



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

7 | Subject in het kader van verdeling

7.1 INLEIDING

Als maatstaf voor verdeling kan worden aangenomen het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid.¹ Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten waaraan alle deelgenoten medewerken.²

In het vorige hoofdstuk is reeds ingegaan op het krachtens verdeling te bereiken rechtsgevolg. In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de subjectieve elementen in verband met de totstandkoming van verdeling. De volgende aspecten staan in dit hoofdstuk centraal: de hoedanigheid waarin en de wijze waarop deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken en de subjectieve vrijheid en gebondenheid om al dan niet tot verdeling te contracteren.

Wederom merk ik op dat in deze studie tot uitgangspunt wordt genomen dat de rechtshandeling van verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat.³

7.2 ENIGE VRAGEN VAN UITLEG OMTRENT DEELGENOTEN

Het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg is niet het enige onderscheidende element voor de aanname van verdeling. Verdeling bewerkt – na levering ter uitvoering daarvan – wel een vermindering van de mate van onverdeeldheid, maar niet elke vermindering van de mate van onverdeeldheid is het rechtsgevolg van de uitvoering van een verdeling.⁴ Een dergelijk rechtsgevolg kan bijvoorbeeld ook optreden krachtens koop. Indien A, B en C zijn

1 Zie par. 5.6.

2 Zie par. 5.6.

3 Zie par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening. Vergelijk L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

4 In par. 5.6 heb ik geconcludeerd dat als maatstaf voor verdeling heeft te gelden – kort gezegd – het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid. Voor de verantwoording van deze uitkomst verwijs ik naar de betreffende paragraaf.

gerechtigd tot een gemeenschap en A verkoopt en levert zijn aandeel in die gemeenschap aan B zonder toestemming van C, dan vermindert de mate van onverdeeldheid. Dit laatste is ook het geval indien de deelgenoten A, B en C ieder hun aandeel verkopen en leveren aan derde D. In geen van deze gevallen is er echter sprake van verdeling. Voor verdeling moet de betreffende rechtshandeling enerzijds worden aangegaan met medewerking van *alle* deelgenoten en dient deze anderzijds plaats te vinden *tussen* deelgenoten. Dit volgt uit het bepaalde in de eerste volzin van art. 3:182 BW:

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

Het vereiste dat aan de rechtshandeling van verdeling alle deelgenoten dienen mee te werken wordt met zoveel woorden door de wet gesteld. De eis dat de rechtshandeling van verdeling tussen deelgenoten dient plaats te vinden, vloeit voort uit de wijze waarop het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg is geformuleerd.⁵

Nu uit het wettelijke verdelingsbegrip kan worden begrepen dat het bij verdeling dient te gaan om een rechtshandeling tussen deelgenoten waartoe alle deelgenoten medewerken, kunnen de volgende vragen worden gesteld met betrekking tot de uitleg van het begrip ‘deelgenoten’:

- Moet het begrip ‘deelgenoten’ worden gelezen als ‘deelgenoten als deelgenoten’ of als ‘personen, die deelgenoten zijn’?
- Wie kwalificeert als ‘deelgenoot’ in het kader van verdeling?
- Dient onder ‘alle deelgenoten’ te worden verstaan ten minste alle deelgenoten of uitsluitend alle deelgenoten?

In de komende paragrafen zal de behandeling van deze vragen centraal staan.

7.3 TWEE BENADERINGEN VAN HET BEGRIP ‘DEELGENOTEN’

Om te bepalen in welke hoedanigheid deelgenoten in het kader van verdeling medewerking dienen te verlenen, bezien we de beide volzinnen van het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW. Voor de duidelijkheid geef ik hier nogmaals het verdelingsbegrip weer:

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

⁵ Zie par. 5.4 voor diverse formuleringen, alsmede hfd. 6 voor de nadere behandeling van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg.

de overige deelgenoten verkrijgen. De handeling is niet een verdeling, indien zij strekt tot nakoming van een voor rekening van de gemeenschap komende schuld aan een of meer deelgenoten, die niet voortspuit uit een rechtshandeling als bedoeld in de vorige zin.'

In een eerdere beschouwing over de beide volzinnen van het wettelijke verdelingsbegrip en de daarop gegeven parlementaire toelichting heb ik aangegeven dat kan worden aangenomen dat – uitgaande van een grammaticale interpretatie – de eerste en aanvankelijk enige volzin een te ruime omschrijving geeft van rechtshandelingen die als verdeling dienen te worden aangemerkt en dat de tweede volzin ten doel heeft te duiden welke handelingen – in uitzondering op het bepaalde in de eerste volzin – buiten het verdelingsbegrip gehouden dienen te worden.⁶ Met betrekking tot de voor verdeling vereiste medewerking door alle deelgenoten wordt initieel – het verdelingsbegrip bestond nog uit één volzin – het begrip 'deelgenoten' gelezen als 'personen, die deelgenoten zijn'.⁷ De totstandkoming van de eerste fase van de tweede volzin kan hieruit worden verklaard.⁸ Uit de formulering van de tweede volzin volgt dat het begrip 'deelgenoten' zoals daarin bedoeld eveneens in deze betekenis gelezen dient te worden. In de aan de tweede volzin ten grondslag liggende arresten wordt door de Hoge Raad aangenomen dat – kort gezegd – de nakoming van een koop respectievelijk een legaat geen scheiding kan opleveren.⁹ Waar echter in de tweede volzin aan het begrip 'deelgenoten' de betekenis van 'personen, die deelgenoten zijn' moet worden toegekend, is het effect van de combinatie van de beide volzinnen aldus dat aan het begrip 'deelgenoten' zoals bedoeld in de eerste volzin de betekenis van 'personen, die deelgenoten zijn' moet worden onthouden. Voor het begrip 'deelgenoten' zoals bedoeld in de eerste volzin dient daarom thans te worden gelezen 'deelgenoten als deelgenoten'.¹⁰

Voor de uitleg van het begrip 'deelgenoten' kan echter ook een andere dan de hiervoor gehanteerde taalkundige benadering worden gevolgd. Eenzelfde uitkomst kan worden bereikt in een benadering waarbij voor de juiste uitleg van het begrip 'deelgenoten' verbinding wordt gelegd met de tussen deelgenoten bestaande onderliggende rechtsverhouding. Ik bedoel dit: de onderliggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten bestaat erin dat alle deelgenoten zijn gerechtigd tot een gemeenschap bestaande uit (een of meer) goederen. De deelgenoten zijn tot de (een of meer) gemeenschapsgoederen gerechtigd in hun hoedanigheid van deelgenoten. Indien deze rechtsverhouding als vertrekpunt wordt genomen voor de bepaling in welke hoedanigheid de deelgenoten moeten meewerken aan de verdeling, dan moet eveneens worden aangenomen

⁶ Zie par. 4.2.

⁷ Kleijn 1973, p. 170; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 170.

⁸ Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 170. Zie ook: par. 3.4, 7.4.

⁹ HR 31 mei 1963, *NJ* 1964, 10 en HR 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126. Zie par. 3.4.

¹⁰ Vergelijk Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 167, 170.

dat zij dit doen in hun kwaliteit van deelgenoten ('deelgenoten als deelgenoten'). Aldus kan met deze meer fundamentele benadering tot eenzelfde uitkomst worden gekomen als het geval is op grond van een taalkundige benadering.

Ik constateer dat met betrekking tot de uitleg van het begrip 'deelgenoten' elk van de hiervoor gebruikte benaderingen leidt tot hetzelfde eindresultaat. In zoverre lijken beide interpretatiemethoden tot tevredenheid te kunnen stemmen. Vanuit een historisch perspectief dient bij de grammaticale interpretatie echter een kanttekening te worden geplaatst. De grammaticale interpretatiemethode stelt vanwege het 'tekstafhankelijke' karakter daarvan hoge eisen aan de formulering van de wettekst. Indien daaraan niet wordt voldaan, dient een dergelijke interpretatiemethode buiten toepassing te blijven. In dit verband kan worden gedacht aan de zojuist geschetste ontwikkeling van het wettelijke verdelingsbegrip. Daaruit blijkt dat het wettelijke verdelingsbegrip in de aanloop naar de eindtekst een ontwikkeling heeft doorgemaakt als gevolg waarvan bij een taalkundige uitleg het begrip 'deelgenoten' aan verandering onderhevig is geworden. Een dergelijke veranderlijkheid is zowel onwenselijk als vermijdbaar. Zou bij de uitleg van het begrip 'deelgenoten' primair aansluiting zijn gezocht bij het tussen deelgenoten bestaande 'deelgenootschap' dat als onderliggende rechtsverhouding de tot de gemeenschap(sgoederen) gerechtigde deelgenoten kenmerkt, dan zou op die grond reeds vanaf de aanvang van de ontwikkeling van het wettelijke verdelingsbegrip tot een juiste uitkomst zijn gekomen.

In de volgende paragraaf zal het hier bedoelde 'deelgenootschap' als rechtsverhouding tussen deelgenoten aan een nadere beschouwing worden onderworpen, in het bijzonder in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

7.4 DE ONDERLIGGENDE RECHTSVERHOUDING NADER BESCHOUWD

Bij de bepaling in welke hoedanigheid deelgenoten dienen mee te werken aan de totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling heb ik hierboven geconcludeerd dat deze medewerking dient plaats te vinden in dezelfde hoedanigheid als waarin de deelgenoten tot de gemeenschappelijke goederen zijn gerechtigd.¹¹ Deelgenoten dienen aldus in de kwaliteit van deelgenoten aan de verdeling van de gemeenschap hun medewerking te verlenen.¹² Het toelaten van de mogelijkheid voor deelgenoten handelend buiten deze hoedanigheid een verdeling overeen te komen, kan niet in overeenstemming worden gebracht met de vorenbedoelde aan de verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding.

¹¹ Zie par. 7.3.

¹² Zie par. 7.3.

Voor een dergelijk uitgangspunt kan mijns inziens steun gevonden worden in de beide arresten van de Hoge Raad, die blijkens de parlementaire geschiedenis ten grondslag zijn gelegd aan de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.¹³ Beide arresten hebben betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap aan een of meer erfgenamen:

‘In beide arresten [HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, THS] werd aangenomen dat deze nakoming geen verdeling van de nalatenschap opleverde. Buiten twijfel is thans gesteld dat ook de tweede zin van artikel 3.7.1.11 uitsluitend zodanige gevallen buiten het verdelingsbegrip beoogt te houden.’¹⁴

In HR 31 mei 1963¹⁵ gaat het om de voldoening van een vordering uit een koopovereenkomst, door de erflater bij leven gesloten met twee van zijn erfgenamen. De kopers verlangen de medewerking van de andere erfgenamen bij het opmaken van een transportakte. Eén van deze andere erfgenamen wenst medewerking te verlenen, de overige vier erfgenamen echter niet. De Hoge Raad overweegt, voor zover hier relevant:

‘dat de verweerders in cassatie als erfgenamen van hun vader ieder voor zijn of haar aandeel tot nakoming van deze overeenkomst verplicht waren (...); dat het voldoen aan een vordering die een der mede-erfgenamen op den erflater had, niet oplevert een gedeeltelijke scheiding en deling (...) [cursivering door mij, THS].’¹⁶

Het arrest HR 17 januari 1964¹⁷ heeft betrekking op de nakoming van een schuld van de nalatenschap vanwege een aan een erfgenaam toekomende vordering uit legaat. De Hoge Raad overweegt omtrent het krachtens scheiding kunnen verkrijgen van het gelegateerde:

‘dat (...) die zaak, ook indien aan een erfgenaam gelegateerd, niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld (...) [cursivering door mij, THS]; dat zij [de erfgenaam, THS] mitsdien de haar als legaat vermaakte aandelen voor het geheel onder bijzonderen titel heeft verworven (...).’¹⁸

Het in de bovenstaande casusposities tot uitgangspunt nemen van de opvatting dat deelgenoten dienen mee te werken aan de verdeling van een gemeenschap in de hoedanigheid waarin zij tot de goederen van de gemeenschap zijn gerechtigd, leidt tot dezelfde uitkomst als de uitkomst van de Hoge Raad.

13 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, onder verwijzing naar: HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126.

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

15 HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 m.nt. J.H. Beekhuis (*Erven Van der Looy*). Zie ook par. 3.4.

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

17 HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, m.nt. J.H. Beekhuis (*Schellens-Schellens II*). Zie ook par. 3.4.

18 HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126, p. 505.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat aan de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling de voorwaarde is verbonden dat deelgenoten daartoe medewerken in dezelfde kwaliteit als waarin zij tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd.¹⁹ Het optreden van een deelgenoot als partij bij een rechtshandeling in een andere hoedanigheid dan die van deelgenoot doet in beginsel geen rechtsgeldige verdeling tot stand komen. Uit het gegeven dat de wetgever heeft gemeend via de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip de rechtsregel uit de laatstbedoelde arresten van de Hoge Raad te hebben gecodificeerd, dient te worden aangenomen dat ook vanuit het gezichtspunt van de wetgever voor de rechtshandeling van verdeling eenzelfde uitgangspunt heeft te gelden.²⁰

7.5 NADERE OMLIJNING VAN BEGRIP 'DEELGENOTEN'

Hierboven is vastgesteld dat deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten. De noodzaak om in het kader van verdeling in een dergelijke kwaliteit op te treden kan worden afgeleid uit de aan verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap.²¹ De vraag kan worden gesteld of met deze constatering het begrip 'deelgenoten' voldoende is omlijnd.

In de literatuur en in de rechtspraak wordt van mening verschild over het antwoord op de vraag wie als deelgenoten aan de verdelingstafel dienen plaats te nemen.²² Deze vraag komt met name naar voren in het kader van de

19 Het hierboven bedoelde beginsel, waarbij het tussen deelgenoten bestaande deelgenootschap als onderliggende rechtsverhouding kenmerkend is voor de hoedanigheid waarin alle deelgenoten overeenkomstig het verdelingsbegrip aan verdeling dienen mee te werken, is eveneens van toepassing op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Gelet op de door de wetgever beoogde werking van het wettelijke verdelingsbegrip dient mijns inziens voor een als verdeling aan te merken koop de rechtsfictie te worden aangenomen dat de partijen daaraan in de hoedanigheid van deelgenoten hebben meegewerkt. Hieraan kan niet afdoen dat door de deelgenoten aanvankelijk in de hoedanigheid van koper respectievelijk verkoper tot de rechtshandeling is gecontracteerd. Vergelijk voor oud recht art. 1122 lid 2 OBW waarin ten aanzien van het rechtsgevolg van een tussen alle erfgenamen overeengekomen koop werd bepaald: 'Indien een der mede-erfgenamen een stuk onroerend goed koopt, heeft zulks ten zijnen opzichte hetzelfde gevolg, als of hij het bij scheiding verkregen had.'

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

21 Zie par. 7.3, 7.4.

22 Zie de in deze paragraaf vermelde verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

zogenaamde ‘verweven gemeenschappen’.²³ Hiervan is sprake indien tijdens het bestaan van een gemeenschap (de ‘oudere’ gemeenschap) een aandeel hierin deel is gaan uitmaken van een andere gemeenschap (de ‘jongere’ gemeenschap). De problematiek laat zich illustreren aan de hand van de volgende casus.

Casus

Weduwe A overlijdt en laat krachtens versterferfrecht de kinderen B, C en D als erfgenamen achter. Voordat de nalatenschap wordt afgewikkeld, overlijdt E, de in algehele gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van D, onder achterlating van de kinderen F en G. E heeft niet bij uiterste wilsbeschikking over zijn nalatenschap beschikt.²⁴ D heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot ongedaanmaking van de wettelijke verdeling (art. 4:18 BW).²⁵

De wet neemt tot uitgangspunt dat aan een verdeling alle deelgenoten dienen mee te werken.²⁶ Van Mourik verdedigt voor een soortgelijke casus dat aan de verdeling van A’s nalatenschap enkel B, C en D dienen mee te werken.²⁷ De medewerking van F en G acht hij niet aan de orde, aangezien F en G geen erfgenamen van A zijn, ook niet bij wijze van plaatsvervulling.²⁸ Hiermee maakt Van Mourik een onderscheid tussen het gerechtigd zijn tot de gemeenschap en het gerechtigd zijn om aan de verdelingstafel aan te schuiven. Hij voert hiervoor het volgende argument aan:

23 De term ‘verweven gemeenschappen’ ontleen ik aan Van Mourik 2012, p. 29, noot 16. Van verweven gemeenschappen is sprake indien gemeenschappen die op grond van rechtsfeiten tot stand zijn gekomen in enigerlei mate samenvallen. In dit verband wordt ook wel gesproken over ‘samenvallende gemeenschappen’ (Van Mourik & Schols 2015, nr. 11 en 38) en ‘samengestelde gemeenschappen’ (Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151).

24 Deze casus is overgenomen uit Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151. Van Mourik bespreekt dezelfde casus in Van Mourik 2012, nr. 4.2 (p. 31), onder verwijzing naar de aan vorenbedoelde Asser/Perrick 3-V 2015 voorafgaande druk uit 2011, nr. 103.

25 Ten onrechte ontbreekt deze laatste zin in Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151 gelet op de daar gegeven beantwoording. Deze tekortkoming kan worden ‘verklaard’ vanuit een historisch perspectief. Een soortgelijke casus als hierboven vermeld, komt voor in een discussie tussen Van Mourik en Perrick naar aanleiding van enkele rechtsvragen in *WPNR*. Zie: Van Mourik 1990, p. 654-655; Van Mourik 1991a, p. 304 [met een vergelijkbare casus, THS]; Perrick 1991, p. 445-447; Van Mourik 1991b, p. 447-448. De beantwoording van deze rechtsvragen had destijds plaats onder de vigeur van het oude erfrecht. Op grond daarvan zouden de kinderen F en G en langstlevende D uit eigen hoofde en voor gelijke delen tot het erfgenaamschap zijn geroepen en zouden zij als erfgenamen in zakenrechtelijke zin tot de nalatenschapsgoederen gerechtigd zijn geworden (art. 4:879, 880, 899, 899a OBW). Sinds de invoering van het nieuwe erfrecht leidt onverkorte overname van een dergelijke casus tot een andere uitkomst vanwege de toepasselijkheid van de wettelijke verdeling ten behoeve van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot (art. 4:10, 11, 13 BW).

26 Art. 3:182 BW. Dit uitgangspunt blijkt tevens uit art. 3:195 BW.

27 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

28 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

‘Aan een verdeling van een gemeenschap dienen alleen de deelgenoten in de betrokken gemeenschap deel te nemen. Daartoe behoren niet personen die weliswaar economisch belang hebben bij die verdeling maar geen titel kunnen aanwijzen die hen tot deelgenoot in die gemeenschap maakt.’²⁹

Van Mourik gaat ervan uit dat bij verdeling van gemeenschappen die in enigerlei mate met elkaar verweven zijn, het van belang is te onderscheiden dat iedere gemeenschap zijn eigen deelgenoten heeft.³⁰ Ter verdediging van zijn standpunt voert hij eveneens aan dat het bestuur over de gemeenschapsgoederen op een zodanig bijzondere wijze is verknocht, dat deze verknochtheid zich verzet tegen onverkorte toepassing van de gebruikelijk op gemeenschappen toepasselijke regels van bestuur.³¹ Daarbij zou de bijzondere verknochtheid zelfs doorwerken na ontbinding van de (jongere) gemeenschap.³² Ten gevolge hiervan zou in de bovenstaande casus art. 1:94 lid 3 BW (oud) prevaleren boven de collectieve bestuursbevoegdheid zoals bedoeld in art. 3:170 BW (via art. 3:189 BW).³³ Aldus zou het bestuur over het tot de jongere gemeenschap behorende aandeel in de oudere gemeenschap uitsluitend berusten bij deelgenoot D en zouden F en G, ondanks dat zij belanghebbenden zijn, niet als deelgenoten in de nalatenschap van A kunnen worden aangemerkt.³⁴

Hierboven heb ik geconstateerd dat deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten.³⁵ Ik heb gesteld dat het optreden van ‘deelgenoten als deelgenoten’ kan worden afgeleid uit de aan verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap. Ik meen dat deze gerechtigdheid tot de goederen van de gemeenschap de grondslag vormt voor het aanmerken van een persoon als deelgenoot in een gemeenschap. Daar de uitoefening van ‘eigenaarsbevoegdheden’ bij uitstek is voorbehouden aan de beschikkingsbevoegde tot het goed,³⁶ kan als criterium voor de vereiste medewerking door alle deelgenoten worden aangenomen dat hieronder dient te worden verstaan de medewerking door degenen die bevoegd zijn over de betreffende gemeenschapsgoederen te beschikken.³⁷

Hoe werkt dit criterium uit in de bovenstaande casus? Ontbinding van de huwelijksgemeenschap maakt de gemeenschap vatbaar voor verdeling en

29 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

30 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

31 Van Mourik 1991b, p. 448. Anders: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151.

32 Van Mourik 1991b, p. 448. Anders: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151.

33 Zie (genuanceerd) anders over deze thematiek: Van Mourik & Verstappen 2014b, nr. 6.3, 6.5 en Van Mourik & Schols 2017, nr. 50.

34 Van Mourik 2012, nr. 4.2.

35 Zie par. 7.3, 7.4.

36 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 137.

37 Deze constatering laat onverlet dat het overeenkomen van een rechtshandeling van verdeling als zodanig geen beschikkings- of bestuurshandeling betreft.

doet de voor de 'actieve' huwelijksgemeenschap geldende bestuursregels³⁸ – bestuur omvat mede de bevoegdheid tot beschikken³⁹ – eindigen en de collectieve bestuursregel van art. 3:170 lid 3 BW op de rechtsverhouding tussen de (al dan niet voormalige) echtgenoten van toepassing zijn.⁴⁰ Dit heeft tot consequentie dat in de bovenstaande casus aan verdeling dienen mee te werken B, C, D, F en G.

Een soortgelijke problematiek kan zich eveneens voordoen in andere gevallen dan de bovenbedoelde casus. Zo levert de positie van een (al dan niet voormalige) echtgenoot/niet-erfgenaam eenzelfde dispuut op indien deze via de ontbonden huwelijksgemeenschap zijn invloed wil laten gelden bij de verdeling van een nalatenschap waartoe zijn (al dan niet voormalige) echtgenoot als erfgenaam is gerechtigd.⁴¹ Het moge duidelijk zijn dat de mate waarin een goed al dan niet tot een gemeenschap gaat behoren mede afhankelijk is van het toepasselijke huwelijksvermogensregime⁴² – denk hierbij aan wettelijke of bij huwelijkse voorwaarden tot stand gekomen beperkte of uitge-

38 Voor de regels van bestuur over de goederen van de gemeenschap van titel 1.7 BW, zie art. 1:97 BW. Zie ook Sikkema 2009, p. 533-537 voor een kritische bespreking van wetsvoorstel 28867 inzake 'Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)' wegens een systematische onvolkomenheid in de verhouding tussen de voorgenomen bestuursregeling volgens art. 1:97 BW (ontwerp) en de omvang van de wettelijke gemeenschap volgens art. 1:94 BW (ontwerp) na aanneming van het amendement Anker. Mede naar aanleiding van de bedoelde bespreking heeft de parlementaire behandeling geresulteerd in de 'Wet van 27 oktober 2011 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tot aanpassing van artikel 97 en reparatie van enkele technische onvolkomenheden die zijn opgetreden bij de totstandkoming van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen', *Stb.* 2011, 505. Zie: *Handelingen I* 2009/10, 28867, 13 (p. 442); Neleman-Nuytinck 2010 (p. 5); *Handelingen I* 2010/11, 28867, 23 item 5 (p. 7).

39 Art. 1:90 lid 2 BW.

40 In deze zin: Perrick 1991, p. 446-447; Luijten 1994, nr. 33, p. 3-4; Van Es 2011, nr. 14, p. 5; Van Mourik & Verstappen 2014b, nr. 3.6.3; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 151. Vergelijk Van der Geld 2010, p. 78 e.v.

41 Zie (uitdrukkelijk) in lijn met Van Mourik: Rechtbank Leeuwarden 19 november 2008, ECLI: NL:RBL:2008:BG4914, r.o. 4.3-4.5. Zie anders Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, ECLI: NL: RBUTR:2010:BM4456, r.o. 4.4. In laatstbedoelde zin is eveneens HR 28 mei 1993, ECLI: NL: HR:1993:ZC0976, *NJ* 1993, 468 het vermelden waard. In die zaak vordert een ex-echtgenote scheiding en deling van de nalatenschap van haar schoonvader, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad. De Hoge Raad spreekt deze uitvoerbaarheid uit. Door geen van de rechterlijke colleges in deze procedure wordt het deelgenoot zijn van de ex-echtgenote in de nalatenschap van haar schoonvader in twijfel getrokken, aldus Luijten 1994, nr. 33, p.4.

42 Dit geldt eveneens voor het wettelijke regime van een gemeenschap in verband met het aangaan van een geregistreerd partnerschap in de zin van art. 1:80a BW. Op grond van art. 1:80b BW zijn op een geregistreerd partnerschap de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van het bepaalde omtrent scheiding van tafel en bed. Ter wille van de leesbaarheid refereer ik in het hier bedoelde verband enkel aan het huwelijk en de huwelijksgemeenschap.

sloten goederengemeenschappen – alsmede de toepasselijkheid van zogenaamde in- en uitsluitingsclausules.⁴³

In de vorige paragrafen is vastgesteld dat deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken in hun hoedanigheid van deelgenoten. Een dergelijke vaststelling kan worden afgeleid uit de aan de verdeling ten grondslag liggende rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die voortvloeit uit het gezamenlijk gerechtigd zijn tot goederen van de gemeenschap.⁴⁴ Aan de hand van het bovenstaande kan tevens worden geconcludeerd dat het kwalificeren als deelgenoot in het kader van verdeling uit de op de goederen van de gemeenschap toepasselijke bestuursregels moet kunnen worden afgeleid. Daarmee is de invulling van het begrip ‘deelgenoten’ mijns inziens voldoende omljnd.

7.6 TEN MINSTE OF UITSLUITEND ALLE DEELGENOTEN?

Met betrekking tot de vraag of ten minste alle deelgenoten dan wel uitsluitend alle deelgenoten aan verdeling dienen mee te werken, kan het volgende worden overwogen. Indien ervan uit wordt gegaan dat *ten minste* alle deelgenoten aan een verdeling dienen mee te werken, wordt er een kader geschapen waarbij medewerking door derden niet wordt uitgesloten. Het is dit niet op voorhand uitsluiten van medewerking door derden in het kader van de vaststelling van verdeling dat de wetgever ertoe heeft gebracht de (negatieve) formulering van scheiding zoals gehanteerd door de Hoge Raad ter gelegenheid van de invoering van het NBW te vervangen door de (positieve) formulering van het wettelijke verdelingsbegrip in art. 3:182 BW.⁴⁵ Volgens de laatste bedoelde formulering dient het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg erin te bestaan dat alle deelgenoten medewerken aan het krachtens verdeling door een of meer van hen verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Zo wordt ter zake van de verkrijging krachtens verdeling enkel onderscheid gemaakt tussen deelgenoten, te weten de (een of meer) verkrijgende en van verkrijging uitgesloten deelgenoten. In zoverre lijkt het voorschrift dat alle deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken te moeten worden gelezen als een

43 Met ingang van 1 januari 2018 is in werking getreden de ‘Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken’ (hierna: wet). Art. 1:94 lid 2 sub a BW van de wet bepaalt dat de wettelijke huwelijksgemeenschap in beginsel geen goederen verkregen ‘krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift’ omvat. Zie art. 1:94 lid 3 (sub b) en lid 4 BW over respectievelijk de zogenaamde in- en uitsluitingsclausule. Voor zover hier relevant bepaalt het eerste lid van art. IV van de wet dat op een gemeenschap van goederen ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet, artikel 94 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing blijft zoals dat artikel luidde op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet.

44 Zie par. 7.3, 7.4.

45 Zie par. 5.4.

voorschrift waarbij *uitsluitend* alle deelgenoten aan de verdeling dienen mee te werken. Bij deze constatering dient evenwel een kanttekening te worden geplaatst.

Voor de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling kan niet in alle gevallen worden volstaan met de medewerking van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten. Dit kan worden afgeleid uit de verschillende plaatsen in de wet waar wordt geduïd op andere personen dan deelgenoten van wie de medewerking aan de totstandkoming van verdeling is vereist.⁴⁶ Hierbij kan worden gedacht aan beperkt gerechtigden in verband met een verdeling waartoe de deelgenoten zich hebben verplicht na bezwaring met het beperkte recht,⁴⁷ alsmede schuldeisers die een bevel tot verdeling van de gemeenschap hebben verkregen.⁴⁸

De door het verdelingsbegrip van art. 3:182 BW voorgeschreven medewerking van alle deelgenoten dient aldus enerzijds te worden begrepen als het uitsluitend aan de deelgenoten toekomen van de bevoegdheid tot vaststelling van de verdeling zelf, terwijl anderzijds het voorschrift dat alle deelgenoten dienen mee te werken niet in zodanige zin mag worden begrepen dat daarnaast niet tevens op grond van de wet de medewerking door anderen dan deelgenoten aan de verdeling kan worden vereist.⁴⁹

7.7 MEDEWERKING

Na de vaststelling van de personen die op grond van de wet bij de totstandkoming van de verdeling betrokken dienen te zijn, kan nu de vraag worden gesteld op welke wijze deze betrokkenen in het kader van verdeling hun medewerking dienen te verlenen.

In het vorige hoofdstuk heb ik reeds aandacht besteed aan de reikwijdte van het begrip 'medewerken' in het kader van de medewerking door deelgenoten. In paragraaf 6.9 stond centraal de vraag of onder medewerken door deelgenoten het (enkel) verlenen van toestemming kan worden begrepen. Deze vraag heb ik daar bevestigend beantwoord. Ook met het 'enkel' verlenen van toestemming kan – indien ook overigens aan de voor verdeling gestelde vereisten wordt voldaan – de totstandkoming van een als verdeling aan te

46 Zie bijvoorbeeld: art. 3:177 lid 2 BW, art. 3:180 lid 2 BW, art. 3:181 lid 1 BW, art. 3:183 lid 1 BW, art. 3:185 lid 1 BW en art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137.

47 Art. 3:177 lid 2 BW.

48 Art. 3:180 lid 2 BW.

49 Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

merken rechtshandeling worden bereikt.⁵⁰ Vergelijk in dit verband het onder oud recht voor boedelscheiding geldende art. 1125 lid 2 OBW:

‘Vervolgens wordt, *met onderling goedvinden der belanghebbenden*, bij toescheiding aangewezen, welke goederen in ieders aandeel vallen (...) [cursivering door mij, THS].’

Dat het wettelijke verdelingsbegrip uitsluitend spreekt over medewerking van deelgenoten kan worden verklaard uit het feit dat het de deelgenoten zijn die tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd en aan hen de (privatieve) bevoegdheid toekomt tot vaststelling van de verdeling.⁵¹

Dit gegeven moet worden onderscheiden van het antwoord op de vraag wie als partij bij de verdeling hun medewerking dienen te verlenen.⁵² De wet spreekt in dit verband over ‘deelgenoten en andere personen wier medewerking vereist is’.⁵³ Op welke wijze deze andere personen dan deelgenoten vervolgens hun medewerking aan de verdeling dienen te verlenen, kan niet op grond van een wettelijk voorschrift worden bepaald. Uit de wet kan niet anders worden opgemaakt dan dat er sprake moet zijn van ‘medewerken’ door deze groep van personen.⁵⁴ Nu de wet geen nadere invulling geeft aan deze instructie, maar een dergelijke instructie wel op adequate wijze dient te worden ingevuld, acht ik het toereikend – in lijn met andere auteurs – onder het ‘medewerken’ door anderen dan deelgenoten (eveneens) het verlenen van toestemming te verstaan.⁵⁵

50 Met het ‘enkel’ verlenen van toestemming doel ik op het aspect dat voor een verkrijging krachtens verdeling niet tevens vereist is dat bij ‘verkrijgende’ deelgenoten aanwas dient plaats te vinden. Mijn opvatting wijkt hiermee af van bijvoorbeeld de opvatting van Kleijn, die in zijn dissertatie stelt – kort gezegd – dat de uittreding van één of meer deelgenoten tot gevolg moet hebben dat de positie van alle overige (niet uittredende) deelgenoten verandert, doordat bij elk van de laatstgenoemden aanwas optreedt. Zie Kleijn 1969, p. 9. Zie tevens par. 6.12 voor een bespreking van de opvatting van Kleijn en par. 6.13 voor een illustratie van de wijze waarop de rechtstheoretische verschillen van opvatting tussen mij en Kleijn doorwerken in enkele praktijkcasus (zie met name nr. II).

51 Zie par. 7.6. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137; Van Mourik & Schols 2015, nr. 39.

52 Vergelijk over het gebruik van ‘partijen’: art. 3:183 lid 1 BW; art. 677 Rv leden 1-3.

53 Art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook: art. 3:183 lid 1 BW, art. 3:185 lid 1 BW. Ook blijkt Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137 wordt met ‘partijen’ bedoeld de deelgenoten en zij wier medewerking aan de verdeling is vereist.

54 Zie bijvoorbeeld: art. 3:177 lid 2 BW, art. 3:180 lid 2 BW, art. 3:181 lid 1 BW, art. 3:183 lid 1 BW, art. 3:195 lid 1 BW.

55 Vergelijk: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 137 (‘toestemming’); Van Mourik 2012, par. 6.2, noot 31 (‘instemming’); Van Mourik & Schols 2015, nr. 63 (‘goedkeuring’). Stille betoogt in zijn bijdrage aan het preadvies ‘Verdeling in de notariële praktijk’ (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2012) dat van ‘medewerking’ in de zin van ‘toestemming’ geen sprake kan zijn, omdat een gebrek aan toestemming zou leiden tot vernietigbaarheid, hetgeen niet in overeenstemming is met het bepaalde in art. 3:195 lid 1 BW (Stille 2012, par. 5.2.12). Perrick bestrijdt de opvatting van Stille in zijn bespreking van het vorenbedoelde preadvies (Perrick 2012, nr. 15).

Met betrekking tot de medewerking aan de uitvoering van de verdeling dient overeenkomstig art. 3:186 lid 1 BW te worden gehandeld. Art. 3:186 lid 1 BW bepaalt dat voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde, een levering is vereist 'op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven'.⁵⁶ Ten behoeve van de overgang van een toegedeeld goed is derhalve de medewerking van alle deelgenoten vereist.⁵⁷ Deze medewerking door de deelgenoten dient op dezelfde wijze plaats te vinden als beschikkingsbevoegden in het kader van een overdracht aan een leveringshandeling medewerking zouden moeten verlenen.⁵⁸

7.8 SUBJECTIEVE VRIJHEID EN GEBONDENHEID: ART. 3:182 BW

Bij de totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling spelen contractuele vrijheid en gebondenheid een rol. Waar deze contractuele vrijheid en gebondenheid worden benaderd vanuit het perspectief van de deelgenoten, kan gesproken worden over een subjectieve vrijheid en gebondenheid.

Het beginsel van contractsvrijheid heeft in de kern betrekking op het recht voor partijen om op grond van een vrije keuze overeenkomsten aan te gaan binnen een door het recht aan partijen gelaten kring.⁵⁹ De enkele bevoegdheid van partijen om binnen zekere grenzen vrijelijk te contracteren, doet daarbij nog geen gebondenheid aan de overeenkomst ontstaan.⁶⁰ Daarvoor is bepalend het aan het beginsel van contractsvrijheid verwante autonomiebeginsel.⁶¹ Het autonomiebeginsel kan worden gezien als een beginsel dat erkenning geeft

⁵⁶ Zie onder meer de voorschriften van art. 3:83 e.v. BW. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66. Zie tevens: par. 2.3, 3.5.

⁵⁷ Zie ook: Perrick 2012, nr. 15; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66; HR 8 september 2017, ECLI: NL:HR:2017:2274, NJ 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 3.4.2: 'De verdeling van een nalatenschap is onder het huidige recht (zoals elke verdeling) een rechtshandeling van de gezamenlijke erfgenamen (deelgenoten) die tot levering verplicht'.

⁵⁸ Het voldoen aan het hier bedoelde leveringsvoorschrift kan inhouden dat daartoe een afzonderlijke leveringsakte is vereist, maar dit hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn. Zie ook HR 27 oktober 1995, NJ 1998, 191, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4: 'Het [middel, THS] gaat terecht ervan uit dat (...) voor verkrijging door een deelgenoot van een hem bij de verdeling van de gemeenschap toegedeeld goed een op de verdeling volgende levering van dat goed vereist is. Indien echter tot de gemeenschap een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht behoort en van de verdeling een akte is opgemaakt waarin de toedeling van dat recht aan een der deelgenoten is neergelegd, zal die akte, tenzij er aanwijzingen voor het tegendeel zijn, tevens mogen worden beschouwd en door partijen gebezigd als de akte bestemd voor levering van dit recht, zodat de levering is voltooid door mededeling daarvan aan de persoon of personen tegen wie het recht kan worden uitgeoefend.' Zie tevens: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 189; Van Mourik & Schols 2015, nr. 66.

⁵⁹ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁶⁰ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

⁶¹ Nieuwenhuis 1979, p. 6.

aan het fundamentele recht op zelfbeschikking.⁶² Vanuit het autonomiebeginsel kan de contractuele gebondenheid van elk van de partijen bij de overeenkomst worden begrepen doordat deze berust op de daartoe door partijen verleende toestemming.⁶³ Daarentegen verzet het autonomiebeginsel zich tegen contractuele gebondenheid indien de rechtsbetrekking niet op grond van vrije wil tot stand is gekomen.⁶⁴

Bij de toepassing van de hier vermelde beginselen op de rechtshandeling van verdeling dient te worden bedacht dat art. 3:182 BW voor de rechtsgeldige totstandkoming van verdeling voorschrijft dat daartoe alle deelgenoten medewerken. Eerder is uitgewerkt dat een dergelijke medewerking door deelgenoten dient plaats te vinden door deze deelgenoten in hun hoedanigheid van deelgenoten.⁶⁵ Uitgaande van de hierboven bedoelde beginselen heeft als uitgangspunt te gelden dat deelgenoten zowel vrij zijn om verdeling overeen te komen als verdeling niet overeen te komen.⁶⁶ Zowel de totstandkoming van de verdeling als de gebondenheid daaraan kan pas worden aangenomen indien alle deelgenoten daarin hebben toegestemd.

De mate waarin het beginsel van de contractsvrijheid deelgenoten in staat stelt om al dan niet tot verdeling te contracteren, wordt mede bepaald door de mate waarin het recht onverkorte toepassing van dit beginsel toestaat. Zo wordt de mate waarin deelgenoten vrijelijk al dan niet verdeling kunnen overeenkomen mede beïnvloed door de wet.

Op grond van art. 3:182 BW wordt iedere rechtshandeling die materieel voldoet aan het in dit artikel geformuleerde verdelingsbegrip als verdeling aangemerkt.⁶⁷ Dit houdt in dat ook andere rechtshandelingen dan rechtshandelingen van verdeling in strikte zin door het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling worden gekwalificeerd. Dit op materiële gronden kwalificeren van een rechtshandeling als een verdeling – ook indien er geen sprake is van een

62 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

63 Nieuwenhuis 1979, p. 6: 'Essentieel is dat de gebondenheid van elk der partijen berust op *toestemming* [cursivering in origineel, THS]. Het verband tussen de contractsvrijheid en het autonomie-beginsel is gelegen in de omstandigheid dat het autonomie-beginsel het beginsel van contractsvrijheid vóóronderstelt. (...) In dit kader moet de rol van het autonomie-beginsel worden begrepen: de contractuele gebondenheid wordt mede gerechtvaardigd door de overweging dat zij berust op de toestemming van de betrokkenen.'

64 Nieuwenhuis 1979, p. 63.

65 Zie par. 7.3, 7.4.

66 Blei Weissmann, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 1.31.1: 'Het beginsel van contractsvrijheid brengt niet alleen mee dat rechtssubjecten vrij zijn te contracteren met wie men wil, wat men wil, wanneer men wil (positieve contractsvrijheid), doch laat rechtssubjecten evenzeer vrij om van contractuele binding verschoond te blijven (negatieve contractsvrijheid). De negatieve contractsvrijheid vindt een verankering in het voor de 'bestaanbaarheid' van overeenkomsten in art. 1356 OBW gestelde vereiste van 'toestemming' van partijen, dat in het BW weerkeert via het model van aanbod en aanvaarding van art. 6:217 lid 1 BW. Wanneer men die toestemming niet geeft, voorkomt men contractuele gebondenheid.'

67 Zie par. 6.3, 6.5 en 6.10.

rechtshandeling van verdeling in strikte zin – is het resultaat van de zogenaamde aanzuigende of absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip.⁶⁸ Deze werking wordt in de parlementaire geschiedenis gelegitimeerd vanwege het belang om in vergelijkbare gevallen – gelet op het voor de verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg en de voor verdeling vereiste medewerking – de specifieke voor verdeling geschreven regels mede op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin van toepassing te doen zijn:

‘Het belang of een handeling een scheiding of een koop is (...) blijft (...) van gewicht voor de bijzondere vormvereisten, waaraan een verdeling moet voldoen, indien daarbij onbekwame of weigerachtige deelgenoten vertegenwoordigd zijn; verder voor de titel van de verkrijging, voor de vrijwaring en voor de vernietiging der verdeling wegens benadeling, alsmede voor het bepaalde in artikel 3.7.1.8 lid 2 [thans art. 3:175 lid 2 BW, THS].’⁶⁹

Hoewel de toelichting in het hierboven vermelde citaat anders doet vermoeden, moet worden aangenomen dat de rechtshandeling van koop, die ten gevolge van de absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling wordt aangemerkt, de gecontracteerde kwalificatie ‘koop’ niet verliest.⁷⁰ Indien tussen deelgenoten een koop wordt overeengekomen die op grond van de werking van het wettelijke verdelingsbegrip (tevens) als verdeling wordt aangemerkt, is er sprake van een rechtshandeling met een meervoudige identiteit. Vergelijk in dit verband de volgende overweging van de Hoge Raad:

‘De verdeling (...) is onder het huidige recht (...) een rechtshandeling van de gezamenlijke erfgenamen (deelgenoten) die tot levering verplicht. *In die rechtshandeling kan mede een andere rechtshandeling besloten liggen* [cursivering door mij, THS] (...).’⁷¹

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

69 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611. Zie ook MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612: ‘Naar de mening van de ondergetekende moet een handeling als verdeling worden aangemerkt, indien de bijzondere regelingen van toepassing behoren te zijn, die het wetboek voor verdelingen bevat: de in de artikelen 3.7.1.12 lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:183 lid 2 BW, THS] en 3.7.2.3 lid 1 [thans art. 3:194 lid 1 BW, THS] vervatte waarborgen dat de verdeling deskundig en zorgvuldig geschiedt; de vrijwaringsregeling van artikel 3.7.1.16 [thans art. 3:188 BW, THS]; de benadelingsregeling van artikel 3.7.3.2 [thans art. 3:196 BW, THS]; de in artikel 3.7.1.14 lid 4 van het oorspronkelijk ontwerp – artikel 3.7.1.14a lid 2 van het gewijzigd ontwerp [thans art. 3:186 lid 2 BW, THS] – neergelegde regel dat een deelgenoot hetgeen hij door verdeling uit de gemeenschap verkrijgt, onder dezelfde titel houdt als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.’

70 Zie ook Van Mourik & Schols 2015, nr. 36: ‘(...) formeel [is] sprake van een koop maar materieel van een verdeling. De koop wordt mitsdien niet van rechtswege geconverteerd in een verdeling maar ‘is’ materieel een verdeling.’

71 HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274, NJ 2017, 437, m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 3.4.2. De in de rechtshandeling van verdeling besloten liggende andere rechtshandeling betrof in deze zaak een schenking. Deze schenking was tot stand gekomen doordat in het kader van de verdeling van een nalatenschap een overbedeling had plaatsgevonden gevolgd

Derhalve is het niet zozeer de vraag of de rechtshandeling een verdeling *of* een koop is, maar is het de vraag in hoeverre de in algemene zin op de verdeling respectievelijk koop toepasselijke bepalingen in concreto op de betreffende rechtshandeling dienen te worden toegepast.

De wet neemt tot uitgangspunt dat, indien aan de criteria van het wettelijke verdelingsbegrip wordt voldaan, de desbetreffende rechtshandeling dwingend-rechtelijk als verdeling wordt aangemerkt. Deze kwalificatie heeft tevens een vorm van subsidiariteit tot gevolg: ten gevolge van de werking van het wettelijke verdelingsbegrip dient in beginsel aan de toepassing van de specifiek voor verdeling geschreven regels voorrang te worden gegeven. Dit blijkt uit de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis waarin een dergelijke voorrang wordt gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van specifiek voor verdeling geschreven regels wordt gediend.⁷² Een dergelijk belang wordt echter niet uitsluitend aangetroffen in de context van de verdeling. Bij een rechtshandeling met een meervoudige identiteit kan ook met betrekking tot de 'andere rechtshandeling' (de rechtshandeling die in de rechtshandeling van verdeling besloten ligt) een dergelijk belang aan de orde zijn, zodat op dezelfde grond kan worden gekomen tot toepassing van de specifiek voor die rechtshandeling geschreven bepalingen. Mocht er sprake zijn van een conflict van belangen dan kan door middel van belangenafweging worden gekomen tot het antwoord op de vraag welke bepaling in welke mate wanneer op de betreffende rechtshandeling van toepassing dient te zijn. Daar het bij voorrang toepassen van bepalingen boven andere bepalingen slechts kan worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van die regels wordt gediend, dient de in de voorrang gelegen subsidiariteit daartoe eveneens te worden beperkt. Aldus kan de bedoelde subsidiariteit op proportionele wijze worden toegepast. Ik illustreer dit aan de hand van de volgende casus.

Casus

A en B zijn ieder voor de onverdeelde helft gerechtigd tot een eenvoudige gemeenschap bestaande uit een door hen gezamenlijk bewoonde woning. A en B wensen de woning te verdelen. Er bestaat echter verschil van mening over de wijze waarop de woning dient te worden verdeeld. Daar A en B niet tot overeenstemming kunnen komen, wordt in rechte een procedure aanhangig gemaakt. De rechter gelast dat de woning ten overstaan van een notaris bij wege van verkoop door openbare

door kwijtschelding van de met de overbedeling samenhangende schuld ten behoeve van de overbedeelde deelgenoot. Aan de schenking was – in tegenstelling tot de erfrechtelijke verkrijging – de voorwaarde verbonden dat hetgeen zal worden verkregen buiten enige huwelijksgemeenschap zal vallen (uitsluitingsclausule). Het oordeel van de Hoge Raad keert zich tegen de opvatting van het hof dat gelet op het bepaalde in art. 3:186 lid 2 BW, op grond waarvan het verkregen goed wordt gehouden 'onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden', aan de bedoelde uitsluitingsclausule geen rechtsgevolg zou toekomen.

72 Zie: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612.

inschrijving wordt verkocht en dat vervolgens verdeling van de netto-opbrengst van het goed dient plaats te vinden (ex art. 3:185 leden 1 en 2 BW). B brengt tijdens de inschrijvingsprocedure het hoogste bod uit. Dit wordt door de notaris aan A en B meegedeeld. Er vindt geen schriftelijke vastlegging van de koopovereenkomst plaats. Voor deze casus kan worden aangenomen dat koper B een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf zoals bedoeld in art. 7:2 lid 1 BW en dat aan de hoogste bieder (B) gunning heeft plaatsgevonden.⁷³

In hoeverre kan voor de hier geschetste casus rechtens een geldige koop en/of verdeling worden aangenomen?

Vooropgesteld kan worden dat ten gevolge van de door de rechter gelaste wijze van verdeling in beginsel niet de verdeling van het goed maar verdeling van de netto-opbrengst van het goed is beoogd (art. 3:185 lid 2 sub c BW). Dit laat echter onverlet dat in het geval een van de deelgenoten als koper optreedt niettemin moet worden gezien of sprake is van een tussen de deelgenoten tot stand gekomen koop en/of verdeling.

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre hier rechtens sprake is van een geldige koop en/of verdeling dient zowel te worden nagegaan of een rechtshandeling van koop als een rechtshandeling van verdeling (al dan niet in strikte zin) tot stand is gekomen.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen koop? Volgens art. 7:1 BW is koop de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander zich verbindt om daarvoor een prijs in geld te betalen. Op grond van de feiten kan worden aangenomen dat het in casu gaat om een koop door een particulier zoals bedoeld in art. 7:2 lid 1 BW. Op grond van dit artikellid dient de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak schriftelijk te worden aangegaan. De uitzondering op dit schriftelijkheidsvereiste zoals bedoeld in art. 7:2 lid 5 BW is hier niet aan de orde; het ten overstaan van een notaris verkopen van de woning bij wege van verkoop door openbare inschrijving moet worden onderscheiden van de verkoop ten overstaan van een notaris op een openbare veiling. Nu aan het hiervoor bedoelde schriftelijkheidsvereiste

73 De feiten zijn grotendeels ontleend aan het feitenrelaas in Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4685. In rechte wordt betoogd dat wegens het ontbreken van een schriftelijke koopovereenkomst, ingevolge artikel 7:2 BW geen rechtsgeldige koopovereenkomst tot stand is gekomen. Ik volsta met de weergave van het hof voor zover hier relevant (r.o. 3.3.2): '[appellant] stelt voorts dat ten aanzien van de vordering tot nakoming op grond van verdeling van de gemeenschappelijke boedelverdeling, een schriftelijkheidsvereiste niet wordt gesteld. Naar het oordeel van het hof miskent hij daarmee dat, hoewel de verkoop geschiedt in het kader van een boedelverdeling, sprake is geweest van een 'vrijwillige verkoop door openbare inschrijving'. Niet de woning wordt verdeeld, maar de verkoopopbrengst zal worden verdeeld. Ten aanzien van deze vrijwillige verkoop geldt het schriftelijkheidsvereiste en daaraan doet niet af dat die verkoop ertoe strekt tot verdeling te geraken. [geïntimeerde] heeft zijn bod dan ook niet uitgebracht als medegerechtigde tot de te verdelen boedel, maar als koper.'

De overwegingen van hof zal ik hier niet afzonderlijk bespreken. In de hoofdtekst geef ik mijn overwegingen weer op de daar geformuleerde rechtsvraag.

niet is voldaan, dient rechtens te worden aangenomen dat geen sprake is van een rechtsgeldig tot stand gekomen koop.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen verdeling in strikte zin? Verdeling wordt aangenomen indien een rechtshandeling voldoet aan de materiële eisen zoals die door het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW worden gesteld. Als verdeling in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling van verdeling die door de deelgenoten als zodanig is overeengekomen. Uitgaande van deze omschrijving moet worden geconstateerd dat partijen niet een verdeling in strikte zin voor ogen heeft gestaan, getuige het feit dat de bieding ter openbare inschrijving werd gedaan in het kader van een tot stand te brengen koop. Tussen partijen is derhalve geen verdeling in strikte zin tot stand gekomen.

Is hier sprake van een rechtsgeldig tot stand gekomen verdeling anders dan in strikte zin? Als verdeling anders dan in strikte zin beschouw ik de rechtshandeling die in materiële zin aan de eisen van het wettelijke verdelingsbegrip voldoet en als zodanig als verdeling moet worden aangemerkt, zonder dat er sprake is van een rechtshandeling in strikte zin. Daar er in deze zaak sprake is van een verkoop via openbare inschrijving kan hierbij worden gedacht aan een als verdeling aan te merken koop. Hierboven is echter reeds geconstateerd dat wegens het niet voldoen aan het voor koop voorgeschreven vormvereiste geen rechtsgeldige koop tot stand is gebracht. Derhalve kan er ook geen sprake zijn van een koop die op grond van het wettelijk verdelingsbegrip als verdeling wordt aangemerkt.

Nu er geen sprake is van een verdeling in strikte zin of een als verdeling aan te merken koop dient ten slotte te worden onderzocht of er overigens tussen partijen een rechtshandeling tot stand is gekomen die op grond van de materiële benadering van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling moet worden aangemerkt. Verdedigd kan worden dat in casu sprake is van een door de deelgenoten overeengekomen rechtshandeling anders dan verdeling in strikte zin, waaraan alle deelgenoten medewerken en krachtens welke overeenkomst na levering zal worden voldaan aan het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg zoals omschreven in het wettelijke verdelingsbegrip.⁷⁴ De absorberende werking van het wettelijke verdelingsbegrip strekt zich immers uit over iedere rechtshandeling die op grond van materiële kenmerken als verdeling kan worden aangemerkt. Om als rechtshandeling te kunnen kwalificeren is vereist dat sprake is van een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁷⁵ Dit is in casu het geval. Nergens vergt de wet dat de op rechtsgevolg gerichte wil van de deelgenoten moet resulteren in de totstandkoming van een *benoemde* overeenkomst alvorens deze als verdeling kan worden aangemerkt. Een dergelijke opvatting zou de reikwijdte van de absorberende werking van het verdelings-

⁷⁴ Zie ook par. 6.10.

⁷⁵ Art. 3:33 BW.

begrip – mede in het licht van de overwegingen om de eerderbedoelde voorrang van op de verdeling betrekking hebbende regels te legitimeren – bovendien te zeer beperken. Ook het ontbreken van schriftelijke vastlegging van de mondelinge verklaringen omtrent aanbod en aanvaarding kan aan de rechtsgeldige totstandkoming van een eventuele verdeling niet in de weg staan; de wet neemt blijkens art. 3:183 lid 1 BW tot uitgangspunt dat verdeling ‘kan geschieden op de wijze en in de vorm die partijen goeddunkt’.

Heeft deze vaststelling nu tot gevolg dat in casu – ondanks het ontbreken van een verdeling in strikte zin en een als verdeling aan te merken koop – op grond van de materiële vereisten van het wettelijke verdelingsbegrip tot een rechtsgeldig tot stand gekomen rechtshandeling van verdeling moet worden geconcludeerd? Ik meen dat dit niet het geval is. Hierboven heb ik aangegeven dat zo nodig op grond van een belangenafweging moet worden vastgesteld welke bepaling in welke mate wanneer op de betreffende rechtshandeling van toepassing is. Ik heb daarbij opgemerkt dat het bij voorrang toepassen van bepalingen boven andere bepalingen slechts kan worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van die regels wordt gediend en dat de in die voorrang gelegen subsidiariteit daartoe tevens dient te worden beperkt. Nu in casu op grond van een rechterlijke uitspraak verkoop van de woning bij wege van openbare inschrijving is gelast, heeft deelgenoot B – teneinde de bedoelde woning krachtens koop te verkrijgen – zich in de arena van biedingen begeven die vanwege het openbare karakter daarvan per definitie niet beperkt is tot gegadigden uit de deelgenoten. Daarmee heeft de koper/deelgenoot zich als particulier begeven in een markt waarvan de wetgever heeft gemeend deze te moeten reguleren aan de hand van onder meer het in art. 7:2 BW opgenomen vormvereiste in verband met de rechtsgeldige totstandkoming van de in dat artikel bedoelde koop.⁷⁶ Bezwaarlijk kan worden ingezien waarom een deelgenoot als particuliere koper zou moeten worden uitgezonderd van de bescherming zoals deze door de wetgever in beginsel aan iedere particuliere koper wordt verleend.⁷⁷ Of kan tegen een dergelijke uitkomst met succes worden aangevoerd dat de koper/deelgenoot minder bescherming behoeft dan een derde vanwege bijvoorbeeld zijn betere toegang tot informatie – zoals betreffende de bouwkwaliteit van de woning of de op

⁷⁶ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 27.

⁷⁷ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat in beginsel alleen particulieren – zowel koper als verkoper – niet rechtens afdwingbaar zijn gehouden tot nakoming van de mondelinge overeenkomst inzake koop zoals bedoeld in art. 7:2 BW. Zie HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412, NJ 2013, 273 m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.8: ‘Indien mondeling overeenstemming is bereikt over de verkoop van een woonhuis aan een particuliere koper en de verkoper weigert zijn medewerking te verlenen aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte, dan mag [naast de particuliere koper, THS] (ook) de verkoper, mits hij een particulier is, zich erop beroepen dat aan deze mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt.’ Gelet op het feit dat in casu ieder van de deelgenoten als particulier moet worden aangemerkt, is het bovenstaande op elk van beiden van toepassing. Zie ook Huijgen 2017, nr. 12.

de woning rustende zakelijke rechten – zodat op die grond de aan de particuliere koper toekomende bescherming aan de koper/deelgenoot mag worden onthouden? Een dergelijke uitkomst zou mijns inziens ongerijmd zijn. De hier bedoelde regeling strekt mede tot bescherming tegen – kort gezegd – overhaaste koopbeslissingen.⁷⁸ Deze kunnen ook aan de orde zijn indien door een koper/deelgenoot geboden moet worden ter gelegenheid van een openbare inschrijving. Hieraan zou niet met succes moeten kunnen worden tegengeworpen dat de betreffende rechtshandeling – gelet op het wettelijke verdelingsbegrip (art. 3:182 BW) en de in beginsel voor de totstandkoming van verdeling geldende vormvrijheid (art. 3:183 BW) – op materiële gronden als verdeling zou kunnen kwalificeren. Het bij voorrang toepassen van het vormvereiste van art. 7:2 BW boven de vormvrijheid op grond van art. 3:183 BW kan mijns inziens worden gelegitimeerd met het oog op het belang dat door de toepassing van het vormvereiste wordt gediend, zoals hierboven uiteengezet. Tot zover de behandeling van deze casus.

De bovenstaande beschouwingen geven een beeld over de wijze waarop en de achtergrond waartegen de wetgever heeft gemeend via het wettelijke verdelingsbegrip van art. 3:182 BW invloed te moeten uitoefenen op de mogelijkheden voor deelgenoten om (al dan niet) tot verdeling te contracteren. De wetgever heeft zich bij zijn interventie ten behoeve van het gebruik van de rechtshandeling van verdeling echter niet beperkt tot het wettelijke verdelingsbegrip. Ook via andere artikelen geeft hij sturing aan de mogelijkheid voor deelgenoten van de rechtshandeling van verdeling gebruik te maken. Zonder volledigheid na te streven kan in dit verband worden gedacht aan de volgende wetsbepalingen.

78 Zo blijkt onder andere uit *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 27 dat het in artikel 7:2 lid 1 BW opgenomen vormvereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst van koop noodzakelijk is met het oog op de daarvoor in artikel 7:2 lid 2 BW voorziene bedenktijd. Uit *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, 10, p. 17 volgt dat de bedoelde bedenktijd een tweërlei strekking heeft: 'In de eerste plaats wordt met de bedenktijd beoogd, te verzekeren dat de koper de gelegenheid heeft om aan de hand van de aan hem ter hand gestelde koopakte deskundigen te raadplegen, zodat hij op grond van de door hen verstrekte adviezen kan beoordelen of hij aan de koop gebonden wenst te blijven. In de tweede plaats strekt de bedenktijd ertoe, de koper in de gelegenheid te stellen van een, wellicht gedwongen, overhaaste koopbeslissing terug te komen.' Zie ook: Breedveld-de Voogd 2007, nr. 3.4, 6.2; Keirse e.a. 2009, nr. 2.3, 3.3.

7.9 SUBJECTIEVE VRIJHEID EN GEBONDENHEID: OVERIGE WETSBEPALINGEN

Op grond van art. 3:178 lid 1 BW komt aan ieder van de deelgenoten het recht toe om te allen tijde verdeling van een gemeenschappelijk goed te vorderen.⁷⁹ Op grond van art. 3:179 lid 1 BW geldt bovendien dat – indien verdeling van een gemeenschappelijk goed wordt gevorderd – ieder van de deelgenoten kan verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen. Ook kan ieder van de deelgenoten blijkens art. 3:184 lid 1 BW bij een verdeling verlangen dat op het aandeel van een andere deelgenoot wordt toegerekend hetgeen deze deelgenoot aan de gemeenschap schuldig is. Binnen het erfrecht kent de wet hieromtrent in art. 4:228 BW een eigen bepaling op grond waarvan door een erfgenaam aan de erflater schuldig gebleven schulden en bepaalde andere schulden⁸⁰ kunnen worden toegerekend op het erfdeel van de erfgenaam-schuldenaar.

Naast het recht op toedeling in het algemeen kunnen ook rechten bestaan op toedeling van specifieke goederen en schulden.⁸¹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn op basis van het op bijzondere wijze verknocht zijn van een goed of een schuld, zoals bedoeld in art. 1:94 lid 5 BW.⁸² In lijn daarmee wordt ook wel een verkrijging van goederen krachtens een wettelijke overnamerecht, zoals het overnamerecht op grond van art. 1:101 BW,⁸³ als een verkrijging krachtens verdeling gezien,⁸⁴ hoewel daar ook anders over wordt gedacht.⁸⁵ Op grond

79 Voor de vaststelling dat verdeling dient plaats te vinden, is geen consensus vereist. De vraag hoe de goederen verdeeld zullen worden is voorwerp van overeenstemming tussen de deelgenoten. Mochten de deelgenoten niet tot overeenstemming kunnen komen dan kan op grond van art. 3:185 BW rechterlijke tussenkomst worden gevorderd.

80 Art. 4:228 lid 2 BW: 'schulden als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder *f* tot en met *h* (cursivering in wettekst, THS)'. Het betreft hier kort gezegd schulden wegens aanspraak op een legitieme portie (onder *g*), schulden uit andere wettelijke rechten (onder *f*) en schulden uit legaten die op een of meer erfgenamen rusten (onder *h*).

81 Een enkel recht op verdeling of een aanbod daartoe doet nog geen verdeling ontstaan. Ook de overeenkomst waarbij tussen de deelgenoten wordt afgesproken dat een goed van de gemeenschap aan één van hen zal worden toegedeeld of desverlangd zal worden toegedeeld, is geen verdeling. Een dergelijke overeenkomst kwalificeert als een toedelingsbeding en is anders dan een verblijvenbeding geen verdeling, zie De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. IV.68. Zie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 2016 (1-II), nr. 362.

82 Voorheen art. 1:94 lid 3 BW. Zie: Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85 onder verwijzing naar III.12 e.v.

83 Het betreft hier het recht van ieder van de echtgenoten na ontbinding van de huwelijks-gemeenschap bepaalde goederen ('de te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende') tegen de geschatte prijs over te nemen.

84 Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85, III.91; Kraan 2017, nr. 7.6; Van Mourik & Verstappen 2014a, nr. 5.8.7.; Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 2016 (1-II), nr. 359.

van het bepaalde in art. 3:174 BW kan in de daar bedoelde situatie ten behoeve van een deelgenoot voor wie een te verkopen goed een bijzondere waarde heeft, de rechter overneming van het goed bevelen. De uiteindelijk tussen de deelgenoten tot stand te brengen ‘overneming’ is blijkens de parlementaire geschiedenis aan te merken als een verdeling in de zin van art 3:182 BW.⁸⁶ De afwikkeling van een reprise bij een huwelijksgemeenschap kan desgevoerd voorafgaand aan de verdeling plaatsvinden.⁸⁷

85 *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 6, p. 19 (MvT): ‘Gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 96, derde lid, leidt niet tot verdeling in de zin van artikel 182, Boek 3, Burgerlijk Wetboek. Het gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid leidt immers niet tot verdeling. Het overnemingsrecht is te vergelijken met dat van artikel 101.’ Voor een herhaling van de laatstbedoelde opvatting: *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 10, p. 20 (NNV). Ook uitgaande van de juistheid van het standpunt dat een verkrijging van goederen krachtens het overnamerecht zoals bedoeld in art. 1:101 BW niet tot verdeling leidt, blijft het mogelijk het hier bedoelde overnamerecht te effectueren via een tussen de deelgenoten tot stand te brengen verdeling en een opvolgende levering. Denk hierbij aan de mogelijkheid het aan de betreffende deelgenoot toekomende recht te noveren zodanig dat tussen beide deelgenoten een verdeling tot stand komt (zie par. 4.5). Anders dan bij de rechtstreekse uitoefening van het bepaalde in art. 1:101 BW is hiertoe in beginsel wel medewerking van de andere deelgenoot vereist. Het lijkt mij verdedigbaar, mede in aanmerking genomen de verwantschap van het hier bedoelde overnamerecht met rechten op toedeling op basis van een bijzondere verknoktheid zoals bedoeld in art. 1:94 BW (Klaassen/Luijten & Meijer 2005, nr. 351; De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.85 onder verwijzing naar III.12 e.v.), dat in het geval van een onwillige (ex-)echtgenoot door tussenkomst van de rechter tot eenzelfde resultaat kan worden gekomen. Hierbij moet worden bedacht dat het belang om bepaalde goederen krachtens verdeling te verkrijgen, gelegen kan zijn in de fiscale behandeling daarvan. Zo kan worden gedacht aan de verkrijging van een onroerende zaak behorende tot de ‘beroeps- en bedrijfsmiddelen’ waarvoor op grond van de Wet op belastingen van rechtsverkeer geldt dat een dergelijke verkrijging als een van de wet uitgezonderde verkrijging wordt beschouwd indien deze wordt verkregen krachtens verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap (art. 3 lid 1 sub b Wbr).

86 *MvA II, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 596; *NvW, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613. Zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 34, 35.

87 Art. 3:178 lid 2 BW: ‘Op verlangen van een deelgenoot kan de rechter voor wie een vordering tot verdeling aanhangig is, bepalen dat alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan.’ Hieronder moet ook worden begrepen de afwikkeling van een reprise. In het Ontwerp Meijers luidt art. 3.7.1.13: ‘Ieder der deelgenoten kan bij de verdeling vorderen, dat zijn opeisbare vorderingen op de gemeenschap daaruit worden voldaan (...)’. Deze regel is in het gewijzigde ontwerp weggelaten vanwege het nieuw geformuleerde tweede lid van art. 3.7.1.9 (thans art. 3:178 lid 2 BW) dat in meer algemene zin hiervoor een voorziening treft op de wijze zoals hierboven weergegeven. Zie *MvA II, Parl. Gesch. Boek 3*, p. 606, 616. Zie ook: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 163; Reinhartz, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:95 BW, aant. 10 inzake HR 4 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7904, JPF 2007, 74:

‘De Hoge Raad stelt dat men bij de berekening van een reprise moet onderscheiden tussen verschillende situaties: a. de gemeenschap is nog niet verdeeld en er is voldoende vermogen in de gemeenschap om daaruit de reprisevordering te voldoen. In dat geval dient de reprise uit de ontbonden gemeenschap te worden voldaan. b. de gemeenschap is al verdeeld. In dat geval kan de reprisegerechtigde zich voor de helft van het bedrag van de reprise verhalen op het privé-vermogen van de ander. c. de gemeenschap is nog niet (geheel)

Binnen het erfrecht wordt van oudsher aan de erflater de mogelijkheid toegekend om (bevoegdheden tot) de verdeling van de nalatenschap vast te stellen. De onder oud recht bestaande mogelijkheid voor een erflater om overeenkomstig het bepaalde in art. 4:1167 OBW een ouderlijke boedelverdeling te maken is voor het huidige recht niet gehandhaafd. Het huidige erfrecht kent de zogenaamde wettelijke verdeling zoals bedoeld in art. 4:13 BW. Dit betreft echter een verdeling van rechtswege en derhalve geen verdeling in de zin van art. 3:182 BW daar voor de laatstbedoelde verdeling de medewerking van alle deelgenoten is vereist.⁸⁸ Wel kan een erflater blijkens art. 4:153 BW bij uiterste wil een bewind instellen over een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen en desgewenst daarbij op grond van art. 4:171 lid 1 BW de bevoegdheden van de testamentaire bewindvoerder uitbreiden, zodanig dat aan deze het recht wordt toegekend om – zo nodig zelfstandig⁸⁹ – de onder het bewind vallende goederen te verdelen.⁹⁰

verdeeld maar zij biedt onvoldoende verhaal voor de reprise. In dat geval heeft de echtgenoot – voor zover mogelijk – recht op voldoening van zijn vordering uit de gemeenschap. Voor het resterende deel mag hij zich voor de helft verhalen op het privé-vermogen van de ander.’ Zie ook De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, nr. III.51.

NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613 vermeldt dat de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip niet beoogt uit te sluiten dat een reprise in het kader van verdeling kan worden afgewikkeld. De Bruijn/Soons, Kleijn, Huijgen & Reinhartz 1999, p. 380-381 vermeldt dat een reprise op grond van de beginselen van redelijkheid en billijkheid een recht op ‘toescheiding’ inhoudt. Het handboek (t.a.p.) voegt daaraan toe dat in verband met de tweede volzin van art. 3:182 BW evenwel geen sprake kan zijn van toedeling, maar van levering. Van Mourik & Verstappen 2014a, nr. 5.8.7 beschouwt op grond van de vorenbedoelde tweede volzin de voldoening van een reprise niet als verdeling.

Ook hier merk ik op dat het aan de deelgenoten vrij staat gebruik te maken van de mogelijkheid tot schuldvernieuwing. De reprise kan worden voldaan door het doen van afstand van de vordering tegen overbedeling van de deelgenoot/schuldeiser. Dan is er sprake van een nadere overeenkomst tussen deelgenoten die als verdeling kwalificeert. Zie NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, alsmede par. 4.5.

88 Art. 3:182 BW jo. art. 3:195 lid 1 BW. Zie ook par. 7.7.

89 Over het antwoord op de vraag of de bevoegdheid tot uitbreiding van bevoegdheden eveneens ziet op de mogelijkheid voor de bewindvoerder om zelfstandig – dat wil zeggen als vertegenwoordiger van de rechthebbenden maar zonder hun toestemming – mee te werken aan de vaststelling van een verdeling wordt verschillend gedacht. Zo wordt enerzijds verdedigd dat de aard van het bewind aan een dergelijke uitbreiding van bevoegdheden in de weg staat althans daaromtrent vragen oproept. Zie: Huijgen 2004, p. 620; Mellema 2006, p. 209-210. Anderzijds wordt verdedigd dat een zodanige uitbreiding van bevoegdheden tot de mogelijkheden behoort. Zie: B. Schols 1999, p. 749; Klaassen/Luijten & Meijer 2008, nr. 399, 497a; Kraan 2003, p. 624; Van Mourik 2004, p. 20; B. Schols 2004a, p. 225-232; B. Schols 2004b, p. 243-250; F. Schols 2004, p. 60 e.v.; Perrick 2006a, p. 502-504; Perrick 2006b, p. 613; Kolkman 2004, p. 78-79. Zie in dit verband ook: NW 2, *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 2132.

90 Hierbij dient steeds te worden bedacht dat de mate van vrijheid om de bevoegdheden van de bewindvoerder te verruimen (dan wel te beperken) mede bepaald wordt door de aard van het bewind en het recht van de rechthebbende (MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540; NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540). De reikwijdte van de aan de bewindvoerder toegekende bevoegdheden moet met deze criteria in overeenstemming zijn. Waar de woordelijke opname van

Ik kom tot een conclusie. Mede gelet op hetgeen in deze en in eerdere paragrafen is overwogen met betrekking tot het beginsel van de contractsvrijheid en de hoedanigheid waarin deelgenoten aan de totstandkoming van verdeling dienen mee te werken, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat ook het initiatief tot het aangaan van de rechtshandeling van verdeling moet liggen bij ten minste een van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten en wel in een dergelijke hoedanigheid. Voor het uitgangspunt dat ook het initiatief tot het aangaan van de rechtshandeling van verdeling tenminste moet liggen bij een van de tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten kan steun worden gevonden in de arresten van de Hoge Raad, die blijkens de parlementaire geschiedenis ten grondslag zijn gelegd aan de formulering van de tweede volzin van het wettelijke verdelingsbegrip.⁹¹ Aangenomen kan worden dat aan de rechtsgeldige totstandkoming van de rechtshandeling van verdeling de voorwaarde verbonden is dat deelgenoten daartoe medewerken in dezelfde kwaliteit als waarin zij tot de te verdelen gemeenschapsgoederen zijn gerechtigd, in persoon of vertegenwoordigd.⁹² Het recht op toedeling van een bepaald goed mag niet zijn gelegen in een grond tot stand gekomen buiten de kring van met elkaar in het kader van verdeling contracterende deelgenoten.⁹³ Een uitzondering op deze regel kan slechts worden aangenomen indien daarvoor een rechtsgrond bestaat.

deze criteria in de wet uiteindelijk als overbodig wordt geschrapt, bevestigt dit het uitgangspunt dat ook zonder uitdrukkelijk voorschrift aan deze criteria dient te worden getoetst (GO, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540; NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540). Voor de precieze afbakening van de rechts(on)geldige inzet van versterkte bevoegdheden ten behoeve van de bewindvoerder sluit ik aan bij een uittaling van de minister in verband met de begrenzing van de hier bedoelde bevoegdheden (NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 540): ‘(...) het trekken van de juiste grens [kan] het beste aan de rechter worden overgelaten.’ De relevantie van de hier hierboven bedoelde gedeelten uit de parlementaire geschiedenis van de niet ingevoerde titel 3.6 BW voor afdeling 4.4.7 BW blijkt onder meer uit de gelijkenis tussen art. 3.6.2.1a (ontwerp) en art. 4:171 BW, alsmede uit MvA, *Kamerstukken I* 1998/99, 17 141, 120a, p. 23-24.

91 NvW, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 613, onder verwijzing naar: HR 31 mei 1963, NJ 1964, 10 en HR 17 januari 1964, NJ 1965, 126. Zie ook par. 7.4.

92 Het hierboven bedoelde beginsel, waarbij het tussen deelgenoten bestaande deelgenootschap als onderliggende rechtsverhouding kenmerkend is voor de hoedanigheid waarin alle deelgenoten overeenkomstig het verdelingsbegrip aan verdeling dienen mee te werken, is eveneens van toepassing op andere rechtshandelingen dan die van verdeling in strikte zin. Zo moet worden aangenomen dat bij een op grond van het wettelijke verdelingsbegrip als verdeling aan te merken koop de deelgenoten als deelgenoten aan de koop hebben meegewerkt. Zouden slechts enkele van tot de gemeenschapsgoederen gerechtigde deelgenoten onderling een koop zijn overeenkomen, dan doen zij dit eveneens in hun hoedanigheid als deelgenoot. Daar echter in dat geval niet alle deelgenoten daartoe medewerken, kan van verdeling geen sprake zijn.

93 Zo is er geen sprake van het uit vrije wil komen tot een bepaalde wijze van verdeling indien door de erfflater aan een mede-erfgenaam het recht is gelegateerd om desgewenst toedeling van een bepaald goed aan zichzelf te verlangen. Zie ook Boelens 2015, p. 225-226. Zie anders Vegter 2015, p. 86, die betoogt dat indien de legataris van dit (wils)recht gebruik maakt tussen de erfgenamen een verdeling in obligatoire zin tot stand komt.