid met medewerking van alle deelgenoten [ten aanzien van ten minste een deelgenoot en ten aanzien van ten minste een goed, THS] wordt opgeheven.' Tevens kan van verdeling sprake zijn indien krachtens enige rechtshandeling een dergelijke onverdeeldheid onder de gestelde voorwaarden wordt verminderd.⁹⁸

Overigens is de resolutie (PW 17196) waarop Moltmaker zich baseerde inmiddels ingetrokken.⁹⁹

⁹⁸ Zie par. 5.6 omtrent de maatstaf voor verdeling.

⁹⁹ Besluit van de Minister van Financiën van 12 juli 2010, nr. DGB2010/701M, *Stcrt.* 2010, 11292.