



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

8 | Object in het kader van verdeling

8.1 INLEIDING

De reikwijdte van de toepasselijkheid van de rechtshandeling van verdeling wordt mede bepaald door de opvatting van hetgeen krachtens verdeling wordt verkregen. In hoofdstuk 6 heb ik een analyse gemaakt van de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ volgens het wettelijke verdelingsbegrip.¹ Uitgaande van de formulering van het wettelijke verdelingsbegrip kan worden geconcludeerd dat voor de totstandkoming van een juridische verdeling met verschillende soorten verkrijgingen rekening gehouden dient te worden.² Hetgeen in het kader van verdeling als object moet worden beschouwd speelt daarin een cruciale rol.

In dit hoofdstuk zullen centraal staan de vaststelling van het object van zowel de rechtshandeling van verdeling als de levering ter uitvoering van de verdeling.³ Ten slotte zal worden ingegaan op de zogenaamde schulden-gemeenschap, een nog weinig beschreven rechtsfiguur die in de bovenbedoelde zin als gemeenschap zonder object moet worden beschouwd.⁴

8.2 OBJECT VAN VERDELING

De sleutel voor het vaststellen van het object van de rechtshandeling van verdeling dient mijns inziens te worden gezocht in de reikwijdte van het voor verdeling vereiste verkrijgingsbegrip.⁵ Zoals ik eerder heb gesteld wordt de reikwijdte van het ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling bepaald door ener-

1 Zie par. 6.11.

2 Zie par. 6.8, 6.11.

3 Bij de duiding van de rechtshandeling van verdeling wordt tot uitgangspunt genomen dat de verdeling de causa voor de levering is en dat deze niet tevens de levering ter uitvoering van de verdeling omvat. Zie L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299, alsmede par. 4.3 voor een verantwoording van deze terminologische afbakening.

4 Een artikel over dit onderwerp getiteld ‘Een kader voor aanvaarding en verdeling van de schuldengemeenschap’ is gepubliceerd in *WPNR*, zie Sikkema 2018, p. 176-181.

5 Met het verkrijgingsbegrip doel ik op het voor verkrijging krachtens verdeling door de wet vereiste rechtsgevolg, namelijk het door een of meer deelgenoten verkrijgen van een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten. Zie par. 5.1, 6.1.

zijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip⁶ en anderzijds door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken.⁷ Aldus meen ik dat als rechtens juist moet worden beschouwd de opvatting dat het object van de rechtshandeling van verdeling het gehele gemeenschapsgoed betreft, met dien verstande dat het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door de cumulatie van de laatstbedoelde criteria.

In één criterium samengevat komt dit erop neer dat voor de toepassing van het bepaalde in art. 3:182 BW dient te worden uitgegaan van het gehele gemeenschapsgoed als object van verdeling, waarbij het kader voor verkrijging door de (een of meer) verkrijgende deelgenoten wordt bepaald door enerzijds de grootte van de gerechtigdheid van de verkrijgende deelgenoot vóór verdeling en levering (als minimum) en anderzijds de totale gerechtigdheid tot het goed als geheel (als maximum).⁸

Een alternatieve benadering waarbij het object van de rechtshandeling van verdeling gelijk wordt gesteld aan dat van een rechtshandeling zoals koop (met in het geval van een rechtshandeling tussen deelgenoten als object een aandeel in een goed) is een benadering die bezwaarlijk als rechtens juist kan worden aangemerkt. Een dergelijke benadering leidt tot discrepantie tussen oud en nieuw recht met betrekking tot de inhoud en daarmee de reikwijdte van hetgeen als scheiding respectievelijk verdeling wordt beschouwd.⁹ Deze consequentie is ongerijmd, nu met de terminologische aanpassing nadrukkelijk geen materiële wijziging van de rechtsfiguur is beoogd.¹⁰ Ook geeft de uitleg van het begrip ‘verkrijgen’ in art. 3:182 BW in termen van aanwas niet het juiste kader voor de vaststelling of sprake is van verdeling.¹¹ Een dergelijke benadering dient derhalve te worden afgewezen.

Onder de vaststelling dat als object van de rechtshandeling van verdeling heeft te gelden het gemeenschapsgoed als geheel, moet mijns inziens ook

6 Zie par. 6.2, 6.3.

7 Zie par. 6.11.

8 Zie par. 6.11.

9 Vergelijk par. 6.13 (casus II: ABC à 1/3 naar B 2/3, C 1/3). Een dergelijk gevolg kan alleen krachtens verdeling worden bereikt indien het gehele goed als object van verdeling heeft te gelden.

10 TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612. Zie ook par. 5.2 e.v., 6.9 en 6.13 (casus II).

11 Zie par. 6.2: ‘Bij een benadering van ‘verkrijgen’ in termen van aanwas is denkbaar dat een of meer deelgenoten hun gerechtigdheid in relatieve zin vergroten (aanwas), terwijl bij de overige deelgenoten de gerechtigdheid in relatieve zin vermindert of gelijk blijft (ontbreken van aanwas), zonder dat enige deelgenoot ophoudt deelgenoot te zijn. Van verdeling kan in dat geval geen sprake zijn; er treedt geen verminderde mate van onverdeeldheid op zodat aan de maatstaf voor verdeling niet wordt voldaan.’

worden begrepen een latent¹² aanwezig (niet voorafgaand aan de verdeling als zodanig gevestigd) vruchtgebruik.¹³ Reeds onder oud recht wordt aangenomen dat de toedeling aan een of meer deelgenoten van een latent aanwezig vruchtgebruik op goederen van de gemeenschap als scheiding kan worden aangemerkt.¹⁴ Gelet op het gegeven dat bij de overgang van oud naar nieuw recht met de vaststelling van de inhoud en reikwijdte van de rechtshandeling van verdeling geen materiële wijziging ten opzichte van de rechtsfiguur van scheiding is beoogd, mag op dit punt een voortzetting van beleid worden verwacht.¹⁵

8.3 OBJECT VAN LEVERING

Met betrekking tot het object van levering ter uitvoering van de verdeling kan het volgende worden overwogen. Op grond van het bepaalde in art. 3:186 lid 1 BW is voor de overgang van het aan ieder van de deelgenoten toegedeelde een levering vereist. Zowel de wettekst als de toelichting daarop geven de indruk dat het object van de levering het gehele verdeelde ofwel toegedeelde goed betreft.¹⁶ Zo spreekt de wettekst over de levering in het kader van de overgang van 'het toegedeelde' en spreekt de minister over het feit dat krach-

12 Voor de opvatting dat het vruchtgebruik latent aanwezig is in het eigendomsrecht, kan mede steun worden gevonden in artikel 3:8 BW waarin is vermeld dat een beperkt recht een recht is dat is afgeleid uit een meer omvattend recht (eigendom). Zie: Huijgen 2008, p. 95; Maasland 2010, p. 74. Over de latente aanwezigheid van het recht zie ook Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 174.

13 Zie ook: Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 3; Huijgen 2008, p. 95; Maasland 2010, p. 74; Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 174, 188 (althans voor de contractuele verdeling, niet voor de verdeling door de rechter). Zie anders Van Mourik 2010, p. 527.

14 Zie: Kleijn 1969, p. 12-13; Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 2, alsmede HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2781, *BNB* 2005/368, m.nt. I.J.F.A. van Vijfeijken, in welke zaak als verdeling is aangemerkt de zodanige scheiding van de nalatenschap van vader (overleden 1985) dat aan de moeder het zakelijke recht van gebruik en bewoning van het woonhuis werd toebedeeld en aan belanghebbende en diens broer ieder de onverdeelde helft van de blote eigendom. Zie ook HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4810, *NJ* 1985, 527, m.nt. W.M. Kleijn (*Vier huizen*), waarin niet zozeer een verdeling in bovenbedoelde zin wordt aangetroffen, maar een scheiding plaatsvindt van een gemeenschap van blote eigendom tussen vader en de beide dochters. Het in deze zaak aannemen van een gemeenschap van blote eigendom suggereert eveneens een latent aanwezig vruchtgebruik ten behoeve van de vader met betrekking tot het krachtens huwelijksvermogensrecht aan hem toebehorende deel van de (door het overlijden van zijn echtgenote) ontbonden algehele huwelijksgemeenschap.

Daar deze studie is beperkt tot de contractuele verdeling, laat ik beschouwingen over de ouderlijke boedelverdeling in de zin van art. 4:1167 OBW in dit verband achterwege. Zie daarvoor: Huijgen 1995b, p. 638-640; Huijgen 2008, p. 94-96.

15 Zie: TM, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 611; MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612; Kleijn & Huijgen 1992, nr. 45, p. 2. Zie ook par. 5.2 e.v.

16 Voor de toelichting zie: L.v.Vr. II Inv. en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299.

tens verdeling – ‘de vaststelling van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt’ – de ‘verdeelde goederen worden geleverd en aldus verkregen’.¹⁷ Indien een dergelijke benadering tot uitgangspunt wordt genomen voor het antwoord op de vraag wat het object van de levering ter uitvoering van de verdeling betreft, zal het gehele gemeenschapsgoed als object van levering moeten worden beschouwd.¹⁸

De vraag kan worden gesteld of de aanname dat het object van de levering ter uitvoering van de verdeling het gehele gemeenschapsgoed moet betreffen wel zo noodzakelijk is als het op grond van de wettekst en de toelichting daarop lijkt. Kan in het kader van een alternatieve benadering van de levering ter uitvoering van de verdeling van een goed wellicht worden volstaan met de levering van een aandeel in het betreffende goed in plaats van de levering van het goed als geheel?

Zoals ik eerder heb gesteld wordt de reikwijdte van het ‘verkrijgen’ in het kader van verdeling bepaald door enerzijds de reikwijdte van het begrip ‘verkrijgen’ zoals bedoeld in de eerste volzin van het wettelijke verdelingsbegrip (object: goed als geheel)¹⁹ en anderzijds door de mate waarin een deelgenoot over (zijn aandeel in) het gemeenschapsgoed kan beschikken (object: aandeel).²⁰ Indien deze criteria worden gekoppeld aan het object van verdeling respectievelijk levering, dan leidt dit tot de uitkomst dat als object van verdeling wordt aangemerkt het gehele gemeenschapsgoed en dat als object van de levering ter uitvoering van verdeling wordt aangemerkt het aandeel in het gemeenschapsgoed naar de mate waarin een deelgenoot over zijn aandeel daarin kan beschikken.

Het belang om ter uitvoering van de verdeling van een goed een aandeel in het betreffende goed te leveren kan erin zijn gelegen dat daarmee een oplossing wordt gecreëerd voor enkele eerder geconstateerde kwesties. De voor verdeling vatbare gemeenschappen dienen als breukdelengemeenschappen te worden aangemerkt.²¹ Bij dergelijke gemeenschappen brengen beginselen van goederenrecht met zich dat in beginsel verkregen wordt hetgeen men niet heeft en niet (ook) hetgeen men reeds heeft.²² Tevens kan ten gevolge van de bovenstaande benadering conversie ter opheffing van een gebrek in de uitvoering van de titel achterwege blijven, indien ‘slechts’ een aandeel wordt geleverd.²³ Daarnaast hoeft niet langer discussie te bestaan over de (on)mogelijkheid van het maken van onderscheid tussen de effectuering van een ver-

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

18 Zie ook par. 6.2 e.v. met verwijzingen.

19 Zie par. 6.2, 6.3.

20 Zie par. 6.11.

21 Zie par. 2.3.

22 Zie par. 6.2.

23 Zie par. 6.5.

deling in strikte zin en een als verdeling aan te merken rechtshandeling anders dan verdeling in strikte zin (zoals koop).²⁴

Kan er gelet op de regeling van de verdeling bezwaar bestaan tegen een dergelijke wijze van handelen? In zijn Ontwerp neemt Meijers een regeling op, die de voorloper is van het latere art. 3:186 lid 1 BW. Meijers formuleert in die fase in termen van overdracht in plaats van overgang:

‘De overdracht van het aan een ieder der deelgenoten toebedeelde dient te geschieden op de wijze als voor overdracht van goederen in het algemeen is voorgeschreven.’²⁵

Meijers motiveert deze keuze met de volgende toelichting:

‘Het derde lid van het artikel [art. 3.7.1.14 lid 3 OM, vergelijkbaar met het huidige art. 3:186 lid 1 BW, THS] breekt met de zogenaamde declaratieve kracht der scheiding.’²⁶

Op een andere plaats in zijn Toelichting merkt Meijers op dat:

‘(...) aan de deling geen declaratieve maar een zuiver obligatoire werking wordt toegekend (...).’²⁷

Slechts op een onderdeel is Meijers van mening dat een aspect dat aan de declaratieve werking doet denken blijft gehandhaafd:

‘Het enige punt, waarop in het stelsel van het ontwerp de werking van een verdeling aan een declaratieve kracht doet denken, is dat een scheiding geen verandering in de titel, krachtens welke men houdt, brengt.’²⁸

Dat op enig moment in het artikellid dat we thans kennen als art. 3:186 lid 2 BW het woord ‘overdracht’ wordt vervangen door ‘overgang’, doet de bovenstaande kwalificaties niet noodzakelijk wijzigen.²⁹

24 Zie par. 6.5.

25 Art. 3.7.1.14 lid 3 OM.

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

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

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

29 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 620. Zie: Pleysier 1983, p. 354; Van Hemel 1998, p. 294 e.v.; Van Hemel 2014, p. 109-110 over de misvatting van de noodzaak tot aanpassing op dit punt. Van Hemel 1998, p. 303-304: ‘De wijziging van het woord “overdracht” in het woord “overgang”, zo volgt uit de daarop gegeven toelichting, is dus niet een blijk van een geheel andere opvatting van de wetgever over de werking van de verdeling; zij is slechts een gevolg van een poging (...) die op een onzuivere grondslag rust, namelijk op dezelfde onzuivere hantering van het woord “titel” als die waartoe Meijers zich in zijn toelichting heeft laten verleiden.’

In dit verband is eveneens relevant de vraag gesteld door de Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer tegen het einde van het wetgevingsproces met betrekking tot de aard van de verdeling.³⁰ De bedoelde Commissie vraagt aan de minister:

‘Is de conclusie van de commissie juist dat in titel 3.7 noch voor het zogenaamde translatieve stelsel, noch voor het zogenaamde declaratoire stelsel is gekozen, doch voor een tussenfiguur in die zin dat de deelgenoot eerst verkrijgt door de leverings-handeling die op de verdeling volgt (translatief), doch dat die verkrijging krachtens de onderhavige bepaling een verkrijging is onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen voor de verdeling hielden (declaratoir).’³¹

Het antwoord van de minister luidt:

‘De conclusie van de commissie wordt geheel onderschreven. Getracht is van beide oudtijds tegenover elkaar gestelde constructies de praktische voordelen zonder de nadelen over te nemen.’³²

Voor de handhaving van de hierboven bedoelde declaratieve (declaratoire) werking is het niet noodzakelijk dat het gehele goed object van levering is ter uitvoering van de verdeling. Ter uitvoering van de verdeling – de vaststelling wat aan ieder van de deelgenoten toekomt³³ – is wel noodzakelijk dat de regeling van art. 3:186 lid 2 BW daarop van toepassing is. Met de regeling van art. 3:186 lid 2 BW wordt erin voorzien dat hetgeen een deelgenoot verkrijgt door hem wordt gehouden onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.³⁴ Zo wordt verzekerd dat levering van een aandeel in een goed leidt tot een vergelijkbaar gevolg met betrekking tot de titel waaronder de verkrijger *houdt* als de levering van het goed als geheel. Hetgeen de deelgenoot reeds heeft, houdt hij immers onder dezelfde titel als de titel waaronder hij het verkregen aandeel zal gaan houden.

De vraag kan worden gesteld of een dergelijke benadering niet een complexe casuïstiek tot gevolg heeft zoals bijvoorbeeld eerder voor het Romeinse

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

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

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

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

34 Is er sprake van een verkrijging krachtens erfrecht dan dient te worden aangenomen dat erfgenamen de nalatenschapsgoederen door erfopvolging hebben verkregen en deze goederen houden onder dezelfde titel als waaronder de erflater deze voor zijn overlijden hield. Blijkens de werking van art. 3:186 lid 2 BW worden de betreffende goederen ook na verdeling en levering onder de laatstbedoelde titel gehouden. De verkrijging krachtens verdeling – een verkrijging onder bijzondere titel – laat dat onverlet. Zie: Verstappen 1996, p. 67; Van Hemel 1998, p. 299; Van Hemel 2014, p. 110.

recht is geconstateerd?³⁵ Een dergelijke complexiteit kan worden vermeden indien de regeling van beschikkings(on)bevoegdheid over aandelen gedurende de periode van onverdeeldheid afhankelijk wordt gesteld van het resultaat na verkrijging krachtens verdeling. Het bepaalde in art. 3:177 lid 1 BW kan in dat licht worden gezien.³⁶

Gelet op het bovenstaande is het zowel wenselijk als denkbaar dat de hier als alternatief voor de levering van het gehele goed gepresenteerde wijze van effectuering van de verdeling door levering van het aandeel, tot een rechtens juiste handelwijze wordt verheven.³⁷ Hiertoe mag aan de minister in overweging worden gegeven op consequente wijze de regeling van de verdeling te doordenken en van (voorstellen tot) verbetering te voorzien. Van een dergelijke verbetering mag in elk geval de hierboven behandelde alternatieve benadering van de levering ter uitvoering van de verdeling deel uitmaken.

8.4 GEMEENSCHAP ZONDER OBJECT: SCHULDENGEMEENSCHAP

Als object van de rechtshandeling van verdeling dient te worden beschouwd het (gehele) goed dat tot de gemeenschap behoort.³⁸ Gemeenschap wordt aangenomen wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.³⁹ De situatie kan zich echter voordoen dat twee of meer personen ten aanzien van een of meer schulden gezamenlijk schuldenaar zijn *zonder* dat zij gezamenlijk tot een of meer goederen zijn gerechtigd. In een dergelijke situatie wordt wel gesproken van een 'schuldengemeen-

35 Zie: par. 2.2; Zwalve 1984, p. 93-94 (Justiniaans recht), p. 118 (NBW).

36 Art. 3:177 lid 1 BW: 'Wordt een gemeenschappelijk goed verdeeld of overgedragen, terwijl op het aandeel van een deelgenoot een beperkt recht rust, dan komt dat recht te rusten op het goed voor zover dit door die deelgenoot wordt verkregen, en wordt het goed voor het overige van dat recht bevrijd (...).' Zie ook: Zwalve 1984, p. 94-98; Van Hemel 1998, p. 140, 141. Beide bronnen verwijzen naar Simon à Groenewegen van der Made in *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* naar aanleiding van D. 20, 6, 7, 4 (Gaius). Vergelijk ook Zwalve 1984, p. 119-120 over de relevantie van de (minderheids)opvatting van Trebatius, D. 33, 2, 31 (Labeo), voor huidig recht.

37 Het feit dat de Wet op belastingen van rechtsverkeer tot uitgangspunt neemt dat hetgeen krachtens verdeling wordt verkregen, geacht wordt voor het geheel te zijn verkregen, mag mijns inziens niet aan de hier voor het civiele recht voorgestelde wijze van effectuering van de verdeling worden tegengeworpen. Bij de bepaling van hetgeen in het kader van verdeling als rechtens dient te worden beschouwd dient in beginsel enkel te worden gelet op de behoeften van het civiele recht (vergelijk MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 612). Overigens wordt voor de vaststelling van de maatstaf van heffing binnen de Wet op belastingen van rechtsverkeer de waarde van de verkrijging (in de regel) verminderd met de waarde van de deelgerechtigdheid van de verkrijger in de verdeelde goederen (art. 7 Wbr jo. art. 12 lid 1 Wbr).

38 Zie par. 6.2 e.v. en par. 7.8.

39 Art. 3:166 lid 1 BW.

schap'.⁴⁰ De 'schuldengemeenschap' lijkt een vreemde eend in de bijt van de gemeenschappen. De wettelijke omschrijving van het begrip 'gemeenschap' is immers gericht op goederen⁴¹ en niet op schulden.⁴² Daar staat tegenover dat schulden aan de gemeenschap niet vreemd zijn. Zo spreekt de wet over 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en over 'tot de gemeenschap behorende schulden'.⁴³

Indien de bepalingen van titel 3.7 BW op de schuldengemeenschap van toepassing kunnen worden verklaard kan tevens in de mogelijkheid worden voorzien de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap toe te passen.⁴⁴ Vanuit het gezichtspunt van deze studie is het daarmee ook relevant enige gedachten te wijden aan de mogelijkheid van aanvaarding en verdeling van de hier bedoelde schuldengemeenschap.

Hoewel enerzijds het wettelijke verdelingsbegrip in de formulering gericht is op de verdeling van goederen (en niet van schulden),⁴⁵ wordt anderzijds 'de toedeling van een schuld' met zoveel woorden door de wet bepaald,⁴⁶ zodat ook voor de schuldengemeenschap de mogelijkheid van toedeling van schulden aangenomen zou kunnen worden. Hierbij dient te worden bedacht dat de overgang van een schuld pas (externe) werking heeft ten opzichte van de schuldeiser indien deze, na van de overneming in kennis te zijn gesteld, daartoe zijn toestemming verleent.⁴⁷ Ook schrijft de wet na een verkregen bevel tot verdeling de medewerking van een schuldeiser voor.⁴⁸ Indien schuldenaren hoofdelijk tot een schuld zijn verbonden, zal een schuldeiser de vereiste toestemming doorgaans niet verlenen indien hij daardoor in een

40 Van Mourik 2012, nr. 3.

41 Op deze constatering is nuancerend mogelijk, denk bijvoorbeeld aan goodwill. Zie Van Mourik 2012, nr. 2, 3.

42 Wel spreekt de wet van 'voor rekening van de gemeenschap komende schulden' en van 'tot de gemeenschap behorende schulden'. Zie bijvoorbeeld: art. 3:174 BW, art. 3:178 lid 2 BW, art. 3:179 lid 1 BW en art. 3:182 BW in verband met voor rekening van de gemeenschap komende schulden en art. 3:192 BW in verband met tot de gemeenschap behorende schulden. Voor het belang van het onderscheid zie: Asser/Perrick 3-V 2015, nr. 11; Van Mourik & Schols 2015, nr. 33, 35; Perrick 2012, p. 649-650; *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 608.

43 Ibidem.

44 Zie ook Van Mourik 2012, nr. 3.

45 Zie art. 3:182 BW.

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

47 Art. 6:155 BW.

48 Art. 3:180 lid 2 BW. Op grond van dit artikellid wordt een schuldeiser in staat gesteld zijn belangen zoveel mogelijk veilig te stellen. Een verdeling waaraan niet alle deelgenoten en alle andere personen wier medewerking vereist is (zoals de bedoelde schuldeiser) hebben deelgenomen, is op grond van het bepaalde in art. 3:195 lid 1 BW in beginsel nietig. Zie ook: *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 628, 632; Perrick 1986, nr. 25; Van Mourik & Schols 2015, nr. 54, 74.

slechtere positie komt te verkeren. Dit laat echter onverlet dat schuldenaren een enkel intern werkende draagplichtregeling kunnen overeenkomen.

Uit recente publicaties blijkt dat er in de praktijk onder omstandigheden behoefte bestaat aan een regeling van de draagplicht voor de onderwaarde van de eigen woning.⁴⁹ Zo wordt wel met een beroep op rechtseconomische beginselen betoogd dat indien bij het einde van de affectieve relatie een van de partners het huis verlaat en de ander achterblijft, de vertrekkende partner niet zou moeten worden aangeslagen voor het gehele aandeel in de restschuld indien op het moment van het vertrek de woning niet wordt verkocht (de restschuld wordt niet als 'verlies' gerealiseerd).⁵⁰ Bij een dergelijke vaststelling kan in aanmerking worden genomen de mate waarin degene die achterblijft, kan profiteren van het aantrekken van de woningmarkt met als gevolg dat die betreffende persoon op termijn minder last heeft van de restschuld die op de woning rust, omdat de onderwaarde door de waardeestijging afneemt.⁵¹ Eveneens kan worden meegewogen de mate waarin de betreffende woning tussen de beide partners al dan niet gemeenschappelijk was.⁵² Het meewegen van dergelijke factoren kan leiden tot een draagplichtregeling

49 Dijkman 2018, p. 30-34. Zie ook B.E. Reinhartz in haar noot onder Hof Den Haag 12 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1174, *JPF* 2017, 100.

50 B.E. Reinhartz, t.a.p., onder verwijzing naar A.A.M. Dijkman, 'Draagplicht voor de onderwaarde van de echtelijke woning; Een juridische en economische analyse van artikel 1:100 lid 1 BW betreffende de draagplicht voor schulden bij echtscheiding' (masterscriptie). Zie ook Dijkman 2018, p. 34.

51 Dijkman 2018, p. 33-34; B.E. Reinhartz, t.a.p.

52 Stel M en V hebben ongehuwd samengewoond in een woning die eigendom is van M. Voor de financiering van de woning is een hypothecaire lening afgesloten waarbij M en V als schuldenaren zijn aangemerkt. Thans is de woning verkocht maar de verkoopopbrengst is onvoldoende om de hypotheekschuld volledig te voldoen. In geschil is in hoeverre M en V draagplichtig zijn voor al hetgeen partijen uit hoofde van de bedoelde lening aan de bank zijn verschuldigd. Rechtbank Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4320 neemt aan, zich mede baserend op Hof 's-Gravenhage 12 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC2040, dat nu V heeft zich verbonden aan een schuld terwijl zij geen (mede)-eigenaar was van de woning waarvoor de schuld is aangegaan en V aflost op een schuld van een ander, de restschuld een schuld is die alleen M aangaat. Zie anders: Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1608 waarin door het hof werd aangenomen dat er voor de voormalige partners een draagplicht voor gelijke delen bestaat. Het hof baseert zich hier mede op het feit dat blijkens art. 6:10 BW hoofdelijke schuldenaren, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem of haar in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht zijn in de schuld en in de kosten bij te dragen. Omtrent de vaststelling van de mate waarin het deel van de schuld een bepaalde schuldenaar aangaat, geeft de wet geen criteria. Uit TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 108 blijkt dat onder meer een rol spelen (niet limitatief): de aanwezigheid van een uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst omtrent de bijdrageplicht; de onderlinge rechtsverhouding op grond waarvan men zich heeft verbonden; de vraag in hoeverre de tegenwaarde van de schuld ieder der schuldenaren ten goede is gekomen indien de schuld om baat is aangegaan. Indien geen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn dat wordt in beginsel ervan uitgegaan dat er een draagplicht bestaat voor gelijke delen. Zie ook Van Boom 2016, nr. 5.4.

‘op maat’.⁵³ Dit geldt zowel in de situatie dat er naast een of meer gezamenlijke schulden gemeenschappelijke goederen zijn, maar ook indien er enkel gezamenlijke schulden zijn.

Indien de schuldenaren zijn verbonden voor bepaalde (al dan niet gelijke) delen – denk bijvoorbeeld aan een verbondenheid voor deelbare prestaties ingevolge erfopvolging⁵⁴ – kan eveneens een belang worden aangewezen om voor verdeling geschreven regels toe te passen op de afwikkeling van de hier bedoelde schuldengemeenschap, zoals het recht om te komen tot een ‘integrale’ afwikkeling van schulden (art. 3:179 BW).⁵⁵ Mijns inziens hoeft in het laatstbedoelde geval geen strijd te worden aangenomen met de splitsing van (deelbare) schulden van rechtswege op grond van art. 4:182 lid 2 BW.⁵⁶ Op grond van art. 3:179 lid 1 BW staat de mogelijkheid open ook ex art. 4:182 lid 2 BW ‘verdeelde’ schulden in de verdeling te betrekken. Als de werking van art. 4:182 lid 2 BW niet in de weg staat aan het bij verdeling overeenkomen van een ‘toedeling’ van schulden in het kader van een draagplichtregeling indien ook gemeenschapsgoed aanwezig is, lijkt het mij verdedigbaar dat dit evenmin het geval is in verband met het overeenkomen van een draagplichtregeling van schulden in het geval de ‘gemeenschap’ geen goederen (meer) bevat maar enkel sprake is van tot de voor rekening van de gemeenschap komende schulden.⁵⁷

53 Daarbij kan onder handhaving van de *relatieve* draagplicht ook langs andere weg de draagplicht in *absolute* zin worden verminderd. In Hof Den Haag 12 april 2017, *JPF* 2017, 100 m.nt. B.E. Reinhartz overweegt het hof (r.o. 35, 36) dat de vrouw voor de helft draagplichtig is, maar dat de door de vrouw aan de man te vergoeden helft van de onderwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gewaardeerd op 65 procent van dat bedrag.

54 Ik ga ervan uit dat geen aanvaarding van de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving heeft plaatsgevonden (art. 4:190 e.v. BW). Ten gevolge van de aanvaarding van de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving is een erfgenaam in beginsel niet verplicht een schuld van de nalatenschap ten laste van zijn overig vermogen te voldoen. Zie ook Asser/Perrick 4 2017, nr. 530.

55 Vergelijk Van Mourik 2012, nr. 3.

56 Vergelijk Zwalve 2006, p. 1 e.v.

57 Denk aan de situatie waarin een aanvankelijke ‘positieve’ nalatenschap door erfgenamen zuiver is aanvaard. Door het intreden van een crisis wordt de nalatenschap ‘negatief’ doordat de waarde van de tot de nalatenschap behorende woning daalt tot onder het niveau van de uitstaande bankschuld ter financiering daarvan. Indien alle activa worden geliquideerd ter voldoening van de schulden, kunnen uiteindelijk nog schulden resteren (bijv. aan de bank, nutsbedrijven, online winkels). Alle erfgenamen zijn in beginsel ter grootte van hun erfdeel gehouden tot voldoening van hun aandeel in de schulden. De erfgenamen (een of meer van hen) kunnen behoefte hebben aan een integrale regeling omtrent het dragen van de schulden. Daarbij zouden bijvoorbeeld enkele van de erfgenamen op billijkheidsgronden (laag inkomen, onvermogen) door een of enkele andere erfgenamen kunnen worden ontzien. Een dergelijke regeling heeft in beginsel interne werking. Denkbaar is echter dat crediteuren met een dergelijke regeling kunnen instemmen (art. 3:179 lid 3 BW jo. art. 6:155 e.v. BW), in welk geval aan een dergelijke regeling externe werking toekomt.

Gelet op het bovenstaande zal ik in deze paragraaf een doordenking geven van de mogelijkheid de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap te aanvaarden en de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap van toepassing te doen zijn. Ik begin daartoe met een beschouwing over de vraag of de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap kan worden aanvaard.

Hoewel botsing met de omschrijving van het begrip 'gemeenschap' moeilijk te vermijden is, kunnen er argumenten worden aangedragen op basis waarvan de acceptatie van de vorenbedoelde schuldengemeenschap als 'gemeenschap' – mede in het licht van het bepaalde in art. 3:166 lid 1 BW – kan worden vergemakkelijkt.⁵⁸ Voor de uitwerking hiervan begin ik met een korte beschouwing over een denkkader ontleend aan de verzamelingenleer in de wiskunde. Hoewel de eigen aard van het recht in de weg staat aan de onverkorte toepassing daarbinnen van een dergelijk leerstuk, kan naar aanleiding daarvan niettemin een perspectief worden geboden voor de doordenking van het begrip 'gemeenschap' met betrekking tot de 'gemeenschap zonder object' ofwel de 'lege gemeenschap'.

Een van de fundamentele leerstukken in de wiskunde is het leerstuk dat betrekking heeft op verzamelingen.⁵⁹ Kort gezegd is een verzameling een geheel van objecten, ook wel elementen genaamd.⁶⁰ Zo is er sprake van een verzameling indien tot een collectie een of meer elementen behoren. Een verzameling kan echter ook worden aangenomen indien dergelijke elementen ontbreken; er is dan sprake van een lege verzameling.⁶¹ Ik geef een voorbeeld:

Van een veelkleurige verzameling knikkers moeten de knikkers worden gerangschikt op kleur. Voor deze rangschikking dienen de knikkers te worden gedeponeerd in bakjes met dezelfde kleur als die van de knikkers. Deze bakjes vormen op zichzelf een nieuwe verzameling. Indien het bakje met de kleur geel leeg blijft

58 Vergelijk Van Mourik 2012, nr. 3. Van Mourik verdedigt dat de gemeenschap van schulden bestaanbaar is zonder in strijd te komen met de systematiek van het Burgerlijk Wetboek. Hij is van opvatting dat het terminologische spanningsveld als hierboven bedoeld, niet optreedt door aan te nemen dat de tekst van art. 3:166 lid 1 BW ruimte laat voor andere gedachten. Van Mourik (t.a.p.): 'In dat kader denk ik thans aan schulden'. Met Van Mourik ben ik van mening dat de schuldengemeenschap als gemeenschap bestaanbaar is. Voor een onderbouwing daarvan zal ik hier enige eigen gedachten ontvouwen.

59 Struik 1965, p. 204-205. Struik wijst in het bijzonder op de theorie van de oneindige verzamelingen van Cantor in verband met de ontsluiting van de verzamelingenleer ('Mengenlehre'). Zie daarover ook: Dauben 1990, p. 169 e.v.

60 Cantor 1895, p. 481: 'Unter einer 'Menge' verstehen wir jede Zusammenfassung M von bestimmten wohlunterschiedenen Objecten m unsrer Anschauung oder unseres Denkens (welche die 'Elemente' von M genannt werden) zu einem Ganzen [cursivering in origineel, THS].'

61 Reid 1965, p. 17; Jech 2003, p. 8.

omdat er geen gele knikkers zijn, geldt met betrekking tot de knikkers van die kleur dat er sprake is van een lege verzameling.⁶²

Indien we op zoek gaan naar het juridische equivalent van de lege verzameling dan moeten we constateren dat in het geheel van de juridische gemeenschappen een soortgelijke verschijningsvorm ontbreekt. Een dergelijke gemeenschap leidt uitgaande van art. 3:166 lid 1 BW tot een *contradictio in terminis*; een gemeenschap dient overeenkomstig dit artikellid noodzakelijk een of meer goederen te bevatten en kan derhalve niet leeg zijn. Toch kan aan de hand van het concept van de lege verzameling een denkkader worden geboden dat als alternatief kan dienen voor de opvatting dat een lege gemeenschap gelijk staat aan een non-existente gemeenschap. Het begrip 'leeg' kan namelijk op verschillende manieren worden begrepen. We wenden ons tot de getaltheorie.

Binnen de getaltheorie neemt het getal 'nul' een bijzondere plaats in. Historisch gezien wordt nul aanvankelijk niet als getal beschouwd; 'nul' staat gelijk aan 'niets'.⁶³ In de loop van tijd ontwikkelt nul zich echter tot een getal.⁶⁴ Nul evolueert daarmee kort gezegd van 'niets' naar 'minder dan iets, maar meer dan niets'. In fundamentele zin heeft deze ontwikkeling tot consequentie dat nul als getalswaarde 'bestaat'. Uitgaande van nul als getalswaarde kan nu ook het verschil worden overbrugd tussen non-existentie en existentie. In termen van een lege gemeenschap komt dat neer op het verschil tussen een non-existente en een existente gemeenschap. In het eerste geval is er geen object en derhalve geen gemeenschap, in het tweede geval is er wel een gemeenschap, hoewel geen object.

Het concept van de lege verzameling biedt als denkkader mogelijkheden voor toepassing in het gemeenschapsrecht. De toepassing van een dergelijk wiskundig concept in het gemeenschapsrecht vraagt echter om een aanpassing van het bedoelde concept, waarbij tevens een kader voor toepassing daarvan dient te worden geformuleerd.

Stel dat we het concept van de lege verzameling ten behoeve van het recht transformeren tot het concept van de lege gemeenschap. In hoeverre kan het concept van de lege gemeenschap functioneren in het gemeenschapsrecht? Ik geef hieronder enige gedachten weer.

Het heeft mijns inziens geen goede zin aan te nemen dat in alle gevallen waarin tussen twee of meer personen géén gemeenschappelijke gerechtigdheid tot enig goed bestaat, niettemin sprake is van een tussen hen bestaande (lege) gemeenschap. Wel is het denkbaar dat het concept van de lege gemeenschap dienst kan doen zonder dat op enig moment tussen personen een gemeenschappelijke gerechtigdheid tot goederen heeft bestaan, maar er wel sprake

62 Naar een voorbeeld van H. Sikkema, oud-docent wiskunde en vader van de auteur, tijdens een gesprek over wiskundige verzamelingen.

63 Reid 1965, p. 7 e.v.; Hogendijk 1990, p. 11.

64 Reid 1965, p. 7 e.v.; Hogendijk 1990, p. 11.

is van gezamenlijke schulden. Eveneens is denkbaar dat het concept van de lege gemeenschap wordt aanvaard voor de situatie waarin op basis van een in het verleden bestaand hebbende gemeenschap – waarbij er zowel sprake was van tot de gemeenschap behorende goederen als voor rekening van de gemeenschap komende schulden – er thans nog een rechtsverhouding tussen de ‘deelgenoten’ resteert, bestaande in een gezamenlijk schuldenaarschap ten aanzien van de bedoelde schulden.⁶⁵

Voor het functioneren van het concept van de lege gemeenschap zou derhalve als voorwaarde kunnen gelden dat er geen sprake (meer) is van tot de gemeenschap behorende goederen, maar wel sprake is van gezamenlijke schulden als in een schuldengemeenschap zoals hierboven bedoeld. Daarmee komt aan de lege gemeenschap niet zozeer een zelfstandig bestaansrecht toe, maar aan het concept van de lege gemeenschap – als denkkader – des te meer. Door de aanvaarding van het bovenbedoelde concept kan de schuldengemeenschap van ‘existentie’ worden voorzien.

Nu door de aanvaarding van het concept van de lege gemeenschap de schuldengemeenschap van ‘existentie’ kan worden voorzien, kan de vraag worden gesteld hoe bij een lege gemeenschap de rol van de deelgenoten moet worden gezien. Daar de schuldengemeenschap zoals hiervoor bedoeld geen goederen bevat en derhalve als lege gemeenschap moet worden beschouwd, zouden de gezamenlijke schuldenaren als gerechtigden tot de goederen van de gemeenschap zonder object kunnen worden beschouwd en daarmee als deelgenoten in de lege gemeenschap.

De mogelijkheid om aan de schuldengemeenschap ‘existentie’ te verlenen werkt eveneens door in het kader van de afwikkeling van een dergelijke gemeenschap met behulp van de rechtshandeling van verdeling. Daar enerzijds het wettelijke verdelingsbegrip gericht is op de verdeling van goederen (en niet van schulden),⁶⁶ maar anderzijds ‘de toedeling van een schuld’ met zoveel woorden door de wet wordt bepaald,⁶⁷ vergemakkelijkt het bedoelde concept de mogelijkheid de rechtsfiguur van verdeling te betrekken op een gemeenschap van (enkel) schulden zoals hier bedoeld.

In hoofdstuk 5 heb ik reeds geconcludeerd dat als maatstaf voor verdeling heeft te gelden het – na verdeling en levering – optreden van een verminderde

65 Gebruikelijk zal in gevallen waarin zowel sprake is van tot de gemeenschap behorende goederen als voor rekening van de gemeenschap komende schulden, op grond van het bepaalde in art. 3:178 jo. 3:179 BW een ‘integrale afwikkeling’ van goederen en schulden plaatsvinden. Op grond van laatstbedoelde bepalingen kan in beginsel ieder van de deelgenoten verdeling van een gemeenschapsgoed vorderen en verlangen dat alle tot de gemeenschap behorende goederen en de voor rekening van de gemeenschap komende schulden in de verdeling worden begrepen.

66 Zie art. 3:182 BW.

67 In art. 3:179 lid 3 BW wordt gesproken van ‘de toedeling van een schuld’. Gebruikelijk worden geen schulden ‘verdeeld’, maar wordt in het kader van een verdeling van goederen tevens bepaald welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen (in termen van draagplicht).

mate van onverdeeldheid ten gevolge van de vermindering van het aantal tot ten minste een goed van de gemeenschap gerechtigde deelgenoten.⁶⁸ Deze verminderde mate van onverdeeldheid dient op te treden krachtens een daartoe strekkend handelen tussen deelgenoten (als deelgenoten)⁶⁹ waaraan alle deelgenoten medewerken.⁷⁰

De vraag kan worden gesteld op welke wijze – uitgaande van het voor verkrijging krachtens verdeling vereiste rechtsgevolg – verdeling van een *schuldengemeenschap* kan plaatsvinden. Voorop moet worden gesteld dat aan het concept van de lege gemeenschap eveneens goede zin toekomt in het kader van de afwikkeling van de schuldengemeenschap met behulp van de rechtshandeling van verdeling. Nu een lege gemeenschap naar zijn aard geen object kan bevatten, maar overeenkomstig het concept van de lege gemeenschap de gezamenlijke schuldenaren wel als deelgenoten van de lege gemeenschap kunnen worden beschouwd, zou mijns inziens voor een dergelijke gemeenschap als maatstaf voor toedeling⁷¹ kunnen worden aangenomen het optreden van een verminderde mate van onverdeeldheid ten gevolge van de vermindering van het aantal tot de (lege) gemeenschap gerechtigde deelgenoten.⁷² Aangezien de deelgenoten in de lege gemeenschap hun deelgenootschap ontleen aan de toepassing van het concept van de lege gemeenschap op de tussen hen bestaande rechtsverhouding op grond waarvan een ‘gemeenschap van schulden’ wordt aangenomen, zal een vermindering van het aantal tot de lege gemeenschap gerechtigde deelgenoten dienen te worden bereikt via de toedeling van schulden.⁷³ Ten gevolge hiervan zal de vorenbedoelde rechtsverhouding in die zin dienen te wijzigen dat een vermindering van de mate van gezamenlijk schuldenaarschap optreedt. Ik zou voor de invulling van dit criterium willen aansluiten bij hetgeen waar het in het kader van toedeling van schulden primair om gaat: de regeling van de draagplicht.⁷⁴ Overigens

68 Zie par. 5.6.

69 Zie par. 7.3 en 7.4.

70 Zie par. 5.6.

71 Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat ‘verdeling’ en ‘toedeling’ op een lijn kunnen worden gesteld en dat met beide begrippen niet bedoeld is ‘levering’. Zie *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv.)*, p. 1299. Dat een dergelijk onderscheid door de wetgever niet steeds consequent is doorgevoerd (vergelijk bijv. art. 3:187 lid 1 BW), kan hieraan niet afdoen.

72 Ik wil benadrukken dat deze maatstaf uitsluitend is geformuleerd met betrekking tot de lege gemeenschap, zoals hierboven bedoeld. Daarmee kan een dergelijke maatstaf geen toepassing vinden in het kader van de verdeling van enige gemeenschap van (een of meer) goederen, daargelaten of in dat verband tevens sprake is van voor rekening van de gemeenschap komende schulden.

73 Zie art. 3:179 lid 3 BW: ‘toedeling van een schuld’. Zoals eerder aangegeven wordt hiermee bedoeld het in het kader van een verdeling vaststellen welke deelgenoten welke schulden in welke mate voor hun rekening nemen.

74 Vergelijk Perrick 2012, p. 649.

wordt op de toedeling van een schuld ingevolge art. 3:179 lid 3 BW afdeling 6.2.3 BW ('schuld- en contractsovername') van toepassing verklaard.⁷⁵

Ik kom tot een afronding. In deze paragraaf heb ik mij ten doel gesteld een doordenking te geven van de mogelijkheid de 'schuldengemeenschap' rechtens als gemeenschap te aanvaarden en de rechtshandeling van verdeling op een dergelijke gemeenschap van toepassing te doen zijn.

Het begrip 'gemeenschap' is blijkens de omschrijving van art. 3:166 lid 1 BW gericht op goederen en niet op schulden. Op grond van deze omschrijving kan bezwaar worden aangevoerd tegen het hanteren van de term 'schuldengemeenschap'. Het belang om te kunnen spreken van een schuldengemeenschap is erin gelegen dat voor de situatie dat twee of meer personen gezamenlijk schuldenaar zijn zonder dat zij gezamenlijk tot een of meer goederen zijn gerechtigd het rechtens verdedigbaar is op een dergelijk verband de voor de gemeenschap geschreven bepalingen (titel 3.7 BW) van toepassing te doen zijn. Om deze reden heb ik getracht een alternatieve benadering te vinden voor de doordenking van deze met de term 'schuldengemeenschap' samenhangende problematiek. Hiertoe heb ik het concept van de lege gemeenschap geïntroduceerd dat kan functioneren als denkkader waarbinnen bestaansrecht kan worden toegekend aan de rechtsfiguur van de gemeenschap van schulden in de hierboven bedoelde zin.

Het concept van de lege gemeenschap maakt het tevens mogelijk de rechtsfiguur van verdeling te betrekken op een dergelijke gemeenschap; door de terminologische 'ontspanning' kan ten behoeve van de afwikkeling van een schuldengemeenschap de toedeling van enkel schulden worden aanvaard. Ten gevolge van het betrekken van de rechtsfiguur van verdeling op de schuldengemeenschap dient evenwel bij de vaststelling van de voor verkrijging krachtens verdeling vereiste maatstaf gedifferentieerd te worden tussen de maatstaf voor verdeling van goederen en de maatstaf voor toedeling van schulden. Hiertoe heb ik na vaststelling van de maatstaf voor verdeling van goederen deze maatstaf gemodificeerd ten behoeve van de toedeling van schulden in het kader van een schuldengemeenschap. In het kader van de verdeling van een schuldengemeenschap zal krachtens de toedeling van schulden een vermindering van het aantal tot de lege gemeenschap gerechtigde deelgenoten dienen te worden bereikt, in verband waarmee de rechtsverhouding tussen de deelgenoten in die zin dient te wijzigen dat een vermindering van de mate van gezamenlijk schuldenaarschap optreedt (in termen van draagplicht).

Aldus kan – uitgaande van de wettelijke omschrijvingen van gemeenschap en verdeling – met het concept van de lege gemeenschap en een maatstaf voor

75 Blijkens deze afdeling is voor de overgang van de schuldenaarspositie kennisgeving aan en toestemming van de schuldeiser nodig (art. 6:155 BW). Zonder een dergelijke kennisgeving/toestemming heeft toedeling van een schuld in beginsel (slechts) interne werking. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 301; Van Mourik 2012, nr. 3; Perrick 2012, p. 649.

toedeling van schulden een kader worden geboden voor zowel de aanvaarding als de verdeling van de schuldengemeenschap.