



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Doel en effect van civielrechtelijke sancties

Hoogervorst, E.M.; Houben, I.S.J.; Memelink, P.; Reurich, L.;
Verburg, G.J.M.

Citation

Hoogervorst, E. M., Houben, I. S. J., Memelink, P., Reurich, L., &
Verburg, G. J. M. (2003). *Doel en effect van civielrechtelijke
sancties* (Vol. 19). Kluwer. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/36799>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36799>

Note: To cite this publication please use the final published
version (if applicable).

Gemeenschap

BW-krant jaarboek 18

Redactie

I. Brand

E.M. Hoogervorst

I.S.J. Houben

P. Memelink

L. Reurich

G.J.M. Verburg

Kluwer - Deventer

2002

ISBN 90-268-4061-6

NUR 822-203

© 2002 mr. C.G. Breedveld-De Voogd, Prof. mr. F.W. Grosheide, mr. J.F.M. Janssen, mr. T.J. Mellema-Kranenburg, mr. A.J.H. Pleysier, mr. H.D. Ploeger, Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Prof. mr. B.E. Reinhartz.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Het BW-krant jaarboek 18 heeft als thema: gemeenschap. In de woorden van art. 3:166 BW, het verschijnsel dat ‘een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk’. Onder deze eenvormige definitie gaat een veelheid van gemeenschapsvormen schuil. Een gezamenlijk vakantiehuisje of een gemeenschappelijk effectendepot, een kwaliteitsrekening of een coauteurschap: het vindt alles een regeling in titel 3.7 BW. Daarnaast kent de wet bijzondere regelingen voor een aantal specifieke gemeenschappen. Gedacht kan worden aan de huwelijksgoederengemeenschap, de gemeenschap van appartementseigenaren, de nalatenschap en de maatschap. Dat het hier om een complex verschijnsel gaat, hangt niet alleen samen met haar veelvormigheid maar ook met het karakter van deze rechtsfiguur. Staat in het goederenrecht normaal gesproken de verhouding van ‘mens tot goed’ centraal, de gezamenlijkheid die een gemeenschap kenmerkt maakt ook de verhouding van deelgenoten tot *elkaar* relevant. Aldus kan eenvoudig een complexe mengeling van goederenrechtelijke en obligatoire verhoudingen ontstaan.

Dit jaarboek beoogt enkele facetten van de gemeenschap nader te belichten. Er is gekozen voor een aantal algemene thema's zoals het ontstaan van een gemeenschap en het leggen van beslag op een aandeel in de gemeenschap. Daarnaast passeert een aantal specifieke gemeenschapsvormen de revue zoals het coauteurschap, de verhouding tussen appartementseigenaren, de vennootschap, de huwelijksgemeenschap en de gemeenschap in het (nieuwe) erfrecht. Bij deze specifieke gemeenschappen zal telkens de relatie met de algemene regeling in Boek 3 aan de orde komen.

De bijdrage van Janssen geeft een overzicht van diverse vormen van gemeenschappen en gaat in op de obligatoire verhouding tussen de deelgenoten. Breedveld-de Voogd bespreekt de mogelijkheden tot het leggen van beslag op een aandeel in de gemeenschap. Grosheide onderzoekt de betekenis van de gemeenschap voor het coauteurschap. De bijdrage van Ploeger handelt over appartementsrechten, mandeligheid en de vereniging van deelgenoten. Raaijmakers beziet de vennootschap in relatie tot rechtspersonen. De bijdrage van Reinhartz heeft de huwelijksgemeenschap tot voorwerp van onder-

zoek, in het bijzonder kwesties rond de beschikkingsbevoegdheid van echtgenoten en de positie van derden. Twee bijdragen hebben betrekking op het nieuwe erfrecht. Mellema onderzoekt de vraag in hoeverre het uitoefenen van wilsrechten tot een gemeenschap kan leiden. Pleysier vergelijkt de wettelijke verdeling van de nalatenschap naar het nieuwe erfrecht met de 'gewone' verdeling van een gemeenschap krachtens de regels van Boek 3.

De redactie neemt afscheid van Isabella Brand. Zij heeft meegewerkt aan de jaarboeken 16-18. De redactie zal haar inzet en opborrelende ideeën missen. De redactie verwelkomt Pauline Memelink en Robert Verburg als nieuwe redacteurs.

Leiden, juli 2002

De redactie

Inhoud

Gemeenschap en haar ontstaan <i>J.F.M. Janssen</i>	9
Beslag ter verzekering en verhaal van een privé-vordering op een deelgenoot <i>C.G. Breedveld-de Voogd</i>	31
Coauteurschap en gemeenschap <i>F.W. Grosheide</i>	47
Collectief beheer van vastgoed. Over appartements- rechten, mandeligheid en de vereniging van deelgenoten <i>H.D. Ploeger</i>	59
Gemeenschap, vennootschap en rechtspersoon in het Nieuw BW <i>M.J.G.C. Raaijmakers</i>	75
Echtgenoten en hun gemeenschappelijke goederen <i>B.E. Reinhartz</i>	91
In hoeverre kan het uitoefenen van wilsrechten in het nieuwe erfrecht leiden tot een gemeenschap? <i>T.J. Mellema-Kranenburg</i>	109
De wettelijke verdeling van de nalatenschap naar komend erfrecht op enige punten vergeleken met de 'gewone' verdeling en de ouderlijke boedelverdeling <i>A.J.H. Pleysier</i>	121

Gemeenschap en haar ontstaan

*J.F.M. Janssen**

1. KARAKTERISTIEKEN VAN GEMEENSCHAP

Gaat in het contractenrecht de betrekkelijke eenvoud verloren doordat bij een overeenkomst meer dan de gebruikelijke twee partijen zijn betrokken, in het goederenrecht geeft de aanwezigheid van meer dan één titularis soortgelijke problemen. Wat art. 6:279 BW is voor het contractenrecht, is art. 3:166 BW voor het goederenrecht. Dit artikel bepaalt in zijn eerste lid: ‘gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.’

Opvallend is zowel het eerste als het laatste woord van deze bepaling. Het eerste, omdat hieraan geen – onbepaald – lidwoord voorafgaat. Wellicht moet de verklaring hiervoor worden gezocht in het feit dat de wetgever wil voorkomen dat uit het onbepaalde lidwoord mogelijk onjuiste conclusies worden getrokken omtrent het aantal gemeenschappen dat zou bestaan. Wanneer een gemeenschap tien goederen omvat wil dit niet op voorhand zeggen dat er één gemeenschap is van tien goederen, het omgekeerde geldt evenmin; er bestaan niet per definitie tien gemeenschappen van telkens één goed. Welk van beide situaties – maar dan als uitersten gezien omdat allerlei tussenvarianten mogelijk zijn – aan de orde is, wordt bepaald door (de aard van) de rechtsverhouding der deelgenoten. Aan dit thema wordt elders in dit boek aandacht besteed.

Het laatste woord van het eerste lid van art. 3:166 BW is daarentegen cruciaal, want laat dit weg en Boek 3, titel 7 BW zou onbruikbaar worden, omdat dan ook een gemeenschap zou bestaan tussen de hoofd- en beperkt gerechtigde met betrekking tot hetzelfde goed. *Gezamenlijk* immers bezitten zij alle goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van het object van hun recht, niettemin ontbreekt een gemeenschap, omdat zowel het hoofdrecht, als het beperkte recht slechts één titularis heeft. Zouden beide ten minste

* Mr. J.F.M. Janssen is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden.

twee titularissen hebben, dan zouden er twee gemeenschappen zijn geweest.

Verder blijkt uit lid 1 dat een gemeenschap alleen denkbaar is ten aanzien van een *goed*. Dit begrip is gedefinieerd in art. 3:1 BW: 'goederen zijn zaken en andere vermogensrechten.' Slechts subjectieve rechten, derhalve activa, kunnen deel uitmaken van een gemeenschap. Schulden, passiva, kunnen in de zin van art. 3:166 BW geen gemeenschap vormen. In dit opzicht is de titel Gemeenschap niet uniek. Ondanks de ogenschijnlijk anders suggererende tekst van art. 1:94 BW is de situatie daar niet anders. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat de (huwelijks)gemeenschap, wat haar baten betreft, alle tegenwoordige en toekomstige goederen omvat. Wat haar lasten betreft, aldus lid 2, omvat zij alle schulden van ieder der echtgenoten. Valt een goed in de gemeenschap, dan zijn de echtelieden *gezamenlijk* rechthebbende van het desbetreffende goed. Valt een schuld in de gemeenschap dan kan men *niet* zeggen dat *beide* echtelieden debiteur zijn. Dit blijkt glashelder uit art. 1:102 BW: na de ontbinding van het huwelijk *wordt* de echtgenoot voor gemeenschapsschulden waarvoor hij tijdens het huwelijk niet aansprakelijk was, voor de helft aansprakelijk.

Het geval dat twee of meer personen voor dezelfde schuld door een schuldeiser kunnen worden aangesproken wordt in ons recht niet behandeld als een geval van gemeenschap. Dit blijkt ook uit de opzet van Boek 6, eerste titel, tweede afdeling, handelend over de pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke aansprakelijkheid. Is de schuld deelbaar dan zijn er even zovele *zelfstandige* vorderingsrechten als er schuldenaren zijn. Is de prestatie ondeelbaar of zijn schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk, dan zijn ze hoofdelijk verbonden. Met de betaling door de één gaat in de externe verhouding de vordering door betaling teniet, zie art. 6:7 lid 2 BW. Wat overblijft is in de interne verhouding een recht van regres, indien in de interne verhouding de schuld degene die heeft betaald in het geheel niet aangaat, dan wel voor een lager bedrag dan waarvoor hij heeft betaald. Bij de hoofdelijkheid gaat de wet in beginsel uit van lotsverbondenheid. Bij deelbaarheid ontbreekt die.

Net als bij de huwelijksgemeenschap kunnen schulden echter wel deel uitmaken van een gemeenschap in die zin dat, ook al is niet iedere deelgenoot voor deze schulden aansprakelijk, toch verhaal kan

worden genomen op de goederen van de gemeenschap, zie art. 3:192 BW versus 1:95 BW.

2. HET ONTSTAAN VAN GEMEENSCHAP

2.1 INLEIDING

Gemeenschappen zijn er in alle soorten en maten. Er zijn eenvoudige en bijzondere gemeenschappen. Eenvoudig zijn de gemeenschappen waarbij de enige band tussen deelgenoten wordt gevormd door het feit dat zij gezamenlijk rechthebbenden zijn van een goed. Dit geval is in het recht een witte raaf, maar een glazuiver voorbeeld hiervan vormt mijns inziens het hierna te bespreken Nieuwe Matex-arrest. Ook kan worden genoemd de belegger die op grond van de Wet Giraal Effectenverkeer deelgenoot is in het gemeenschappelijk effectendepot.

Veruit de meeste gemeenschappen zijn echter bijzonder, omdat er tussen de deelgenoten, afgezien van de gemeenschap nog een andere band bestaat, vergelijk de niet limitatieve opsomming in art. 3:189 BW om een indruk te krijgen.

Sommige gemeenschappen zijn supergebonden, omdat de deelgenoten erin opgesloten blijven zolang ze de tussen hen bestaande – doorgaans obligatoire – rechtsbetrekking niet verbreken (huwelijk, geregistreerd partnerschap, samenlevingscontract, maatschap, vennootschap onder firma, rederij).

Er bestaan actieve gemeenschappen en verdelingsgemeenschappen. In tegenstelling tot de eerste zijn laatstgenoemde gedoemd te worden geëlimineerd.

Gemeenschappen kunnen ontstaan door rechtshandeling (overdracht, mandeligheid, overeengekomen actieve hoofdelijkheid, splitsing van een gebouw in appartementsrechten), feitelijke handelingen (zaaksvorming, vermenging), of van rechtswege (huwelijks-gemeenschap, nalatenschap met meer dan één erfgenaam). Uit de genoemde voorbeelden blijkt al dat gemeenschappen onder algemene titel én onder bijzondere titel kunnen ontstaan.

Soms is het aantal deelgenoten op voorhand gelimiteerd (huwelijks-gemeenschap, geregistreerd partnerschap). Soms zijn de andere deelgenoten volslagen onbekenden van elkaar (giraal effectendepot,

medegerechtigden in de inhoud van een opslagtank of depot). Dit heeft consequenties voor onder andere de beschikking over het onverdeelde aandeel en voor de verdeling.

Een enkele keer bestaat de gemeenschap uit slechts één goed. Zo is bij de rederij het zeeschip het enige bestanddeel van de gemeenschap. Ander voorbeeld: deelgenoten schaffen een auto aan voor gemeenschappelijk gebruik om op die manier de kosten te delen.

Hierna wordt een aantal bijzondere situaties besproken, waarin de vraag aan de orde is of er überhaupt een gemeenschap is (ontstaan). In 2.2 wordt de zaaksvervangings besproken. Deze figuur wordt ten onrechte gezien als oorzaak voor het ontstaan van een gemeenschap. Vervolgens komen in 2.3 e.v. een aantal situaties aan de orde die prohibitief zouden zijn voor het ontstaan van een gemeenschap; in nr. 2.4 ten slotte wordt een raszuiver geval van een eenvoudige gemeenschap aan de orde gesteld.

2.2 ART. 3:167 BW: ZAAKSVERVANGING IS GEEN WIJZE VAN RECHTSVERKRIJGING

Mogen we de toelichting op art. 3:167 BW geloven, dan kunnen gemeenschappen ook ontstaan door zaaksvervangings.¹ Mijns inziens is hier sprake van een misvatting en van een onjuiste voorstelling van zaken.

In zijn dissertatie, p. 5, typeert Langemeijer zaaksvervangings als:

‘het treden van een zaak in een rechtsbetrekking op grond dat haar ontstaan of verkrijging door een andere persoon onmiddellijk samenhangt met het verlies van een andere zaak die zich tevoren in gelijke rechtsbetrekking bevond’.

Het manco van deze typering is dat zij niet adequaat is voor alle vier categorieën gevallen van zaaksvervangings, die Langemeijer onderscheidt. Ditzelfde manco is ook terug te vinden in de door hem genoemde ratio voor de zaaksvervangings. Begin ik met dit laatste. Zaaksvervangings is volgens Langemeijer het aangewezen middel om een niet gerechtvaardigde vermeerdering of vermindering van macht of rijkdom zo zuiver mogelijk teniet te doen. Tegen zaaksvervangings

1. Ik verkies deze door de praktijk gemunte term boven mogelijk zuiverdere aanduidingen als goederenvervangings of reële substitutie.

pleit zijns inziens vooral dat zij een *overgang van rechtswege* inhoudt, die men bij voorkeur door uitdrukkelijk op een bepaalde zaak betrekking hebbende handeling wil laten ontstaan, a.w. p. 144.

Het probleem is evenwel dat zaaksvervanging (a) niet steeds een *wijze van rechtsverkrijging* is en (b) de voor haar typerende rechtsgevolgen niet alleen intreden wanneer sprake is van *vervanging*, maar ook wanneer een goed wordt verkregen zonder dat dit in de plaats treedt van een ander goed. Art. 3:167 BW is in dit opzicht niet veel beter.

Dat zaaksvervanging niet steeds een wijze van rechtsverkrijging is, blijkt al helder uit de vier categorieën gevallen die Langemeijer opsomt, waarbij naar zijn mening zaaksvervanging zich voordoet. Hij noemt de volgende, a.w. p. 148-149:

- a) Regelingen krachtens welke een zaak is onttrokken aan een recht dat in het algemeen alle verkrijgingen van de eigenaar van de zaak omvat. Hij noemt dan als voorbeelden: goederen buiten de huwelijksgemeenschap en goederen vrij van ouderlijk vruchtgegot;
- b) Regelingen die een bijzonder verhaalsrecht op bepaalde goederen vestigen. Zaaksvervanging is dan nodig om de belangen van de verschillende schuldeisers in evenwicht te houden. Hij noemt in dit verband de beneficiair aanvaarde nalatenschap en het vermogen van de vennootschap onder firma. Twee gevallen dus van een afgescheiden vermogen;
- c) Bijzondere regelingen van de beschikkingsbevoegdheid zoals bij een vermogen dat onder bewind is gesteld;
- d) Bepaalde erfrechtelijke verkrijgingen, zoals fidei-commissen.

In geen van de hier genoemde gevallen is zaaksvervanging te beschouwen als een wijze van rechtsverkrijging. Het dichtst in de buurt hiervan komt nog het eerste geval van categorie (a); zaaksvervanging heeft tot gevolg dat de zuigkracht van de huwelijksgemeenschap, art. 1:94 BW, wordt geneutraliseerd en het privé-vermogen niet wordt uitgehold ten gunste van de huwelijksgemeenschap.

Alle vier categorieën hebben gemeen dat niet alle goederen van de rechthebbende steeds door hetzelfde juridische regiem worden beheerst. Er zijn goederen waarvoor andere regels gelden en steeds wanneer sprake is van een juridisch regiem dat slechts voor een deel van de goederen van de rechthebbende geldt, wordt het redelijk

geoordeeld dat het surrogaat – het vervangende goed – onder hetzelfde regiem komt te vallen als het oorspronkelijke goed. Zou men zulks niet aannemen, dan zou het heel eenvoudig zijn zich te ontdoen van – de doorgaans knellende banden van – het bijzondere regiem door alle goederen te vervreemden. Neem ik als voorbeeld de vennootschap onder firma. Het bijzondere hiervan is dat niet alle schuldeisers zich gelijkelijk op het vennootschapsvermogen kunnen verhalen. De zaaksschuldeisers kunnen zich boven de privé-schuldeisers verhalen op de goederen die deel uitmaken van het vennootschapsvermogen. Vervangen de vennoten een bestaande pc door een nieuwe dan moet de verhaalsvoorrang zich ook uitstrekken tot de nieuwe pc, maar ook wanneer er geen sprake is van *vervanging*, maar van aanschaf van een nieuw goed dat *niet* in de plaats treedt van een ander goed, moet dit nieuwe goed worden beheerst door hetzelfde regiem dat ook voor de rest van het vennootschapsvermogen geldt. Met andere woorden, *zaaksvervanging* is als aanduiding van het verschijnsel te beperkt.

Het huidige BW kent ten minste twee gevallen waarin zaaksvervanging wel degelijk een wijze van rechtsverkrijging is, te weten: art. 3:213 BW (hetgeen in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelijk wordt beschikt, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen) en art. 3:229 BW (het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege mee een recht van pand op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden, waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van het goed). Zonder deze specifieke bepalingen zou het recht van de vruchtgebruiker respectievelijk zekerheidsgerechtigde zich niet uitstrekken over het nieuwe goed.

Bij art. 3:167 BW is evenwel iets anders aan de hand. Bekijken we eerst de voorbeelden die in de toelichting² worden genoemd en die moeten aantonen dat zaaksvervanging een wijze van rechtsverkrijging is.³ Drie gevallen worden genoemd:

2. M.v.A. II, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3 BW, Vaststellingswet, p. 580.
3. Zie ook A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 1999, nr. 25.

- 1) Door of namens de gezamenlijke deelgenoten wordt over een gemeenschappelijk goed tegen een tegenprestatie beschikt. De tegenprestatie gaat dan, aldus de toelichting, als gevolg van zaaksvervanging deel uitmaken van de gemeenschap.
Dit is niet juist. Dat het vorderingsrecht gemeenschappelijk wordt, is geen gevolg van zaaksvervanging, maar komt doordat alle deelgenoten partij zijn bij de overeenkomst. Hierdoor zijn zij gezamenlijk rechthebbenden. Art. 3:170 lid 2 BW bepaalt – dan ook – dat de schuldenaar slechts aan de deelgenoten gezamenlijk bevrijdend kan betalen;
- 2) Een goed van de gemeenschap wordt beschadigd, waardoor een recht op schadevergoeding ontstaat. Ook hier weer zou volgens de toelichting⁴ de vordering tot schadevergoeding aan de deelgenoten gezamenlijk gaan toebehoren als gevolg van zaaksvervanging, maar ook hier weer is de redenering ondeugdelijk. Art. 6:162 BW beschermt de subjectief gerechtigde tegen onrechtmatige aantasting van het object van zijn recht en geeft hem als compensatie een vorderingsrecht tot schadevergoeding op de dader. Behoort het subjectief recht toe aan verschillende personen, dan hebben zij vanzelfsprekend gezamenlijk een vorderingsrecht en vloeit dus uit art. 6:162 BW en niet uit art. 3:167 BW voort dat dit vorderingsrecht gemeenschappelijk is;
- 3) Mede-erfgenamen verhuren een tot de nalatenschap behorende zaak.⁵ Ook hier weer geldt: de vordering is niet gemeenschappelijk als gevolg van de zaaksvervanging, maar omdat alle erfgenamen partij zijn bij de huurovereenkomst.

Het rechtsgevolg – het gemeen zijn van het surrogaat – in alle drie hiervoor genoemde gevallen verklaren als een gevolg van zaaksvervanging, zou betekenen dat de materiële herkomst van het oorspronkelijk goed beslissend zou zijn voor het antwoord op de vraag aan wie het surrogaat toebehoort: het enkele feit dat het nieuwe goed is betaald met een goed van de gemeenschap zou het surrogaat stemmen tot een gemeenschappelijk goed. Zou dit waar zijn, dan viel niet in te zien waarom buiten het terrein van de gemeenschap iets

4. Ibidem.

5. Toelichting Meijers op art. 6.1.3, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 126.

anders zou moeten gelden. Dit zou betekenen dat wanneer ik mijn gestelde auto verkoop, ik niet rechthebbende zou zijn van de vordering ter zake van de koopsom omdat ik partij ben bij de overeenkomst, maar omdat de auto van mij was. Dit is niet acceptabel, immers strijdig met de logica en met het stelsel van de wet. Geen wonder dat de Hoge Raad dan ook deze zogeheten leer van de materiële herkomst afwijst.⁶

‘(...) dat echter noch in de bewoordingen van art. 214, noch in enig ander gegeven dat voor de uitlegging van dit artikel van belang is, grond kan worden gevonden voor de opvatting dat volgens die bepaling ook de echtgenoot te wiens name de aankoop van genoemde goederen niet geschiedde en aan wie deze ook niet werden geleverd, niettemin voor zijn of haar privé-vermogen de eigendom van die goederen zou kunnen verwerven, alleen omdat de gelden voor de aankoop besteed van hem of haar afkomstig waren.’

Het voorgaande laat slechts één conclusie toe: art. 3:167 BW is geen wijze van rechtsverkrijging. Wat aan de orde is, is dat het surrogaat aan hetzelfde *rechtsregiem* is onderworpen als het oorspronkelijke goed. Viel dit in een eenvoudige gemeenschap, dan gelden de regels van de eenvoudige gemeenschap, viel het in een bijzondere gemeenschap dan gelden de regels van de bijzondere gemeenschap. Tot deze gevolgtrekking voert reeds het gezonde verstand. Art. 3:167 BW is hiertoe in het geheel niet nodig. Men kan het ook aldus formuleren: de hier geschetste rechtsgevolgen zijn geen *gevolg* van zaaksvervanging, het is veeleer omgekeerd: de hier geschetst verschijnselen bestonden reeds. Zaaksvervanging is slechts een min of meer pakkende term om deze verschijnselen in één term te benoemen en aan te duiden.

Samengevat kan worden betoogd dat tegen art. 3:167 BW drie bezwaren kunnen worden ingebracht: het artikel is, zoals gezegd, overbodig, het is onjuist, omdat er is geen sprake van een wijze van rechtsverkrijging, het is onvolledig, omdat het verschijnsel zich ook voordoet buiten het geval dat een goed wordt *vervangen*.

Opvallend is dat in de literatuur over art. 3:167 BW òf gezwezen wordt over de werkelijke betekenis hiervan⁷ òf als axioma geldt dat zaaksvervanging een wijze van rechtsverkrijging is.⁸

6. HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 158 (Van Gaart-Spaan/Heykoop-van Gaart).

7. Zie bijvoorbeeld *Mon. Nieuw BW* B-9 (Van Mourik), 2001, nr. 2.

8. Bijvoorbeeld *Goederenrecht* (Snijders/Rank-Berenschot), nr. 294.

2.3 HET PRIMAAT AAN DE OBLIGATOIRE FACTOR?

2.3.1 Overzicht

Hierna wordt een aantal gevallen besproken waarin min of meer de relativiteit van de gemeenschap wordt getest. In alle drie gevallen is daar het primaat van de obligatoire rechtsverhouding en rijst de vraag of deze rechtsverhouding prohibitief is voor het ontstaan van een gemeenschap dan wel, omgekeerd, of mag worden aangenomen dat de in de externe verhouding bestaande gemeenschap ook in de interne verhouding bestaat.

2.3.2 De toverstaf van art. 6:16 BW

Wie een bankrekening heeft en hierover ook door een ander wil laten beschikken, kan aan die ander een volmacht geven. Probleem hierbij is dat deze komt te vervallen door gebeurtenissen die de persoon van de volmachtgever betreffen, zie art. 3:72 BW. Met name in geval van overlijden van de rekeninghouder leidt dit tot problemen, omdat door en met diens dood de volmacht eindigt. Zonder een notariële verklaring van erfrecht kunnen de erfgenamen niet over de rekening beschikken.

Oplossing voor dit probleem is de en/of rekening. De rekening wordt op naam gesteld van verschillende personen en dezen kunnen onafhankelijk van elkaar over de rekening beschikken.

Hoe dit verschijnsel juridisch moet worden geduid, is te vinden in art. 6:16 BW:

‘Wanneer met de schuldenaar is overeengekomen dat twee of meer personen als schuldeiser de prestatie van hem voor het geheel kunnen vorderen, des dat de voldoening aan de een hem ook jegens de anderen bevrijdt, doch in de onderlinge verhouding van die personen de prestatie niet aan hen allen gezamenlijk toekomt, zijn op hun rechtsverhouding jegens de schuldenaar de in geval van gemeenschap geldende regels van overeenkomstige toepassing.’

In art. 6:16 heeft iedere schuldeiser een *eigen*, niet afgeleide bevoegdheid en evenmin gaat het om een geval van pluraliteit van schuldeisers als bedoeld in art. 6:15 BW. Karakteristiek voor art. 6:15 BW is dat de gemeenschapsconstructie wordt gevolgd omdat

iedere deelgenoot voor een onverdeeld aandeel in het gemeenschappelijk goed gerechtigd is.⁹

In de MvA aan de Tweede Kamer¹⁰ wordt erop gewezen dat goed moet worden onderscheiden tussen de gevallen waarin tussen de schuldeisers wél een gemeenschappelijk vorderingsrecht bestaat en de gevallen waarin dit niet zo is. Als voorbeeld wordt dan genoemd de gezamenlijke bankrekening en wordt erop gewezen dat zich hierbij twee verschillende situaties kunnen voordoen. Denkbaar is dat de vordering op de bank aan de rekeninghouders gezamenlijk toekomt, bijvoorbeeld wanneer zij in algehele gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In zo'n geval is art. 6:15 BW van toepassing. Is er daarentegen slechts één rechthebbende en is de ander alleen in staat gesteld over de rekening te beschikken, dan geldt art. 6:16 BW. In dit laatste geval gelden de regels van de gemeenschap *niet* voor de interne verhouding tussen de schuldeisers van de bank c.q. giro-instelling.

Geheel in lijn hiermee lijkt de uitspraak van Hof Amsterdam 29 juni 1995, *NJ* 1997, 487. Het ging in deze zaak om het volgende. Partijen woonden sinds 1988 samen en hadden twee, door de man erkende, kinderen. In januari 1994 hebben partijen een gezamenlijke bankrekening geopend. Kort hierna is hierop een bedrag van ruim f 272.000 gestort. Dit betrof een schadevergoeding voor een aan de man in Australië overkomen ongeval. In april 1994 neemt de vrouw f 75.000 op van deze rekening. Kort daarna verlaat de man de gemeenschappelijke woning van partijen. De man vordert het bedrag van f 75.000 terug.

In kort geding wijst de president de vordering van de man toe. In hoger beroep beklaagt de vrouw zich erover dat de president ten onrechte bepalend heeft geacht en vervolgens ontkennend heeft beantwoord de vraag of zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat partijen hebben beoogd het uitgekeerde schadebedrag in gemeenschap te brengen. Aangevoerd wordt door de vrouw dat beslissend is of tussen partijen een gemeenschap bestaat en niet ook of die is beoogd. Voor het bewijs van het bestaan van de gemeenschap wordt

9. Toelichting Meijers, *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 132.

10. *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6 BW, Vaststellingswet, p. 133.

vervolgens een beroep gedaan op de met de bank gesloten rekening-courantovereenkomst.

Het Hof bekrachtigt het vonnis en overweegt hiertoe als volgt:

‘Ook al zouden de in geval van gemeenschap geldende regels op de rechtsverhouding tussen partijen en de ABN AMRO bank van – overeenkomstige – toepassing zijn, dan betekent dit nog niet dat die regels voor de interne verhouding tussen partijen gelden. De inhoud van laatstbedoelde rechtsverhouding wordt bepaald door hetgeen partijen dienaangaande hebben afgesproken. V. heeft in dit verband weliswaar gesteld dat partijen mondeling hebben afgesproken het bedrag van de schadevergoeding in gemeenschap te brengen, doch M. heeft een dergelijke afspraak uitdrukkelijk betwist.’

Extern – in de verhouding met de bank – is er een gemeenschap, intern – tussen man en vrouw – niet. De vraag kan worden gesteld (a) of dit logisch is en (b) of niet hetzelfde resultaat op andere manier kan worden bereikt.

In het goederenrecht past terughoudendheid met het aannemen van relatieve verhoudingen. Het huidige BW kent – daarom – slechts een enkel geval van relativiteit in het goederenrecht. Dit doet zich voor wanneer een bezitter-niet eigenaar constituto possessorio het bezit verschafft aan de verkrijger. Omdat levering naar luid van art. 3:90 lid 1 BW bezitsverschaffing is, is de levering c.p. door een bezitter-niet eigenaar geldig jegens de verkrijger,¹¹ maar deze kan zich jegens de ouder gerechtigde – in casu de eigenaar-niet bezitter – op deze levering niet beroepen, want art. 3:90 lid 2 bepaalt dat de levering eerst *werkt* tegenover de ouder gerechtigde vanaf het tijdstip dat de zaak in handen is gekomen van de verkrijger.¹² Doordat de levering niet werkt jegens de ouder gerechtigde, werkt dus ook de overdracht niet, art. 3:84 BW, en ontstaat er relatieve eigendom: de verkrijger is eigenaar, maar uitsluitend jegens de gedeposeerde kan hij zich niet erop beroepen eigenaar te zijn.

De hier beschreven uitzondering op het absolute karakter van goederenrechtelijke rechten wordt opgedrongen door enerzijds het systeem, in casu art. 3:115 sub a BW – dat toestaat dat een bezitter door enkele overeenkomst zonder feitelijke overgave het bezit overdraagt –, maar vooral door de behoeften van de praktijk. Wordt eenmaal geproclameerd dat een bezitter bij enkele overeenkomst en

11. Zie met zoveel woorden art. 3:115 sub a BW.

12. Voor het recht van reclame geldt *mutatis mutandis* hetzelfde, omdat art. 7:42 BW verwijst naar art. 3:90 BW.

zonder feitelijke overgave bezit kan overdragen, dan moet dit ook gelden wanneer de vervreemder wel bezitter, maar geen eigenaar is. Uiteindelijk dient een belangenafweging tussen verkrijger en ouder gerechtigde te bepalen of relatieve eigendom moet worden aanvaard. Het antwoord luidt bevestigend, indien men van oordeel is dat de ouder gerechtigde zijn recht niet mag verliezen zolang voor hem de zaak niet zichtbaar uit de *macht* van de bezitter is geraakt, het antwoord luidt ontkennend als men art. 3:115 sub a BW onverkort wenst te handhaven en een bezitsoverdracht constituto possessorio te allen tijde en onvoorwaardelijk geldig acht. Onverkorte handhaving van art. 3:115 sub a BW stuit evenwel af op de behoeften van de praktijk.

Ook elders zien we wel dat de behoeften van de praktijk dwingen tot aanpassing van het systeem. Zo is art. 3:91 BW in feite een concessie aan art. 3:90 BW. Wanneer onverkort wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat levering bezitsverschaffing is, zou niet kunnen worden geleverd als de eigenaar het bezit nog niet kwijt wil. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij het eigendomsvoorbehoud. Ook hier moet door de wetgever dan worden gekozen tussen onmogelijkheid respectievelijk de mogelijkheid van leveren. Keuze voor het laatste alternatief dwingt tot een modificatie van het begrip leveren. De wetgever heeft ook hier oog gehad voor de behoeften van de praktijk en gekozen voor het laatste alternatief. Leveren kan dan niet langer zijn bezitsverschaffing, maar wordt machtsverschaffing.

Het komt mij voor dat in het kader van art. 6:16 BW de behoeften van de praktijk niet nopen tot een relativering van de gemeenschap. De oplossing kan worden gevonden in de verdeling. Als de interne verhouding van partijen meebrengt dat het saldo slechts één van hen aangaat, betekent dit voor de verdeling dat het gehele saldo aan de desbetreffende deelgenoot wordt toegescheiden. Op die manier doet men ook recht aan art. 3:166 lid 2 BW: de aandelen van de deelgenoten zijn gelijk, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit.

De hier gepropageerde opvatting vindt steun in ieder geval in de tekst – niet: in de toelichting, zoals uit het voorgaande moge blijken – van art. 6:16 BW, omdat nadrukkelijk wordt gesproken van ‘toekomst’ en niet van: ‘toebehoort’. Het eerste begrip wordt gereserveerd voor obligatoire, het laatste voor goederenrechtelijke aanspra-

ken.¹³ Zou de wetgever hebben bedoeld dat intern er géén gemeenschap is dan zou in de tekst hebben moeten staan: ‘doch in de onderlinge verhouding van die personen de prestatie niet aan hen allen gezamenlijk *toebehoort*’. Nu lijkt de tekst te suggereren dat ook intern een gemeenschap bestaat, maar dat redres *obligatoir* dient te geschieden. Gezien de overduidelijke toelichting is hoogstens sprake van een – veelzeggende! – Fehlleistung.

2.3.3 De commanditaire vennootschap met één beherende vennoot

Een commanditaire vennootschap is vennootschap ook indien er slechts één beherende vennoot is. Ook in een commanditaire vennootschap is derhalve inbreng vereist, art. 19 K jo. 7A:1655 BW.

In twee uitspraken heeft de Hoge Raad ontkend dat de commanditaire vennootschap met één beherende vennoot (a) een gemeenschap kan hebben en (b) een afgescheiden vermogen heeft.¹⁴

De aard van de obligatoire rechtsverhouding tussen de beherende vennoot en de commandiet(en) staat kennelijk in de weg aan het aannemen van een gemeenschap.

Kijken we naar wat karakteristiek is voor zo’n vennootschap, dan is het antwoord te vinden in met name art. 20 K. De naam van commanditaire venno(o)t(en) mag niet in de firma – de naam waaronder de vennootschap handelt – worden gebezigd en evenmin mag zo’n vennoot een daad van beheer verrichten of in de zaken van de vennootschap werkzaam zijn, zelfs niet uit kracht ener volmacht, zo wordt nadrukkelijk bepaald. De identiteit van de commanditair(en) is kennelijk het geheim van de vennootschap. Wellicht dat hierin de verklaring moet worden gevonden dat de Hoge Raad het bestaan van een gemeenschap verwerpt, want dan zou, zeker bij registergoederen en vorderingen op naam, de identiteit van de commandiet(en) bekend zijn.

Tegen de opvatting van de Hoge Raad pleiten (a) dat de wet uitdrukkelijk rekening houdt met overtreding van dit voorschrift en dit in art. 21 K afstraft: de vennoot bij wijze van geldschieting, die de bepalingen van de leden 1 en 2 van art. 20 K overtreedt, is voor

13. Zie: A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1999, nr. 82.

14. HR 4 januari 1927, *NJ* 1937, 586 PS (Schaaper) en HR 3 februari 1956, *NJ* 1960, 120 HB (Hardy).

alle schulden en verbintenissen van de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk en (b) de vraag of een gemeenschap ontstaat wordt door het goederenrecht en niet door het verbintenissenrecht bepaald.

Naar mijn oordeel ontbreken steekhoudende argumenten voor het ontkennen van een gemeenschap met commandieten.

2.3.4 HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 WK (Modehuis Nolly)

De casus: partijen zijn buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw exploiteert een modehuis. Zij is met haar echtgenoot overeengekomen dat deze de inkomsten uit de modezaak op eigen naam zou beleggen om ze hierdoor te onttrekken aan de greep van de schuldeisers van de vrouw. Als lasthebber van de vrouw koopt en verwerft hij op eigen naam met gelden van de modezaak een onroerende zaak.

Voor zover hier van belang werd in cassatie betoogd dat de vrouw als principaal van de man rechthebbende was van de onroerende zaak, althans dat in de interne verhouding tussen partijen de zaak gemeen was.

De Hoge Raad verwerpt beide stellingen:

‘(...) dat dit middel ongegrond is, voor zover het betoogt dat een middellijk vertegenwoordiger te eigen name een onroerend goed voor zijn principaal in eigendom kan verwerven in die zin dat de principaal door die verwerving eigenaar van de goederen wordt; dat een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar is met art. 671 B.W.¹⁵ en met de door dit wetsvoorschrift beoogde openbaarheid van eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht;

dat, wat betreft de subs. stelling van het middel, te weten dat de vrouw alleen naar de interne verhouding tussen pp. als eigenares geldt, deze stelling naast het eerste middel zelfstandige betekenis mist, daar niet valt in te zien, waarin een zodanig gerelativeerd recht van de vrouw op de goederen zich praktisch zou onderscheiden van een verbintenissenrechtelijke aanspraak op die goederen; (...)’

Wat betreft de eerste stelling van het middel, thans zou niet anders geoordeeld worden. Een beroep op art. 3:110 BW zou niet baten, omdat deze bepaling handelt over het bezit en niet de eigendom van de onroerende zaak.

Ook de subsidiaire stelling was kansloos. Uit de rechtsoverweging laat zich afleiden dat de Hoge Raad niets wil weten van een

15. Vergelijk het huidige art. 3:189 BW.

relatieve gemeenschap: een gemeenschap die louter intern bestaat. Terecht stelt hij dat zo'n gemeenschap zich niet onderscheidt van een louter obligatoire aanspraak.

Voordeel voor de vrouw om, als was het maar intern, als recht-hebbende te worden aangemerkt, zou onder andere hierin zijn gelegen dat zij dan meedeelde in de waardeinstijging van de gekochte onroerende zaak, terwijl een obligatoire aanspraak nooit meer kon belopen dan het bedrag van de onttrekking aan de onderneming. De Hoge Raad wil evenwel niet(s) weten van deze relatieve eigendom. Op gronden in 2.3.2 uiteengezet, heb ik geen enkele moeite met deze afwijzing.

2.4HR 10 FEBRUARI 1978, NJ 1979, 338, WMK (NIEUWE MATEX), EEN ZUIVER EENVOUDIGE GEMEENSCHAP

Een eenvoudige gemeenschap bestaat indien de enige rechtsbetrekking tussen de deelgenoten is het feit dat zij gezamenlijk rechthebbende zijn. Dit is zelden het geval, omdat gewoonlijk tussen de deelgenoten ook nog een andere rechtsbetrekking bestaat. Doorgaans is deze van obligatoire aard. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: men is gehuwd, geregistreerd partner of woont samen, men heeft een samenwerkingsverband (maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, rederij), men is mede-erfgenaam (de andere rechtsbetrekking is hier niet obligatoir, maar erfrechtelijk van aard), men is eigenaar van een appartementsrecht (de andere rechtsbetrekking is verenigingsrechtelijk van aard), koop van een auto voor gemeenschappelijk gebruik etc.

Voorbeelden van een zuiver eenvoudige gemeenschap zijn schaars, maar ze bestaan wel. Ik noem het medegerechtigd zijn in een effectendepot en het thans te bespreken Nieuwe Matex-arrest.

De casus was de volgende: bij akte van maart 1974 heeft Murochem in verband met haar te verstrekken krediet aan de First National City Bank (FNCB) tot zekerheid overgedragen 'haar volledige voorraad vloeistoffen, welke zich nu of in de toekomst onder haar naam zal bevinden bij (...) Nieuwe Matex'. Levering vindt plaats doordat partijen overeenkomen dat de voorraden welke zich bij de opslagmaatschappij bevinden of zullen bevinden, bij deze laatste in opslag blijven, zodat de opslagmaatschappij de voorraden die zij houdt of zal houden voor Murochem voortaan zal houden voor de bank. Deze akte is door FNCB medegedeeld aan Nieuwe Matex.

Eind 1976 komt Murochem in financiële problemen en laat zich door Nieuwe Matex twee toondercelen op de door haar in bewaring gehouden voorraden afgeven. Het gaat om in totaal 1410 ton benzeen, die door Murochem aan Easco is verkocht. Levering geschiedde door overgave van de celen. Easco levert deze celen in bij Nieuwe Matex, die zich jegens Easco verbond de daarin vermelde door Easco intussen doorverkochte benzeen aan de door Easco aan te wijzen koper te zullen uitleveren. FCNB legt vervolgens revindicatoir beslag onder Nieuwe Matex.

Voor zover hier van belang ging het in cassatie om de vraag of Easco door middel overgave van een ceel (mede)bezitter van de door Murochem gehouden vloeistof was geworden, indien de ceel zelf niet vermeldt waar de geleverde vloeistof ligt opgeslagen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend:

‘Bij de beoordeling van het eerste onderdeel dient voorop te worden gesteld dat de hierin aangevoerde grief geen betrekking heeft op de vraag of naar Nederlands recht bezit of eigendom mogelijk is van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken – welke vraag ontkennend dient te worden beantwoord –, maar op de vraag of bezit en eigendom, resp. een aandeel daarin, van een bij een opslagbedrijf opgeslagen voorraad vloeistof kan worden overgedragen door overgave m.b.t. het geheel of een deel van die voorraad uitgegeven ceel, als die ceel zelf slechts de aard en de hoeveelheid van de opgeslagen vloeistof aanduidt en niet vermeldt in welke ruimte de vloeistof ligt opgeslagen. In het thans besproken onderdeel wordt de opvatting verdedigd dat laatstgenoemde vraag ontkennend dient te worden beantwoord, ook als uit een door het opslagbedrijf gevoerde interne administratie aan de hand van het nummer van de ceel kan worden afgeleid, dat deze betrekking heeft op (een gedeelte van) de in een bepaalde tank opgeslagen vloeistof.

Deze opvatting vindt echter geen steun in het recht. Het feit dat uit de ceel zelf niet te lezen valt, waar de vloeistof ligt opgeslagen voor welke de ceel is uitgegeven, neemt niet weg dat de rechtmatige houder van de ceel tegenover het opslagbedrijf aanspraak heeft op uitlevering van – of uit – die bepaalde voorraad, waarop de ceel betrekking heeft. Ook in een dergelijk geval brengt de uitgifte van de ceel dan ook mee, dat het opslagbedrijf de betr. vloeistof houdt voor de opvolgende houders van de ceel en dat de overgave van de ceel zakenrechtelijk dezelfde betekenis heeft als overgave van de vloeistof zelf.

In het tweede onderdeel wordt er op gewezen dat de aan Easco overgedragen celen niet alleen afzonderlijk, maar ook te zamen genomen, betrekking hadden op een kleinere hoeveelheid benzeen dan zich in tank nr. 1708 bevond, waaruit dan wordt geconcludeerd dat genoemde celen ook om deze reden niet konden strekken tot het verschaffen van bezit en eigendom van een afgezonderde partij. Aldus wordt echter miskend dat door uitgifte van een ceel met betrekking tot een gedeelte van een opgeslagen hoeveelheid materiaal de mogelijkheid wordt geschapen door overdracht

van de ceel het medebezit en de medeëigendom in die hoeveelheid voor dat gedeelte over te dragen.’

De ceel zelf hoeft niet de locatie te vermelden waar de geleverde benzeen is opgeslagen, voldoende is dat deze gegevens uit de administratie van Nieuwe Matex blijken. Voor de (pand)cessie neemt de Hoge Raad hetzelfde aan.¹⁶ de gecedeerde vordering heeft niet *in* de akte zelf te zijn gespecificeerd, voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.

De beslissing over de eisen die aan de ceel mogen worden gesteld waar het de identificatie van de geleverde zaak betreft – de ceel zelf heeft die gegevens niet te bevatten –, verbaast niet, omdat de vloeistof blijkens de uitspraak op twee verschillende wijzen geleverd kan worden: door verschaffing van het bezit van de zaken op voet van art. 3:90 BW respectievelijk door overgave van de ceel, waardoor eveneens het bezit wordt verkregen. Welnu, waarom zouden voor de laatste variant andere eisen gelden waar het betreft de te specificeren zaken als voor de eerste? Ook in het eerst geval is het voldoende dat op *enige* wijze kan worden vastgesteld welke zaken zijn geleverd, zie art. 3:84 lid 2 BW.

Interessant is echter hetgeen wordt overwogen naar aanleiding van het tweede onderdeel.

In casu is sprake van vermenging. Vermenging onderscheidt zich in twee opzichten van natrekking:

- a) Doordat er geen hoofdzaak is. Dit heeft gevolgen voor de eigendomsverhoudingen. Natrekking leidt alleen tot rechtsverkrijging van de eigenaar van de hoofdzaak. Er kan geen gemeenschap ontstaan tussen de eigenaar van de hoofdzaak en de eigenaar van het bestanddeel.¹⁷ Laatstgenoemde verliest de eigendom aan eerstgenoemde, art. 5:14 BW;
- b) Doordat sprake is van een onomkeerbaar proces – de *oorspronkelijke* (vloeistof) is niet meer te isoleren. Slechts een zelfde *hoeveelheid* als is toegevoegd kan worden teruggehaald en hierin onderscheidt de vermenging zich van de oneigenlijke vermenging.

16. HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 447 WMK (Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.).

17. Dit geval is te onderscheiden van dat van art. 5:14 lid 2 BW, want dit gaat ervan uit dat *geen* van beide zaken hoofdzaak is. Alsdan kan zich wel een gemeenschap voordoen.

Wanneer ik drie pakken melk van een ander voeg bij zeven pakken van hetzelfde merk, die aan mij toebehoren, zodanig dat ik niet meer weet welke de oorspronkelijke drie pakken waren, is het heel goed mogelijk deze 'vermenging' terug te draaien, maar het feit dat de oorspronkelijke pakken niet meer te identificeren zijn, heeft gevolgen voor de revindicatie niet in die zin dat de eigendom voor de eigenaar van deze drie pakken verloren is gegaan, want oneigenlijke vermenging is geen door de wet erkende wijze van rechtsverkrijging respectievelijk rechtsverlies, maar doordat bij gebreke van specificatie de revindicatie zal (moeten) worden afgewezen. In het Texeira de Mattos-arrest¹⁸ lijkt dit ook te worden erkend, want naar aanleiding van het derde onderdeel van het cassatiemiddel wordt overwogen dat 'deze certificaten, die deel uitmaken van de algemene effectenvoorraad van Texeira, welke ook met betrekking tot de onderhavige soort stukken voortdurend aan wisseling onderhevig is geweest (...) moeten *gelden*¹⁹ als eigendom van Teixara'. Niet wordt dus gezegd dat ze eigendom *zijn* van Texeira. Doordat oneigenlijke vermenging geen wijze van rechtsverkrijging is, kan zij ook geen oorzaak zijn voor het ontstaan van een gemeenschap met de bewaarnemer.²⁰ Bij eigenlijke vermenging is dit anders: wanneer (vloei)stoffen die aan verschillende eigenaren toebehoren worden vermengd, ontstaat mede-eigendom, want er valt geen enkel logisch argument te bedenken waarom de ene eigenaar de eigendom zou moeten verliezen aan de andere eigenaar. Mede-eigendom is dan ook de oplossing van de wet, zie art. 5:15 jo 5:14 lid 2 BW. Ook in dit opzicht kan de uitspraak niet verbazen.

Waar men echter wel vraagtekens achter kan plaatsen, zijn de eisen die de Hoge Raad stelt aan de identificatie. Want, wat indien de administratie van Nieuwe Matex geen kompas meer kan zijn ter bepaling waar de benzeen van Easco ligt opgeslagen, bijvoorbeeld doordat de administratie bij brand verloren is gegaan? In een geval als het onderhavige lijkt het dan ongerijmd dat de ceelhouder ineens

18. HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 HD.

19. Cursief van mij, J.

20. Het cassatiemiddel waarin werd betoogd dat in ieder geval sprake was van een gemeenschap van hen die de vier certificaten Nillmij opeisten, stuitte af op de anders luidende uitleg door het Hof van de overeenkomst met de bewaarnemer.

zijn eigendomsrecht verliest c.q. niet meer geldend kan maken, immers (a) Nieuwe Matex pretendeerde nimmer rechten als recht-hebbende te hebben; het opslagbedrijf heeft zich van meet af aan op het standpunt gesteld slechts houder te zijn en (b) Nieuwe Matex heeft als houder celen afgegeven aan Murochem en hiermee diens eigendomsrecht erkend. Ook in zo'n situatie zal moeten worden aangenomen dat geen wijziging optreedt in de mede-eigendomsverhoudingen en zal de ceelhouder een *zakenrechtelijke* aanspraak hebben op uitlevering van de in de ceel genoemde hoeveelheid benzeen. Uitgangspunt zal toch moeten zijn dat de totale hoeveelheid benzeen die op het terrein – dus niet uitsluitend in een of andere tank – ligt opgeslagen, mede-eigendom is van al diegenen die deze benzeen in bewaring hebben gegeven. De ceel is bewijs van eigendom van de daarin genoemde hoeveelheid. Naar mijn mening is dan ook niet relevant in welke tank(s) de opslag heeft plaatsgevonden.

Voor A-G Ten Kate daarentegen lijkt het wèl verschil te maken of Nieuwe Matex benzeen met eigen voorraad heeft vermengd. Hij beroept zich hiertoe op het hiervoor genoemde Texeira de Mattos-arrest en betoogt:²¹

'Ik meen evenwel dat zich i.c. ten aanzien van het destijds berechte geval een belangrijk verschil voordoet. De vraag was toen, of de vier in bewaring genomen effecten (certificaten Nillmij) tot het vermogen van de bewaarder behoorden, dan wel daarvan voldoende duidelijk waren afgescheiden. Wie effecten in zijn eigen voorraad opneemt of daarmee anderszins vermengt, *wordt daarvan eigenaar* [cursivering J.F.M.J.]. Zijn er op een gegeven ogenblik te weinig, niet voor de cliënt afgezonderd bewaarde effecten tegenover hetgeen in bewaring werd gegeven, dan is het min of meer toeval indien van een bepaalde soort juist het aantal aanwezig is, dat ter bewaring werd gegeven. Dat ze er zijn, is te danken aan het feit dat bij de voortdurende wijziging van het eigen vermogen andere stukken werden verbruikt.'

Ik ben het niet met hem eens. Zoals gezegd, bij vermenging ontstaat mede-eigendom indien (vloei)stoffen die aan verschillende rechtheb-benden toebehoren, worden vermengd. In dit opzicht is volslagen irrelevant *wie* de mede-eigenaren zijn. Niet valt in te zien waarom dit zakenrechtelijk resultaat anders zou (moeten) zijn, indien het opslagbedrijf zelf eigendomsrechten heeft ten aanzien van een *deel* van de voorraad.

21. T.a.p. p. 1040, r.k.

Hij miskent mijns inziens dat het in de uitspraak van 1968 ging om een geval van *oneigenlijke* vermenging en zoals hiervóór in het licht is gesteld, zijn de zakenrechtelijke gevolgen van *oneigenlijke* vermenging totaal anders dan die van *eigenlijke* vermenging.

De Hoge Raad lijkt zijn uitspraak niet te willen beperken tot vloeistoffen. Immers in de laatste geciteerde rechtsoverweging stelt hij: 'dat genoemde celen ook om deze reden niet konden strekken tot het verschaffen van bezit en eigendom van een afgezonderde partij'. In de hierop volgende zin wordt gesproken van 'opgeslagen hoeveelheid materiaal'. Terwijl in het arrest consequent wordt gesproken van 'benzeen' is hier ineens sprake van een 'partij' en 'materiaal'. Gelet op hetgeen zo juist is gezegd over het verschil in rechtsgevolgen tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke* vermenging zal moeten worden aangenomen dat met 'partij' c.q. 'materiaal' slechts kunnen zijn bedoeld zaken die vatbaar zijn voor *eigenlijke* vermenging.

Uit de uitspraak blijkt dat een deelgenoot op twee wijzen over zijn eigendomsrechten kan beschikken: hij kan zijn onverdeeld aandeel vervreemden door de ceel over te dragen, hij kan ook fysieke uitlevering van de benzeen verlangen.

De eerste wijze van beschikken is te zien als een vervreemding van het onverdeelde aandeel in de gemeenschap, zie art. 3:175 lid 1 BW. De aard van de tussen de deelgenoten bestaande gemeenschap verlangt dat een deelgenoot vrijelijk over zijn onverdeeld aandeel kan beschikken.

De tweede wijze moet worden gezien als een verdelingshandeling. Naar luid van art. 3:182 BW moeten hieraan alle deelgenoten hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, *medewerken*, maar aangezien een verdelingshandeling in beginsel vormvrij kan geschieden, art. 3:183 BW, zal de verdelingshandeling zich hier aldus (kunnen) voltrekken dat de andere deelgenoten geacht worden aan de bewaarder stilzwijgend²² volmacht te hebben verleend namens hen de verdeling tot stand te brengen met degene die fysieke uitlevering conform de ceel verlangt.

Interessant is om te onderzoeken of het hier besproken arrest moet leiden tot een heroriëntatie op de kwaliteitsrekening c.q. derden-rekening. Ik acht heel wel voorstelbaar dat, hoezeer de rekening op naam staat van bijvoorbeeld een advocaat of een notaris,

22. Zie art. 3:37 lid 1 BW jo. 3:60 BW.

het saldo toekomt aan hen ten behoeve van wie de gelden op de rekening zijn gestort. De mij gestelde grenzen staan evenwel niet toe aan dit denkbeeld hier uitwerking te geven.

Beslag ter verzekering en verhaal van een privé-vordering op een deelgenoot

*C.G. Breedveld-de Voogd**

1. INLEIDING

Een advocaat die conservatoir of executoriaal beslag moet leggen heeft haast. Hoe meer tijd in de bibliotheek wordt doorgebracht met het speuren naar dogmatische voetangels en klemmen, hoe groter de kans dat de goederen die tot verhaal van de vordering zouden kunnen dienen door de schuldenaar worden weggemaakt. Wellicht is het zo de advocaat vergaan, die in opdracht van de publiekrechtelijke rechtspersoon Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen (verder: LISV) conservatoir beslag moest leggen ter verzekering van het verhaal van een vordering tot terugbetaling van ten onrechte ontvangen werkloosheidsuitkeringen. Hij legt beslag op een in de openbare registers op naam van de man staand woonhuis. Dit was achteraf gezien fout. Hij had volgens de Hoge Raad beslag moeten leggen op het aandeel van de man in de gemeenschap die (uitsluitend nog) dit woonhuis bevatte. In deze bijdrage wordt gezocht naar het antwoord op de vraag wat de advocaat wél had kunnen doen om de vordering van zijn cliënt verhaald te kunnen krijgen. Hierbij worden betrokken de overwegingen die tot de beslissing van de Hoge Raad hebben geleid. De conclusie is dat de wetgever het de praktijkjurist wel erg moeilijk heeft gemaakt, juist door op het dogmatische vlak te veel onduidelijkheid te laten bestaan.

2. HET ARREST GRIFHORST/LISV

Mevrouw Grifhorst is op 29 april 1974 in gemeenschap van goederen gehuwd met meneer D. Tot de gemeenschap van goederen behoort onder meer de echtelijke woning. Deze huwelijksgemeenschap wordt door echtscheiding ontbonden op 5 april 1994. Bij schriftelijke overeenkomst van 28 juli 1993 zijn Grifhorst en D. een

* Mr. C.G. Breedveld-de Voogd is als universitair docent verbonden aan de afdeling notarieel recht van de Universiteit Leiden.

verdeling van de tussen hen bestaande gemeenschap na echtscheiding overeengekomen. Daarbij is de woning toebedeeld aan Grifhorst. De aan elk van de deelgenoten toebedeelde goederen zijn aan hen op de voet van art. 3:186 lid 1 BW geleverd in de jaren 1994 en 1995, echter met uitzondering van de woning. Vanaf dat moment vormt de woning het enige nog onverdeelde goed in de ontbonden gemeenschap. Op 20 april 1998 legt LISV ten laste van D. conservatoir beslag op deze woning ter zake van de terugbetaling van door hem in het tijdvak van 1995-1998 ten onrechte ontvangen werkloosheidsuitkeringen. Het proces-verbaal van de inbeslagneming vermeldt dat in conservatoir beslag is genomen:

‘woonhuis en erf, staande en gelegen te [plaats B] aan de [a-sstraat 1], kadastraal bekend gemeente [...], sectie [...] nummer [...], ter grootte van 5 aren en 55 centiaren; Welke onroerende zaak in eigendom toebehoort aan, althans staat ten name van voornoemde D.’

Op 29 april 1998 – dus negen dagen na het beslag – effectueren Grifhorst en D. de toedeling van de woning aan Grifhorst door levering ervan aan Grifhorst.

Grifhorst vordert in dit kort geding opheffing van het beslag. De President wijst deze vordering af. Het Hof stelt echter Grifhorst in het gelijk. Het verweer van LISV dat het aanbiedt het beslag gedeeltelijk op te heffen namelijk voorzover het rust op het (voormalige) aandeel van Grifhorst in het woonhuis en dienaangaande een verklaring van waardeloosheid van het beslag (art. 3:28 BW jo. art. 35 Kadasterwet) in kan laten schrijven wordt door het Hof verworpen. Het beslag op het woonhuis kan volgens het Hof niet worden ‘geconverteerd’ in een beslag op D’s aandeel in de gemeenschappelijke onroerende zaak. Het Hof beveelt LISV het beslag op te heffen.

LISV gaat hiertegen in cassatie. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het Hof. Voor de beantwoording van de vraag op welke vermogensrechten de privé-schuldeiser van een deelgenoot beslag kan

leggen analyseert de Hoge Raad eerst wat een aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap is (r.o. 3.3 sub 1):¹

‘Het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap is een vermogensrecht van andere aard dan de eigendom van tot de gemeenschap behorende zaken. De vraag welke bevoegdheden hij aan zijn aandeel in de gemeenschap kan ontleen kan niet worden beantwoord aan de hand van art. 5:1 BW. Hij heeft op grond van zijn aandeel niet de bevoegdheden genoemd in art. 5:1. Hij heeft ingevolge art. 3:178 BW de bevoegdheid om verdeling van de gemeenschap te vorderen, terwijl de vraag of hij het genot heeft van een gemeenschappelijk goed en de vraag of hij bevoegd is tot gebruik en/of beheer ervan, moet worden beantwoord aan de hand van hetgeen is bepaald in de art. 3:168 e.v.’

Vervolgens kwalificeert de Hoge Raad de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, hoewel die nog maar uit één goed bestaat, als een bijzondere gemeenschap zoals bedoeld in art. 3:189 lid 2 BW. Hiervoor is de rechtsverhouding tussen de deelgenoten, die tot het bestaan van de gemeenschap heeft geleid, beslissend, niet de omstandigheid dat slechts één goed tot de gemeenschap behoort (r.o. 3.3 sub 2).²

De Hoge Raad leidt hieruit af dat LISV haar vordering op D. kon verhalen op al diens goederen en ingevolge art. 3:191 lid 1 ook op het aandeel van D. in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Dit laatste geldt op grond van genoemde bepaling onder het voorbehoud dat uit de rechtsverhouding tussen partijen anders voortvloeit. De Hoge Raad concludeert dat LISV ter voorbereiding van dit verhaal conservatoir beslag op dit aandeel kon leggen. Hij stelt aan de inhoud van het proces-verbaal van beslaglegging echter strenge eisen (r.o. 3.3 sub 3):

‘(...)Uitgangspunt moet zijn dat bij het leggen van het beslag wordt gespecificeerd op welk vermogensrecht het wordt gelegd. Bij de executie zal het daarbij te verkopen

1. HR 30 maart 2001, *RvdW* 2001, 69. Het arrest is geannoteerd door W. van Hemel in *JOR* 2001, 104; door A. van der Steur in *NTBR* 2001/8, p. 427 e.v. en door H. J. Snijders in de *NJ* (publicatienummer was bij de voltooiing van dit artikel nog niet bekend). Het arrest is door M.J.W. van Ingen besproken in ‘Executie van een aandeel in een gemeenschap’, *Executief* 3/2002, p. 54 e.v.
2. De Hoge Raad wijkt hier af van HR 14 november 1969, *NJ* 1970, 283; *Turfschuur*. Zie over dit arrest de conclusie van de A-G Wesseling-van Gent alinea 2.5.

goed immers moeten zijn gespecificeerd. Het proces-verbaal van beslaglegging dient mede ertoe vast te leggen welk goed van de schuldenaar uiteindelijk zal worden verkocht. Niet kan worden aanvaard dat een beslag, dat blijkens het proces-verbaal is gelegd op een niet aan de schuldenaar toebehorend recht op een goed, zou kunnen worden gewijzigd in beslag op een wel aan de schuldenaar toebehorend recht op dat goed.'

LISV had volgens de bewoordingen van het proces-verbaal van beslaglegging niet beslag gelegd op een aan D. toebehorend goed – het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap – maar op de volle – in de gemeenschap vallende – eigendom van de woning. Hierop was geen verhaal voor een privé-schuld van D. mogelijk. De Hoge Raad wijst de vordering van LISV daarom af.

3. VERHAALSRECHTEN OP DE GOEDEREN IN DE ONTBONDEN HUWELIJKSGEMEENSCHAP

Waarom kon LISV geen beslag leggen op de zaak zelf? Omdat de vordering van LISV was ontstaan in een periode na de ontbinding van de gemeenschap. Zowel gemeenschapsschuldeisers als privé-schuldeisers wiens vorderingen vóór de ontbinding van de huwelijksgemeenschap zijn ontstaan kunnen zich verhalen op de gemeenschappelijke goederen van de echtgenoten (art. 1:95 lid 1 resp. 1:96 lid 1 BW). Zij behouden dit verhaalsrecht na ontbinding van de gemeenschap, zolang de goederen niet verdeeld zijn (art. 1:100 lid 2 BW). Uit de overwegingen van het Hof blijkt dat LISV niet wist dat D. was gescheiden (r.o. 4.14). Uitgaande van de veronderstelling dat D. in de periode dat de vordering is ontstaan (1995-1998) nog met Grifhorst was getrouwd, was het dus niet onjuist op de gemene zaak zelf beslag te leggen in plaats van op alleen het aandeel van D. in de gemeenschap. LISV had echter in de registers van de burgerlijke stand kunnen zien dat D in 1994 was gescheiden, zodat zijn vordering niet op de goederen van de ontbonden gemeenschap kon worden verhaald. Op welke wijze had LISV zijn vordering op D. wel kunnen zekerstellen en verhalen?

4. DRIE TIPS VAN DE MINISTER

Bij de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij de invoering van het Nieuw BW besteedt de minister aandacht aan de vraag op welke wijze verhaal kan worden genomen op een aandeel dat de schuldenaar heeft in een gemeenschap.³ Drie mogelijkheden dienen zich aan.

In de eerste plaats is er de combinatie van de bevoegdheid verdeling te vorderen en het leggen van het zogenaamde conservatoire deelgenotenbeslag. Op grond van art. 3:180 BW kunnen de privé-schuldeisers verdeling van de gemeenschap vorderen. Om te voorkomen dat de goederen die deze gemeenschap bevat intussen door de deelgenoten worden vervreemd kan de schuldeiser het conservatoire deelgenotenbeslag van art. 733 Rv. leggen.

In de tweede plaats kan de schuldeiser derdenbeslag leggen onder de gezamenlijke deelgenoten op al hetgeen zij aan de schuldenaar-deelgenoot uit hoofde van verdeling zullen moeten uitkeren.

In de derde plaats kan de schuldeiser ook beslag leggen op en tot executie overgaan van het aandeel van zijn schuldenaar in de gemeenschap in zijn geheel.

In hoeverre hadden deze drie mogelijkheden het LISV tot het verhaal van hun vordering op D. kunnen brengen? Laten we met de laatste mogelijkheid beginnen.

5. BESLAG OP EEN AANDEEL IN DE GEMEENSCHAP EN HET VOORBEHOUD IN ART. 3:191 LID 1 BW

Een onthonden huwelijksgoederengemeenschap is een bijzondere gemeenschap waarop afd. 3.7.2 BW van toepassing is (art. 3:189 lid 2 BW). Dit betekent dat de schuldeisers van een deelgenoot een aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk niet kunnen uitwinnen zonder toestemming van de overige deelgenoten (art. 3:190 lid 1 BW). In de praktijk is een dergelijk beslag daarom een doodlopende weg.

3. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3,5 en 6), p. 84 e.v.

De schuldeisers kunnen in beginsel wél het aandeel in de gehele gemeenschap van een deelgenoot uitwinnen (art. 3:191 BW).⁴ Aan deze verhaalsmogelijkheid is echter een voorbehoud verbonden. Het aandeel kan niet worden uitgewonnen als de rechtsverhouding zich daartegen verzet.⁵ In de literatuur wordt veelal aangenomen dat de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap na echtscheiding een voorbeeld is van een situatie waarin de bijzondere rechtsverhouding tussen van elkaar gescheiden echtgenoten met zich brengt dat de deelgenoten niet kunnen beschikken over hun aandeel in de gehele ontbonden huwelijksgemeenschap en dat schuldeisers van een deelgenoot dit aandeel niet kunnen uitwinnen.⁶ De reden hiervoor is dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is dat een derde de plaats van de ex-echtgenoot als mede-eigenaar gaat innemen. Grifhorst zou na executie van het aandeel van D. worden geconfronteerd met een haar onbekende mede-eigenaar van het huis waarin zij woont. Het is de vraag of voor deze nieuwe mede-eigenaar ook zou gelden dat de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat hij geen verdeling kan vorderen als zij de vordering wegens overbedeling niet kan betalen.⁷ Perrick daarentegen acht het onaanvaardbaar dat privé-schuldeisers van een ex-echtgenoot het aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap niet zouden kunnen uitwinnen, omdat de rechtsverhouding tussen (ex-)echtgenoten zich hiertegen zou verzetten.⁸

4. Zie over de wijze waarop beslag kan worden gelegd en verhaal kan worden genomen op een aandeel in een gemeenschap: H. Oudelaar, 'Executie van een aandeel in een gemeenschap van een of meer goederen', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/3, p. 75 en A.S. Hartkamp en W. Snijders, 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', *Henriquez-bundel*, Deventer 1983, p. 140.
5. Deze voorwaarde is ook gesteld in art. 3:175 BW voor de eenvoudige gemeenschap ten aanzien van de beschikking over en de uitwinning van een aandeel in een goed.
6. J. Drion, *Ars Aequi* 1952, p. 40 e.v.; De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhart 1999, nr. 136; M.J.A. Van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Derde druk, Deventer, 1997, p. 233, T.J. Mellema-Kranenburg 2001 (*T&C BW*), art. 3:191 BW, aant. 3.
7. HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 312 m.nt. EAAL (Katwijkse Boedelscheiding).
8. S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling, beschouwingen over titel 3.7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen 1986) Zwolle: Tjeenk Willink, p. 56.

De Hoge Raad laat zich in het onderhavige arrest niet expliciet uit over de vraag of de rechtsverhouding tussen de ex-echtgenoten zich verzet tegen de uitwinning van het aandeel van D. in de gehele gemeenschap. Dat was niet nodig omdat LISV geen beslag op dit aandeel had gelegd. Toch wijst de Hoge Raad in r.o. 3.3 sub 3 en 3.4.1 op de mogelijkheid op dit aandeel beslag te leggen. Hij voegt daar evenwel aan toe dat dit dient te geschieden met inachtneming van het in art. 3:191 lid 1 gemaakte voorbehoud. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad de mogelijkheid van beslag en verhaal op het aandeel in de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap na echtscheiding ter sprake had gebracht als deze mogelijkheid op het voorbehoud van art. 3:191 lid 1 zou moeten stranden. Dit staat evenwel niet vast. Als LISV beslag had gelegd op het aandeel in de gemeenschap had het wellicht ook moeten worden opgeheven wegens strijd met de rechtsverhouding tussen de deelgenoten.

6. VERVALT HET BESLAG OP HET AANDEEL IN DE GEMEENSCHAP WANNEER DE VERDELING WORDT GEËFFECTUEERD?

Stel dat LISV beslag op het aandeel in de gemeenschap had gelegd en dat dit ook niet in strijd is met de rechtsverhouding tussen ex-echtgenoten, zou het beslag dan op dit aandeel blijven rusten indien de verdeling of de levering krachtens art. 3:186 BW plaatsheeft? Het antwoord lijkt op het eerste gezicht eenvoudig. Het beslag blijft op het aandeel rusten omdat de deelgenoot ten laste van wie beslag is gelegd ten opzichte van de beslaglegger onbevoegd is om over zijn aandeel te beschikken, zodat hij niet op geldige wijze kan leveren (art. 726 jo. art. 505 Rv.).⁹ Ten opzichte van de beslaglegger is de levering niet geldig en is de gemeenschap nog blijven bestaan, op een aandeel waarvan hij zich kan verhalen.

Het antwoord gaat voorbij aan wat een verdeling en een daarop gevolgde levering inhoudt en aan hetgeen de Hoge Raad in het onderhavige arrest zegt over het wezen van een aandeel in een gemeenschap. Illustratief voor het voorliggende probleem is het antwoord dat A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie geeft op de

9. Zie over de blokkerende werking van beslagen: H. Oudelaar, *Recht Halen, inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer 2000, p. 59 e.v.

vraag wat er zou gebeuren als na toedeling en levering aan Grifhorst van de enige zaak die de gemeenschap nog bevatte, het beslag gedeeltelijk zou worden opgeheven in dier voege dat het beslag nog bleef rusten op het aandeel van D. in de woning. Volgens de A-G zou in dat geval 'de door LISV bepleite gedeeltelijke doorhaling van het beslag tot gevolg hebben dat in de openbare registers de vermelding komt te staan dat er beslag rust op een aandeel in een onverdeelde gemeenschap die er niet meer is.' Ervan uitgaande dat de A-G niet de blokkerende werking van een beslag over het hoofd ziet, is zij kennelijk van oordeel dat het beslag op een aandeel in de gemeenschap komt te vervallen indien de gemeenschap eindigt door verdeling en levering.¹⁰

Van Hemel neemt aan dat het beslag bij het einde van de onverdeeldheid op het aandeel blijft rusten, omdat er voor beslag op een aandeel geen vergelijkbare voorziening is getroffen als voor het op een aandeel gevestigd beperkt recht. Op grond van art. 3:177 lid 1 BW komt een beperkt recht te rusten op het goed voor zover het bij de verdeling wordt verkregen door degene die zijn aandeel had bezwaard. Wanneer het goed aan de ander wordt toegedeeld verkrijgt deze het goed vrij van het beperkte recht.¹¹ Echter, toepassing van art. 3:177 BW bij analogie zou tot de conclusie leiden dat het beslag na toedeling aan de niet-beslagen deelgenoot vervalst. Het tweede argument van Van Hemel, dat het tenietgaan van het beslag een onaanvaardbare inbreuk zou maken op de positie van de beslaglegger, overtuigt meer. Ook Perrick gaat ervan uit dat het beslag na verdeling blijft rusten op het oorspronkelijk aandeel van de beslagene.¹²

Wat gebeurt er bij de verdeling van de gemeenschap en de levering krachtens art. 3:186 BW en welke gevolgen heeft een beslag op een aandeel op deze gebeurtenissen? Een verdeling is het vaststellen van wat aan ieder van de deelgenoten toekomt, krachtens welke vaststel-

10. W. van Hemel, noot onder het onderhavige arrest gepubliceerd in *JOR* 26-4-2001, afl. 4.

11. Zie vorige noot.

12. S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling, beschouwingen over titel 3.7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen 1986) Zwolle: Tjeenk Willink, p. 94.

ling de verdeelde goederen zullen worden verkregen (art. 3:182 BW).¹³ Een verdeling alleen brengt geen enkele goederenrechtelijke wijziging. De gemeenschap is na de verdeling nog niet beëindigd. Voor de overgang aan een deelgenoot is nog een levering vereist krachtens art. 3:186 BW.¹⁴ Dit betekent dat ook na de verdeling de aandelen blijven bestaan in ieder geval totdat de onverdeeldheid door de levering wordt beëindigd. Een beslag op een aandeel blijft na de verdeling op het aandeel rusten. Goederenrechtelijk is er immers nog niets gebeurd. LISV had zelfs pas na de verdeling (maar vóór de levering) beslag gelegd.

Maar wat gebeurt er bij de levering? Verdwijnt het aandeel inclusief het daarop gelegde beslag, omdat er een einde komt aan de onverdeeldheid? Of levert de beslagen deelgenoot bij de verdeling een aandeel zonder dat hij hiertoe bevoegd is, zodat deze levering niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen en het beslag nog steeds rust op het aandeel? Artikel 505 lid 3 Rv. bepaalt dat een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling, verhuur of verpachting, tot stand gekomen na de inschrijving van het proces-verbaal van beslaglegging in de openbare registers niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Wanneer de levering die volgt op de verdeling kan worden aangemerkt als een vervreemding van een aandeel¹⁵ blijft het beslag op het aandeel rusten. Er is echter geen consensus over het antwoord op de vraag wat er na de verdeling wordt geleverd: het aandeel in het gemene goed of het gehele goed?

Sommigen zijn van mening dat de verkrijger zijn deel houdt en dat de overige deelgenoten elk hun aandeel leveren aan degene aan wie het goed is toegeëerd.¹⁶ Anderen verdedigen dat de gezamenlijke deelgenoten het goed aan de deelgenoot aan wie het goed is toege-

13. Vermogensrecht (H.H. Lammers), art. 182, aant. 3.

14. Mon. Nieuw BW B-9 (M.J.A. van Mourik), p. 57.

15. Met het vervreemden is bedoeld de voltooiing van die rechtshandeling door inschrijving ervan in de openbare registers, zie F.M.J. Jansen, *Executie- en beslagrecht*, Zwolle 1990, p. 131.

16. W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen 1998) Deventer: Kluwer, p. 298; A.J.H. Pleysier, 'Moet bij een toedeling de verkrijgende deelgenoot het eigen breukdeel aan zichzelf leveren?' *De Notarisklerk*, oktober 2000, p. 186.

deeld leveren inclusief het aandeel waarin hij reeds gerechtigd was.¹⁷ In de eerstgenoemde leer blijft, zoals gezegd, het beslag op het geleverde aandeel rusten. In de laatstgenoemde leer is dat eveneens het geval wanneer men aanneemt dat de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar ten aanzien van het aandeel in het goed ook tot gevolg heeft dat hij geen scheiding en deling van de gemeenschappelijke zaak tot stand kan brengen, die aan de schuldeiser kan worden tegengeworpen.¹⁸ Wie niet zijn aandeel in een goed kan vervreemden, kan niet tezamen met de overige deelgenoten het goed zelf vervreemden.

De uitkomst wordt anders wanneer het oordeel van de Hoge Raad wordt gevolgd dat het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap een vermogensrecht van andere aard is dan de eigendom van tot de gemeenschap behorende zaken. De leer die uitgaat van de levering van de aandelen lijkt hierin niet vol te houden. Want hoe zou degene aan wie de zaak is toegedeeld de eigendom daarvan kunnen verkrijgen door levering van vermogensrechten die van andere aard zijn dan de eigendom? Deze leer gaat er juist van uit dat een aandeel een recht is van bijzondere (niet van *andere*) aard dat bij het ontstaan van de gemeenschap door splitsing van het oorspronkelijke recht zijn zelfstandigheid heeft verkregen. Wanneer door de levering de aandelen weer in een hand komen vloeien zij samen in het oorspronkelijke eigendomsrecht.¹⁹ Toepassing van de leer die ervan uit gaat dat door de gezamenlijke deelgenoten het goed zelf wordt geleverd leidt door de premisse dat het aandeel een vermogensrecht van andere aard is tot een ander resultaat. Hierdoor wordt de stelling ondergraven dat wie onbevoegd is over het aandeel te beschikken geen geldige scheiding en deling kan bewerkstelligen.²⁰ Want wie onbevoegd is te beschikken over het ene vermogensrecht

17. Mon. Nieuw BW B-9 (M.J.A. van Mourik), p. 59; S. Perrick, *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling, beschouwingen over titel 3.7 van het nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Nijmegen 1986) Zwolle: Tjeenk Willink p. 123.

18. Asser/Mijnssen/De Haan 2001, nr. 459.

19. W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen 1998) Deventer: Kluwer, p. 298 en 299.

20. In Asser/Mijnssen/De Haan 2001, nr. 459 wordt de opvatting dat het aandeel een bijzonder zakelijk recht zou zijn dan ook verworpen.

door een beslag op dit recht (op het aandeel) is nog niet onbevoegd over andere niet beslagen goederen (de zaak zelf) te beschikken. De conclusie is dat in de opvatting van de Hoge Raad de levering ingevolge art. 3:168 BW met zich brengt dat een beslag dat op een aandeel was gelegd vervalt.

Dat het beslag op een aandeel vervalt is een voor schuldeisers onwenselijk gevolg van de leer van de Hoge Raad. Dit is het gevolg van een fundamenteel misverstand. De stelling dat een aandeel een vermogensrecht van andere aard is dan eigendom verwijdt zich van de essentie van mede-eigendom: namelijk dat men tezamen met anderen de bevoegdheden van een eigenaar uitoefent.²¹ Het aandeel van een deelgenoot is in wezen niets anders dan 'een stukje eigendom'.²²

Het leggen van beslag op een aandeel in de gemeenschap had LISV wellicht niets opgeleverd, omdat de leer van de Hoge Raad met zich mee had gebracht dat dit beslag door de levering van de woning aan Grifhorst was komen te vervallen. Zou de eerste suggestie van de minister tot verhaal van een privé-vordering op een deelgenoot LISV wel hebben gebaat en had het conservatoir deelgenotenbeslag moeten leggen?

7. DE VORDERING TOT VERDELING EN HET CONSERVATOIR DEELGENOTENBESLAG

Zelfs indien de gemeenschap niet wordt verdeeld voordat tot executie hiervan wordt overgegaan is het verhaal op een aandeel in een gemeenschap om meerdere redenen geen aantrekkelijk perspectief. Wanneer zich, anders dan in de onderhavige zaak, in de gemeenschap meerdere goederen bevinden zullen deze afzonderlijk moeten

21. Zie hierover de noot van H. J. Snijders onder dit arrest in de *NJ* (publicatienummer was bij de voltooiing van dit artikel nog niet bekend).

22. 'De punten gesneden van een appeltaart zijn ook appeltaart' (beeldspraak opgetekend uit de mond van A.J.H. Pleysier).

worden beslagen, al naar gelang het soort goed.²³ Voorts moet worden bedacht dat de executoriale verkoop van een aandeel in een goed meestal niet veel zal opbrengen, omdat de executoriale koper slechts een aandeel in het goed of de goederen verkrijgt. Kortom een aandeel in een gemeenschap is geen aantrekkelijk verhaalsobject.

De schuldeiser kan zijn verhaalspositie verbeteren door gebruik te maken van zijn bevoegdheid verdeling van de gemeenschap te vorderen op grond van art. 3:180 lid 1 BW. Heeft een schuldeiser een bevel tot verdeling verkregen, dan is blijkens art. 3:180 lid 2 BW voor de verdeling zijn medewerking vereist.²⁴ Dit brengt mee dat hij ook behoort tot de groep van personen die op grond van art. 3:185 BW vaststelling van de verdeling en van de wijze van verdeling kan vorderen. De schuldeiser kan aldus toedeling vorderen van bepaalde goederen aan de deelgenoot die zijn schuldenaar is en zich vervolgens op die goederen langs de gewone weg verhalen.²⁵ De schuldeiser kan met het oog op dit verhaal conservatoir beslag leggen op *goederen* van de gemeenschap. De schuldeiser heeft deze bevoegdheid op grond van art. 733 Rv. dat bepaalt:

‘1. Hij die verdeling van een gemeenschap kan vorderen, kan de daartoe behorende goederen in beslag nemen, voor zover zij in het bijzonder in aanmerking komen om aan hem of aan de deelgenoot voor wiens aandeel hij optreedt, te worden toegedeeld.
2. Het beslag vervalt, naarmate de goederen aan een ander worden toegedeeld.’

Hoewel het hier gaat om een zogenaamd reëel beslag, wordt het door de schuldeiser uitgeoefend met het oog op zijn verhaalsuitoefening.²⁶ Door dit beslag kan worden voorkomen dat goederen waarop de schuldeiser zich na verdeling zou kunnen verhalen door de deelgenoten worden vervreemd voordat deze goederen krachtens de verdeling zijn geleverd aan de betreffende deelgenoot.

23. H. Stein, *Goed beslagen, Vormen en aspecten van het Nederlandse privaatrechtelijke executie- en beslagrecht*, Zwolle 1993 p. 97; H. Oudelaar, ‘Executie van een aandeel in een gemeenschap van een of meer goederen’, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1987/3, p. 75.

24. Van Mourik vraagt zich af of dit bij de bijzondere gemeenschappen niet een te vergaande bevoegdheid is (Mon. Nieuw BW B-9, p. 42).

25. Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 84 e.v.

26. Burgerlijke Rechtsvordering (H. Stein), art. 733, aant. 3.

Dit beslag biedt geen zekerheid dat het verhaal ook een succes wordt. De vordering tot toedeling van het beslagen goed aan de schuldenaar zal eerst nog moeten worden toegewezen. Is dat niet het geval en wordt het goed toegedeeld aan een andere deelgenoot dan vervalt het beslag op grond van art. 733 lid 2 Rv. Bepleit kan worden dat door zaaksvervanging het beslag komt te liggen op hetgeen in de plaats van het niet-toegedeelde goed wel aan de schuldenaar wordt toegedeeld of op de vordering wegens overbedeling. Het leerstuk van de zaaksvervanging heeft in het beslagrecht zijn toepassing gevonden in de artikelen 455a en 507a Rv. Vorderingen tot vergoeding die na de inbeslagneming in de plaats van de zaak zijn getreden vallen hierdoor eveneens onder het beslag.²⁷

Wat de positie van de beslaglegger is wanneer de zaak wel aan de schuldenaar wordt toegedeeld en geleverd is niet duidelijk. Omdat in de wet niet is bepaald dat het conservatoir deelgenotenbeslag overgaat in een executoriaal beslag zal de schuldenaar alsnog executoriaal verhaalsbeslag moeten leggen.²⁸

LISV had de weg van de vordering tot verdeling en het leggen van conservatoir deelgenotenbeslag op de woning niet met succes kunnen bewandelen.²⁹ Toen de vordering op D. ontstond had de verdeling tussen Grifhorst en D. waarbij de woning aan Grifhorst was toegedeeld al plaatsgehad (28 juli 1993). Krachtens deze verdeling had Grifhorst recht op levering van de woning. Een vordering tot verdeling en tot vaststelling van een wijze van verdeling zo dat de woning aan D. zou moeten worden toegedeeld en worden geleverd was

27. W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen 1998) Deventer: Kluwer, p. 332 en 333.

28. Stein bepleit de regeling van art. 737 lid 2 Rv. analoog toe te passen (Burgerlijke Rechtsvordering (H. Stein), art. 733 aant. 5). Een voorbeeld waarin voor recht werd verklaard dat het conservatoir deelgenotenbeslag overging in een executoriaal verhaalsbeslag is Rb 's-Gravenhage, 7 juni 2000, *Vakstudienieuws* 2001/13.32.

29. In noot 29 van haar conclusie wijst A-G Wesseling-van Gent op de mogelijkheid beslag op het goed in zijn geheel te leggen door middel van het conservatoire deelgenotenbeslag. Omdat LISV dit beslag nimmer heeft beoogd en het cassatiemiddel er niet over rept laat zij het verder in haar conclusie buiten beschouwing.

daarom te laat gekomen. Niet goed denkbaar is dat de rechter in strijd met het recht op levering dat Grifhorst had verkregen, had beslist dat de woning aan D. zou moeten worden geleverd. Het leggen van conservatoir deelgenotenbeslag, nadat het goed reeds is toegedeeld aan de ander, is bovendien in strijd met art. 733 lid 2 Rv. Het beslag vervalt als het goed aan de deelgenoot, die geen schuldenaar is, wordt toegedeeld. De schuldenaar heeft geen recht meer op levering van dat goed. Zijn schuldeiser heeft hierdoor ook geen belang meer bij beslag op dat goed.³⁰

Het lijkt erop dat er voor LISV één mogelijkheid overbleef om tot verhaal van zijn vordering te komen: het leggen van derdenbeslag onder de gezamenlijke deelgenoten.

8. DERDENBESLAG ONDER DE GEZAMENLIJKE DEELGENOTEN

De schuldeiser kan volgens de minister ook derdenbeslag leggen onder de gezamenlijke deelgenoten op al hetgeen zij aan de schuldenaar-deelgenoot uit hoofde van verdeling zullen moeten uitkeren en verwijst daarbij naar art. 3:186 BW (de levering na verdeling). Dit betekent dat dit beslag effect heeft zowel in het geval het vóór als in het geval het na de verdeling wordt gelegd. Dit is voor een schuldeiser een voordeel, omdat het hem als buitenstaander niet altijd bekend zal zijn of de verdeling al heeft plaatsgehad. De verdeling kan immers in de meeste gevallen vormvrij geschieden (art. 3:183 BW), zodat zelfs indien er registergoederen bij de verdeling zijn betrokken, hiervan geen onderhandse- of notariële akte behoeft te zijn opge maakt.

Waarop wordt dit derdenbeslag gelegd: op het te leveren goed zelf of op de vordering tot levering van dit goed? De tekst van de memorie van toelichting lijkt te suggereren dat het beslag op de goederen zelf komt te rusten. Een dergelijke interpretatie zou in strijd zijn met art. 475 lid 1 Rv. Een derdenbeslag is mogelijk op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrij-

30. H. Oudelaar, *Recht Halen, Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer 2000, p. 153.

gen.³¹ In geval van een verdeling rust het beslag derhalve op de vordering tot levering van een goed (of van meerdere goederen) en/of op de vordering wegens overbedeling.

Het beslag moet volgens de memorie van toelichting worden gelegd onder de 'gezamenlijke deelgenoten'.³² Dit past het beste in de leer dat bij de levering ingevolge art. 3:186 BW de gezamenlijke deelgenoten het goed aan de deelgenoot aan wie het goed is toegedeeld leveren inclusief het aandeel waarin hij reeds gerechtigd was. Met de leer dat de verkrijger zijn aandeel houdt en dat de overige deelgenoten elk hun aandeel leveren aan degene aan wie het goed is toegedeeld lijkt deze toelichting minder goed aan te sluiten. De 'gezamenlijke deelgenoten' worden aangemerkt als de derde onder wie het derdenbeslag wordt gelegd. Niet ondenkbeeldig is dat deze 'gezamenlijkheid' in de praktijk tot problemen kan leiden bij het doen van verklaring (art. 467a Rv.) en de verplichting tot afgifte (art. 477 Rv.).

Wanneer we ons weer verplaatsen in de positie van LISV zou men, uitgaande van de wetenschap dat er een gemeenschap bestaat waarin zich uitsluitend een onroerende zaak bevindt, derdenbeslag kunnen leggen onder de gezamenlijke deelgenoten op de vordering tot levering aan D. van de onroerende zaak én onder beide deelgenoten op de vordering wegens overbedeling. Blijkt hierna uit de verklaring van de derde-beslagenen dat bij de verdeling de woning niet aan de deelgenoot-schuldenaar is toegedeeld, dan resteert het verhaal op de vordering op de andere deelgenoot wegens overbedeling.

9. CONCLUSIE

De schuldeiser die zijn privé-vordering wil verhalen op een aandeel dat zijn schuldenaar heeft in een gemeenschap bevindt zich in een geenszins benijdenswaardige positie. Hij zal moeten beoordelen in hoeverre de drie door de minister voorgestelde wegen tot succes in

31. H. Oudelaar, *Recht Halen, Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer 2000, p. 84.

32. Voor de vordering wegens overbedeling zal beslag moeten worden gelegd onder de deelgenoot die bij de verdeling is overbedeeld.

zijn zaak kunnen leiden. Hierbij passeren vele dogmatische vragen de revue: wat is een aandeel, wat gebeurt er bij een verdeling van een gemeenschap en bij de daarop volgende levering, welke gevolgen heeft een beslag en in hoeverre kan er sprake zijn van zaaksvervanging? Zijn conclusie zou kunnen zijn dat het beslag op een aandeel in de gemeenschap onaantrekkelijk is. Bovendien heeft het arrest Grifhorst/LISV door het hierin gegeven oordeel over de aard van een aandeel in een gemeenschap het risico vergroot dat dit beslag na de levering krachtens de verdeling zal vervallen. Het vorderen van verdeling in combinatie met een conservatoir deelgenotenbeslag is uitsluitend een mogelijkheid indien nog geen verdeling heeft plaatsgehad. De meeste kans op succes lijkt te worden geboden door het derdenbeslag op verschillende vorderingen onder de gezamenlijke deelgenoten. Zo bezien doet een advocaat er verstandig aan voor alle drie de ankers te gaan liggen. Niet alleen omdat hij van tevoren niet alle feiten kan kennen (b.v. heeft er al een verdeling plaatsgehad?), maar ook omdat op veel rechtstheoretische punten onduidelijkheid bestaat. Moge de hoogte van de vordering van zijn cliënt de kosten verbonden aan de verschillende beslagen en vorderingen rechtvaardigen.

Coauteurschap en gemeenschap

*F.W. Grosheide**

1. INLEIDING

1.1 Indien twee auteurs geen regeling hebben getroffen voor het gebruik en het beheer van een aan hen beiden toekomend auteursrecht, is ieder van hen in beginsel gerechtigd tot het exploiteren van dit auteursrecht, ook zonder medewerking van de ander. Voorts brengen redelijkheid en billijkheid mee dat, ingeval een van de auteurs op eigen gelegenheid tot exploitatie overgaat, de ander in de opbrengsten daarvan deelt in verhouding tot het belang van ieders aandeel in het werk waarop het auteursrecht betrekking heeft. Bovendien moet bij de exploitatie het persoonlijkheidsrecht van de andere auteur worden gerespecteerd.

Aldus oordeelde het Bossche Hof, optredend als appelrechter met betrekking tot een kortgedingvonnis van de Bredase President, in zijn *Rooyakkers/Wouters*-arrest van 1994.¹ In de tot juridische problemen aanleiding gevende casus hadden Rooyakkers en Wouters gezamenlijk studiemateriaal gemaakt voor verkeersonderricht waarbij volgens de feitelijke vaststelling van het Hof:

‘globaal gesproken Rooyakkers als tekstschrijver en regisseur van de foto’s, Wouters als vormgever, fotograaf en verzorgen van situatietekeningen e.d.’

was opgetreden. De problemen hadden betrekking op door Rooyakkers buiten Wouters om gemaakte nieuwe drukken van het desbetreffende studiemateriaal waarmee volgens Wouters inbreuk werd gemaakt op het aan hem en Rooyakkers gezamenlijk toekomende auteursrecht op de door hen ontwikkelde *verkeersleermiddelen* (zoals het Hof dat noemt).

1.2 Bovenstaande casus illustreert de gecompliceerde verhouding die naar actueel Nederlands auteursrecht bestaat tussen het subject en het

* Prof. mr. F.W. Grosheide is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

1. Hof Den Bosch 27 december 1994, *NJ* 1995, 623 (DWFV); *IER* 1995/4, p. 146; *AMI* 1996/6, p. 116 (FWG) (Rooyakkers/Wouters).

object van dat recht. Blijkens art. 1 Auteurswet 1912 (Aw) is subject eerst en vooral de individuele maker, object een werk van letterkunde, wetenschap of kunst. Wie een individuele maker is, wat een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, zegt de wet echter niet.² Uit de rechtspraak blijkt dat het eerste bepaald wordt door het tweede en vice versa. Zo leert het *Van Dale/Romme*-arrest³ dat:

‘wil een voortbrengsel kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in art. 1 in verbinding met art. 10 Aw, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.’

De duidelijk personalistische benadering van maker en werk die uit de geciteerde overweging blijkt, vindt men terug in art. 45a Aw bij de regeling van auteursrecht op filmwerken. Als makers van een filmwerk worden daar immers aangemerkt:⁴

‘de natuurlijke personen die tot het ontstaan van het filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd.’

Met het voorgaande is echter nog niet alles gezegd. Dat de natuurlijke persoon in het wettelijke systeem als subject van auteursrecht de eerst in aanmerking komende rechthebbende is, betekent namelijk niet dat hij ook de enige mogelijke rechthebbende is. Behalve deze, ook als werkelijke maker aangeduide, rechthebbende komen in het wettelijk systeem ook anderen voor die kwalificatie in aanmerking. In dit verband pleegt te worden onderscheiden tussen originele makers (behalve de natuurlijke persoon ook bijvoorbeeld de werkge-

2. De Auteurswet 1912 (Aw) spreekt, in weerwil van zijn naam, nergens over *auteur* maar altijd over *maker*. Maker is, zoals hierna blijkt uit de hoofdtekst, een rechtsbegrip dat kan verwijzen naar de natuurlijke persoon die feitelijk een werk maakt, diens rechtsoptvolgers zowel als makers door wetsduiding. Met de term *subject* wordt gerefereerd aan al die verschillende posities als auteursrechthebbende. Ook *werk* is een rechtsbegrip – zie opnieuw hierna in de hoofdtekst – dat verwijst naar de uitkomst van het maken. Het subjectieve auteursrecht waarop de Aw blijkens art. 1 betrekking heeft, is een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.
3. HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (DWFV); *AMI* 1991, p. 177 (JHS); *IER* 1991, p. 96 (FWG); *AA* 1992, p. 84 (PBH).
4. Vgl. J.B.M. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, Deventer: Kluwer 1994.

ver (art. 7 Aw) en de rechtspersoon (art. 9 Aw)) en derivatieve makers (bijvoorbeeld de auteursrechthebbende krachtens vererving of overdracht van auteursrecht (art. 2 Aw).

2. GEMEENSCHAPPELIJK AUTEURSRECHT

2.1 Van een bijzondere vorm van makerschap is ook sprake in gevallen waarin als gevolg van samenwerking tussen meerdere makers samengestelde werken ontstaan. Op verschillende manieren, zo schrijft Van Lingen:⁵

'kan een werk, dat zich als eenheid presenteert, zijn samengesteld uit afzonderlijke werken. Die onderdelen kunnen van verschillende auteurs afkomstig zijn, dan wel van een en dezelfde maker. Maar ook in het geval dat een werk zich niet in zelfstandige onderdelen laat splitsen, kan dit door meerdere makers, in diverse vormen van samenwerking, tot stand zijn gebracht.'

Al naar gelang de vorm van samenwerking is sprake van verschil in juridisch regiem met betrekking tot het samengestelde werk, zij het dat steeds van een bepaalde vorm van gezamenlijkheid wordt uitgegaan ten aanzien van de uitoefening en de handhaving van het auteursrecht op een dergelijk werk.

In het systeem van de wet komen – al dan niet met zoveel woorden (zie artt. 1, 26, 6, 5, 10 (2)) – vijf categorieën van samengestelde werken respectievelijk coauteurschap aan bod:

- a. het werk is splitsbaar in afzonderlijke bijdragen van verschillende auteurs (b.v. een lied heeft een tekstdichter en een componist);
- b. het werk heeft meerdere auteurs, wier bijdragen tot een geheel zijn samengevoegd en die in het totale werk niet meer afzonderlijk afsplitsbaar zijn (b.v. muzikale composities van Bolland&Bolland);
- c. het werk is samengesteld uit verschillende bijdragen die naar het ontwerp en onder toezicht van één auteur zijn gemaakt (b.v. Tom Poes-stripbundels uit de studio van Marten Toonder);
- d. het werk bestaat uit verschillende bijdragen maar is tot stand gekomen onder leiding en toezicht van een verzamelaar (b.v. een bloemlezing van gedichten);

5. N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Martinus Nijhoff 2002, p. 29.

- e. het werk is terug te voeren op reeds bestaand werk – zogeheten *oeuvre de seconde main* – (b.v. vertalingen en bewerkingen van oorspronkelijk werk).

2.2 Gemeenschappelijk (ook: mede-) auteursrecht is de enige categorie van coauteursrecht die in verband met het leerstuk gemeenschap aan de orde moet komen. Het criterium aan de hand waarvan gemeenschappelijk auteursrecht kan worden onderscheiden van andere samengestelde werken is door de Hoge Raad geformuleerd in het *La Belle et La Bête*-arrest uit 1949: beslissend is of het werk is ontstaan door een zodanige samenwerking van de auteurs dat ieders afzonderlijke bijdrage daarvan niet meer te scheiden is en buiten het verband van het geheel dan ook geen voorwerp van afzonderlijke beoordeling kan zijn.⁶ Met Spoor/Verkade wordt het door de Hoge Raad geformuleerde criterium zo uitgelegd dat wil sprake zijn van onscheidbaarheid van bijdragen een zeer nauwe samenwerking van makers vereist is.⁷ Bijgevolg zal in het algemeen scheidbaarheid kunnen worden aangenomen in gevallen van samenwerking tussen makers met verschillende beroepen die ieder hun eigen aandeel leveren in het geheel. Ter vermijding van mogelijke conflicten doen de betrokken auteurs er goed aan hun relatie met betrekking tot zowel de uitkomst van hun gezamenlijke inspanning als van ieders eigen onderdeel daarin contractueel duidelijk vast te leggen. Alles met dien verstande dat die relatie dan mede zal worden bepaald door de vereisten van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW jo. art. 3:12 BW) en misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).

2.3 Is overeenkomstig het *La Belle et La Bête*-criterium sprake van gemeenschappelijk auteursrecht dan kan volgens de gevestigde opvatting de *uitoefening* (ook: *exploitatie*) van het gemeenschappelijk auteursrecht (i.e. het verrichten van daden van beschikking en beheer) slechts door de auteurs gezamenlijk geschieden. Daarentegen kan de *handhaving* van het gemeenschappelijke auteursrecht in geval van inbreuk daarop door iedere auteur afzonderlijk worden gepraktiseerd. Dit geldt zowel tegenover derden als tegenover andere coauteur(s). Dus: indien er twee auteurs c.q. auteursrechthebbenden zijn,

6. HR 25 maart 1949, *NJ* 1950, 643 (DJV) (*La Belle et La Bête*).

7. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 29; 398.

van wie een van beiden zonder toestemming van de ander tot exploitatie van het auteursrecht overgaat dan wel daartoe aan een derde toestemming verleent, dan kan de eerste zowel tegen zijn coauteur als tegen die derde rechtsmaatregelen nemen.⁸ Gemeenschappelijk auteursrecht is niet als zodanig in de wet geregeld. Wel noemt de wet dit geval in art. 26 Aw in verband met de handhaving van een aan twee of meer personen toekomend gemeenschappelijk auteursrecht. In weerwil van het feit dat art. 26 alleen spreekt over handhaving neemt men – in overeenstemming met het opschrift van Hoofdstuk II waarin het is geplaatst en dat zowel van uitoefening als handhaving spreekt – algemeen aan dat uitoefening en handhaving beide op deze bepaling kunnen worden teruggevoerd. Voorts regelt art. 37 Aw de duur van een gemeenschappelijk auteursrecht.

3. ESSENTIALIA VAN GEMEENSCHAP

3.1 Het *La Belle et La Bête*-arrest, dat nog steeds de standaard bevat voor de benadering van gemeenschappelijk auteursrecht, rept niet van een algemeen burgerlijkrechtelijke rechtsfiguur gemeenschap die daarvan het prototype zou vormen. Dat spreekt natuurlijk nogal vanzelf omdat in het oude BW de gemeenschap niet als afzonderlijke rechtsfiguur werd behandeld en werd besproken in het kader van de mede-eigendom.

Het is daarom de moeite waard om na te gaan of de regels van het standaardarrest, overeenkomen met wat onder vigeur van de sedertdien ingevoerde algemene regeling in Boek 3, Titel 7 BW (nieuw) dient te gelden. Daarbij moeten twee punten in gedachten worden gehouden. In de eerste plaats dat in het algemeen gesproken de ontwikkeling van het burgerlijk recht en het auteursrecht zich sinds het einde van de 19^{de} eeuw zelfstandig en zonder *rapport* met elkaar hebben ontwikkeld.⁹ In de tweede plaats dat op de verhouding van beide rechtsgebieden het leerstuk van de *lex generalis* en de *lex specialis* van toepassing is.

Om het onderzoek naar behoren uit te kunnen voeren is het nodig om enkele met het oog op gemeenschappelijk auteursrecht relevante elementen van de gemeenschap te recapituleren.

8. Ibidem.

9. F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat*, Deventer: Kluwer 1986.

3.2 Blijkens art. 3:166 BW is gemeenschap aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten. In de wettelijke systematiek wordt uitgegaan van twee soorten gemeenschap: de eenvoudige gemeenschap (i.e. de gemeenschap van één of meer goederen) en de bijzondere gemeenschap (i.e. de gemeenschap van bepaalde algemeenheden van goederen). Het specifieke van de gemeenschap van een algemeenheid van goederen is dat deze een afgescheiden vermogen vormen. Van belang is dat ingevolge art. 3:180 BW de toepasselijkheid van de in het algemeen dwingendrechtelijke regels van Titel 7 is uitgezonderd voor bepaalde in dat artikel genoemde bijzondere gemeenschappen aangezien daarvoor de eigen specifieke wettelijke regels gelden. Gemeenschappelijk auteursrecht is in dit artikel niet genoemd. De wet bedient zich voorts niet van de in de literatuur gebezigde termen gebonden gemeenschap en vrije gemeenschap, maar honoreert het onderscheid, hierin bestaande dat al dan niet vrij over het aandeel in de gemeenschap kan worden beschikt, door als ongecodeerd uitgangspunt te nemen dat de rechtsverhouding tussen de deelgenoten, welke inhoud is gekleurd door hun afspraken en de aard van de gemeenschap, bepaalt wat de rechtsgevolgen zijn (vgl. artt. 3:168, 3:175 en 3:191 BW).¹⁰

Art. 3:168 lid 1 bepaalt dat de deelgenoten in de gemeenschap het genot, het gebruik en het beheer van gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst kunnen regelen en dat bij gebreke daarvan alsmede in het in dit artikel (lid 2) voorziene geval een door de redelijkheid en billijkheid ingegeven, regeling kan worden getroffen. Een ter zake de gemeenschappelijke goederen getroffen onderlinge regeling impliceert de verlening van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Tenzij een dergelijke regeling anders bepaalt, is iedere deelgenoot tot het gebruik van de gemeenschappelijke goederen bevoegd (art. 3:169), mits dit gebruik met het recht van de overige deelgenoten te verenigen is. De begrippen *genot*, *gebruik* en *beheer* vinden in de wet geen omschrijving. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat zij in beginsel moeten worden verstaan in hun spraakgebruikelijke betekenis.¹¹

10. M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Mon. Nieuw BW B-9 (2001), p. 1-3.

11. Van Mourik, gerefereerd in noot 10, p. 9-19.

3.3 Uit art. 3:170 lid 2 BW volgt verder dat onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van een goed dienstig kunnen zijn. Uitgangspunt is daarbij dat beheer gebeurt door alle deelgenoten gemeenschappelijk. Elke deelgenoot kan echter zelfstandig beheersdaden verrichten, die in het algemeen geen uitstel gedogen.¹² Onder normale exploitatiehandelingen kunnen ook beschikkingshandelingen vallen.¹³ Ingevolge art. 3:170 lid 3 kunnen daden van beschikking, die niet zijn daden van beheer, slechts door alle deelgenoten gezamenlijk worden verricht. Voor dergelijke handelingen geldt dus dat de deelgenoten geen contractuele regeling kunnen treffen waarbij wordt afgeweken van de hoofdregel.¹⁴

Het voorgaande moet ten slotte nog worden genuanceerd in zoverre dat niet alleen de al dan niet zelfstandige beschikkingsbevoegdheid van de deelgenoten over een gemeenschappelijk goed in het kader van de gemeenschap van belang is. Ditzelfde geldt met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid van een deelgenoot ten aanzien van zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed. Te dien aanzien zijn verschillende posities te onderscheiden. Ingevolge art. 3:175 lid 1 BW kan iedere deelgenoot, tenzij uit hun rechtsverhouding anders voortvloeit, over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed beschikken. Idem kan iedere deelgenoot verdeling van een gemeenschappelijk goed vorderen (art. 3:178 BW). Voor bijzondere gemeenschappen (de met zoveel woorden door de wet genoemde) geeft Afdeling 2 van Titel 7 bijzondere regels.¹⁵

4. AUTEURSRECHT EN GEMEENSCHAP

4.1 Uit het voorafgaande volgt dat uit Boek 3 Titel 7 BW wel volgt wanneer rechtens sprake is van een gemeenschap en wat daarvan de rechtsgevolgen zijn, maar niet hoe een gemeenschap tot stand komt. Wat het gemeenschappelijk auteursrecht betreft moet voor dat laatste nog altijd te rade worden gegaan bij het genoemde *La Belle et la Bête*-arrest. Ingevolge dat arrest leidt meervoudig makerschap van

12. MvA II, PG 3, p. 587.

13. MvA II, PG 3, p. 588.

14. MvA II, PG 3, p. 589.

15. Van Mourik, gerefereerd in noot 10, p. 21 e.v.

samengestelde werken tot meervoudig auteursrecht dat vervolgens kwalificeert als gemeenschappelijk auteursrecht wanneer de afzonderlijke bijdragen in het samengestelde werk onscheidbaar zijn. In de desbetreffende casus moest de Hoge Raad zich een oordeel vormen over de volgende twee te onderscheiden gevallen. Is reeds sprake van een gemeenschappelijk auteursrecht indien het een werk betreft waarin de samengebrachte bijdragen een esthetische eenheid opleveren zoals zich dat kan voordoen bij een film met muziek, een boek met illustraties of een melodie en een tekst? Of is daarvoor nodig dat de verschillende bijdragen niet te scheiden zijn zoals wanneer twee schilders een schilderij maken. De keuze viel op de laatste benadering. Dit leidde er in de concrete casus toe dat met betrekking tot de film *La Belle et La Bête* filmmaker en componist van de filmmuziek ieder een eigen auteursrecht werd toegekend.¹⁶

Hoe te oordelen indien zich gemeenschappelijk auteursrecht daadwerkelijk voordoet, komt in het *La Belle et La Bête*-arrest dus niet aan de orde. En ook in latere jaren – net zo min als in eerdere overigens – heeft de Hoge Raad geen gelegenheid gehad zich daarover uit te laten. In de aan het nieuwe BW voorgaande literatuur pleegt men de relatie tussen coauteurs te beantwoorden aan de hand van art. 26 Aw en in de tekst van deze bepaling uitoefening naast de daarin met zoveel woorden genoemde handhaving in te lezen.

4.2 Per saldo is dan ook het *Rooyakkers/Wouters*-arrest de eerste (en bovendien tot dusver enige) rechterlijke uitspraak waarin de rechtsgevolgen van gemeenschappelijk auteursrecht ten principale aan de orde komen. Aan de in onderdeel 1 reeds globaal omschreven casus kan tot goed begrip van het vervolg nog het volgende worden toegevoegd. De hier te bespreken uitspraak volgt op een eerdere waarbij in gewijsde was beslist dat partijen coauteurs waren. Wat de feitelijke gang van zaken betreft staat vast dat na een harmonieus begin met de eerste druk van het bewuste werk, Wouters enige vervolgdrukken op eigen kosten heeft verzorgd zonder dat Rooyakkers daarvoor vergoedingen ontving waarover de eerste onenigheid ontstond. Toen vervolgens Wouters wegens financiële problemen van verdere uitgave afzag, heeft Rooyakkers het werk herzien en aangepast aan nieuwe wetgeving en daarvan enige drukken bij een andere uitgever

16. Spoor/Verkade, gerefereerd in noot 7, p. 29-30.

gepubliceerd. Naar de feitelijke vaststelling door het Hof is Rooyakkers, ondanks zijn pogingen daartoe, er niet in geslaagd:

‘het werk een eigen persoonlijk karakter te geven, zodat Wouters niet meer als mede-auteur zou kunnen gelden.’

Ergo: er was nog steeds sprake van coauteurschap.

4.3 Hoe staat het Hof, gegeven de eigen vaststelling van coauteurschap, tegenover het door de President gegeven exploitatieverbod c.a.? Het Hof wijst dit af en overweegt daartoe als volgt.

Aangezien het auteursrecht op het litigieuze werk een goed is, zijn beide auteurs aan te merken als deelgenoten in een gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW die is ontstaan als gevolg van het gezamenlijk creëren van het werk. Op de partijverhouding is bijgevolg, met inachtneming van de speciale regels van het auteursrecht (i.e. art. 26 Aw) zowel als de eisen van redelijk en billijkheid, de regelgeving van Boek 3 Titel 7 BW van toepassing. Het Hof overweegt aansluitend dat noch door partijen noch door de kantonrechter een bijzondere regeling is getroffen met betrekking tot het gebruik en het beheer van het gemeenschappelijk auteursrecht, en past vervolgens art. 3:169 BW toe. Dat artikel – zie hiervoor onderdeel 3.2 – maakt ieder van de deelgenoten bevoegd tot exploitatie zonder medewerking van de ander, mits maar met eerbiediging van diens rechten. Nu van schending van rechten, in het bijzonder persoonlijkheidsrechten van Wouters, volgens het Hof geen sprake is, worden de door Wouters gevraagde voorzieningen geweigerd (*afgewezen*, zegt het Hof). Het doet dit echter met de volgende curieuze overweging:

‘Naar ’s Hofs voorlopig oordeel brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid in dit geval mede, nu partijen geen regeling als bedoeld in artikel 168 van Boek 3 hebben getroffen, dat enerzijds Rooyakkers het werk moet kunnen blijven uitgeven, doch dat anderzijds Wouters desgewenst moet kunnen delen in de revenuen daarvan en wel in een redelijke verdeling (...).’

Deze overweging is curieus omdat – aangenomen dat art. 3:169 in casu van toepassing zou zijn waarover hierna – art. 3:169 wel verwijst naar het recht van de andere deelgenoot waarmee het gebruik van de eerste deelgenoot te verenigen moet zijn, maar niet naar de *rebi*-eisen. Het lijkt wat veel van het goede om bij gebreke

van strijd met het recht van de andere deelgenoot (Wouters) de eerste deelgenoot (Rooyakkers) toch tot een andere houding te veroordelen met beroep op de redelijkheid en billijkheid.

4.3 Dat hier iets wringt, is een gevolg van het feit dat het Hof ten onrechte art. 3:169 in plaats van art. 3:168 jo. art. 3:170 toepast. Met Verkade in zijn NJ-noot (en onder verwijzing naar mijn eigen Informatie/AMI-noot) onder dit arrest meen ik dat het Hof de eigenmachtige exploitatie van het gemeenschappelijke auteursrecht door Rooyakkers ten onrechte als *gebruik* heeft aangemaakt. Gebruik in de zin van art. 3:169 ziet op eigen gebruik van een gemeenschappelijk goed door een deelgenoot (b.v. het gebruik van een gemeenschappelijk plezierjacht of een gemeenschappelijke (kantoor)bibliotheek). Dat eigen gebruik is inderdaad vrijgesteld van instemming van of medewerking door de andere deelgenoot. In casu is echter van een dergelijk (eigen) gebruik geen sprake. Het gaat veeleer om het in art. 3:170 lid 2 voorziene beheer dat betrekking heeft op:

‘handelingsen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn.’

Dergelijk beheer moet – behoudens andersluidende onderlinge regeling of regeling vanwege de kantonrechter – door de deelgenoten gezamenlijk geschieden. In dezelfde zin bepaalt art. 26 Aw in de ruime lezing dat uitoefening en handhaving van het gemeenschappelijke auteursrecht door de deelgenoten tezamen moet gebeuren. Een mogelijke impasse als gevolg van onenigheid tussen deelgenoten moet worden opgelost door de kantonrechter op de voet van art. 3:168 lid 2 BW. Dat zou ook in casu de juiste gang van zaken zijn geweest. De in art. 3:168 lid 2 BW voorziene redelijkheids- en billijkheidstoetsing lijkt namelijk niet bedoeld voor de situatie van beheer zolang daarin niet door de kantonrechter is beslist. Hoewel het oordeel van het Hof dus dogmatisch of technisch-juridisch incorrect is, geeft het wel blijk van het juiste gevoel dat in gemeenschapsverhoudingen richtinggevend moet zijn. Wouters verliest maar weet – als hij het arrest goed leest – wat hem te doen staat: de kantonrechter adieren en om een behoorlijke beheersregeling verzoecken.

5. BESLUIT

Gemeenschappelijk auteursrecht (of ook: coauteursrecht) is als rechtsfiguur erkend en rudimentair uitgewerkt in de Auteurswet 1912. Rechtspraak voorafgaande aan de invoering van het nieuwe BW en de daarin opgenomen regeling van de gemeenschap, heeft aan de figuur van het gemeenschappelijke auteursrecht nadere invulling gegeven door aan te geven naar welk criterium het bestaan van gemeenschappelijk auteursrecht moet worden afgemeten (*La Belle et La Bête*-arrest). Hoe dit coauteursrecht moest worden uitgeoefend en gehandhaafd, bleef echter onuitgewerkt, ook al omdat de rechter geen gelegenheid kreeg om zich daarover uit te laten. Dat werd pas anders met het *Rooyakkers/Wouters*-arrest, gewezen na invoering van het nieuwe recht, waarin terecht de regeling van de gemeenschap op het gemeenschappelijk auteursrecht van toepassing werd geacht. De voorheen als basis voor de benadering van het gemeenschappelijke auteursrecht gekozen bepaling van art. 26 Aw is daarmee de plaats gegeven die het toekomt: een geheugensteun voor de rechtstoepasser dat bij uitoefening en handhaving van het auteursrecht ook met de persoonlijkheidsrechten moet worden rekening gehouden. Voor het overige geldt ook voor het gemeenschappelijk auteursrecht de regeling van het gemene recht.

Collectief beheer van vastgoed

OVER APPARTEMENTSRECHTEN, MANDELIGHEID EN DE VERENIGING
VAN DEELGENOTEN

*H.D. Ploeger**

1. EEN GEMEENSCHAPPELIJK BELANG

Een onroerende zaak die gemeenschappelijk eigendom is, is niets bijzonders. Samenwonende partners kopen gezamenlijk een huisje; X, eigenaar van een Wassenaarse villa, overlijdt en laat twintig erfgenamen achter.

Deze bijdrage gaat niet over dergelijke gemeenschappen. Een specifiek verband tussen de gemeenschap en de onroerende zaak ontbreekt. De genoemde huizen hadden evengoed een fiets of een zeiljacht kunnen zijn.

Aandacht verdienen wel twee bijzondere vormen van gemeenschappelijk eigendom: de mandeligheid en het appartementsrecht.¹ Hun afwijkend karakter blijkt reeds uit hun eigen regels, die niet voor andere gemeenschappen gelden. De mandeligheid wordt nader geregeld in titel 5.5. Voor het appartementsrecht geldt dat de bepalingen in titel 3.7 zelfs in het geheel niet van toepassing zijn.

Het bijzondere karakter berust daarop dat zij, om een oud BW term te gebruiken, vormen van ‘gebonden mede-eigendom’ zijn. Elke gewone gemeenschap heeft strikt genomen de bestemming om ooit tot een einde te komen. Iedere deelgenoot kan immers verdeling vorderen (art. 3:178 BW). Daarentegen zijn de mandeligheid en het appartementsrecht juist gericht op hun voortbestaan, op een duurzame relatie tussen de deelgenoten. Verdeling is niet mogelijk zolang de mandeligheid resp. de splitsing niet is opgeheven.

* Mr. H.D. Ploeger is verbonden aan de TU Delft, afdeling Geodesie, sectie Geoinformatie en grondbeleid.

1. De coöperatieve eigendom, zoals bijvoorbeeld de coöperatieve flatexploitatie-maatschappij, laat ik buiten beschouwing. Ik beperk mij tot de gevallen waarin men als deelgenoot rechtstreeks tot de zaak gerechtigd is en niet via het lidmaatschap van de vereniging.

Die continuïteit is verklaarbaar. In beide gevallen is er sprake van een collectief belang: de gedeelde verantwoordelijkheid voor de zaak die de erven van alle deelgenoten duurzaam dient, of het instandhouden van het complex waarbinnen ieder zijn flatwoning heeft.

In deze bijdrage kijk ik nader naar de kenmerken van deze twee gemeenschappen, en de rol die een vereniging van deelgenoten bij het beheer daarvan speelt (appartementenrecht) of kan spelen (mandeligheid). De vereniging van deelgenoten gebruik ik als overkoepelende term, nu de wetgever de benaming 'vereniging van eigenaars' heeft gereserveerd voor de beherende rechtspersoon bij appartementencomplexen.

Op dit punt is het goed om een tweede terminologische opmerking te maken. Ik spreek telkens over een zaak die gemeenschappelijk eigendom is. Maar de medegerechtigdheid kan ook een beperkt recht betreffen. De splitsing van een recht van erfpacht of opstal in appartementenrechten, of een erfpachtrecht dat mandelig is gemaakt.² Voor het betoog maakt dat echter geen verschil.

2. VAN MARKE NAAR PARKMANAGEMENT

De gemeenschap als instrument voor duurzaam beheer van vastgoed heeft oude wortels. In de middeleeuwen ontstonden zogenaamde 'markegenootschappen'.³ Deze kwamen vooral voor in het oosten van het land. Maar ook de beroemde 'erfgooiers', met hun rechten op grond rond Hilversum, zijn een voorbeeld van een dergelijke marke.

De marke bestond uit gemeenschappelijke terreinen rond landbouwbedrijven; woeste grond (weidegronden, heide en bossen), waarop het vee kon grazen, plaggen werden gestoken en hout werd gekapt. De eigendom van de marke berustte bij de eigenaren van bepaalde boerderijen, terwijl de omvang van het gebruiksrecht afhankelijk was van een vastgesteld aandeel in de gemeenschap

2. Ik neem aan dat een erfpachtrecht ook mandelig kan zijn. Zie Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten 3-II, Deventer 1996, nr. 162. Het is hier niet de plaats om in te gaan op het argument dat de wet dat niet zou toelaten nu alleen wordt gesproken over 'eigendom' en 'eigenaar'.
3. A.J.M. Kunst, *Historische ontwikkeling van het recht*, Deel II, Zwolle 1968, p. 232 e.v.

(‘waardeel’). Gebruik door anderen was alleen toegelaten met toestemming en tegen vergoeding. Bij de zogenaamde ‘gesloten markegenootschappen’ was het zelfs onmogelijk om nieuwe deelgenoten toe te laten. In de loop der tijd leidde dit tot onwenselijke situaties. De eigenaar van een vervallen boerderij bleef gerechtigd in het gebruik van de gemeenschappelijke weide, terwijl een gezond, maar later gesticht boerenbedrijf niet kon profiteren van deze voordelen.

Na 1800 zijn de markegenootschappen langzaam maar zeker opgeheven. Het middeleeuwse instituut dat oorspronkelijk een voorwaarde was voor het succesvol bedrijven van landbouw onder moeilijke omstandigheden, werd juist een sta in de weg voor een verdere ontwikkeling van de grond. De Markenwet van 1886 maakte het uiteindelijk mogelijk dat elke markegenoot de verdeling van de collectieve grond kon doorzetten.

In de 21^e eeuw is de gemeenschappelijke eigendom als beheersinstrument herontdekt. Het heet nu ‘parkmanagement’.⁴ Onder dit paraplu begrip gaan diverse constructies schuil met het doel het gebruik en beheer van bedrijfsterreinen, winkelcentra of wooncomplexen te stroomlijnen. Vaak gaat het om een samenwerking tussen de gemeentelijke overheid, projectontwikkelaars, investeerders en natuurlijk de gebruikers/bewoners. Beoogd wordt een efficiënter beheer door meer betrokkenheid en zeggenschap van belanghebbenden. De verantwoordelijkheid voor de openbare ruimte of openbare voorzieningen wordt (deels) door de belanghebbenden overgenomen, al dan niet via verplichte deelname aan een pakket van diensten. Denk aan onderhoud van straten of groenvoorzieningen, de bewaking van terreinen, afvalverwerking, collectieve inkoop of opwekking van energie.

3. BEHEER VAN DE GEMEENSCHAP: BEHOEFTE AAN EEN VERENIGING VAN DEELGENOTEN

Het enkele bestaan van gemeenschappelijke eigendom levert op zichzelf geen beheer op. Dit zal door de deelgenoten vorm gegeven moeten worden. Regels voor gebruik moeten worden opgesteld,

4. *Parkmanagement*, uitgave Ministerie van Economische Zaken, 2002.

zaken of diensten moeten worden ingekocht, bijdragen moeten worden geïnd.

Art. 3:186 BW voorziet in de mogelijkheid van een ‘beheers-overeenkomst’, waarin men afspraken kan neerleggen. Bijzonder element van deze overeenkomst is dat deze ook hen bindt die de deelgenoten onder bijzondere titel opvolgen (art. 3:168 lid 4 BW).⁵

Daarnaast kan er behoefte zijn aan een vereniging van deelgenoten, waarin het besluitvormingsproces plaatsvindt, die het dagelijkse beheer van de zaak voor zijn rekening neemt en die kan optreden als belangenbehartiger van de gezamenlijke eigenaren. De vereniging kan bijvoorbeeld contracten met aannemers afsluiten en de voor het onderhoud noodzakelijke fondsen beheren.

Is bij mandeligheid de oprichting en inrichting van zo’n vereniging nog een zaak van de deelgenoten, voor het appartementseigendom heeft de wet hierin zelf voorzien. In de splitsingsakte moet een vereniging van eigenaars (VvE) worden opgericht, zo schrijft art. 5:112 lid 1 sub d BW voor.

4. APPARTEMENTSRECHT

In zijn oervorm was de gedachte van een gemeenschap bij een splitsing van een gebouw in appartementen afwezig. In de middeleeuwen werd een primitieve vorm van flateigendom in de vorm van gestapelde afzonderlijke eigendommen mogelijk geacht. De ervaringen waren niet positief. Binnen dergelijke complexen leidde het ontbreken van een binding tussen de verschillende eigenaren tot zulke problemen dat men sprak van ‘Streitbauten’. In reactie daarop werd in Duitsland en Zwitserland na de codificatie de splitsing van een gebouw in afzonderlijke eigendomslagen resoluut verboden.⁶

De eenvoudige regeling die art. 664 Code Civil bood was daarmee vergeleken een enorme stap voorwaarts.⁷

5. Bij registergoederen zal men de beheersregeling wel moeten inschrijven in de openbare registers. Anders zal een onwetende verkrijger te goeder trouw zich op de registerbescherming van art. 3:24 BW kunnen beroepen.
6. Zie Erbbau Verordnung § 1, Abs. 4 en artikel 675 ZBG Abs. 2. Beide bepalingen verbieden de vestiging van een opstalrecht voor de verdieping van een huis.
7. Deze bepaling heeft gegolden van 1804 tot 1938. Pas toen werd zij vervangen door een meer uitgebreide regeling.

‘Lorsque les différents étages d’une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu’il suit:

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l’étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l’escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l’escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.’

Hierin wordt de collectieve verantwoordelijkheid voor het dak en de dragende muren neergelegd, hoewel opvallend genoeg elke etage-eigenaar het onderhoud voor zijn eigen ‘deel’ van het trappenhuis wordt opgedragen.

In de meeste Europese landen is het appartementseigendom zo vormgegeven dat er sprake is van de eigendom van het eigen appartement, waaraan noodzakelijk verbonden is een aandeel in de gemeenschappelijk delen van het gesplitste gebouw. Dit zogenaamde ‘dualistische’ model sluit waarschijnlijk het beste aan bij de belevingswereld in de praktijk. Men spreekt immers over de koop van een bepaalde flat, niet over het verkrijgen van een aandeel in het gebouw.

Ook het Nederlandse BW suggereert door te spreken over een ‘appartementseigenaar’ dat er sprake is van volle eigendom van het appartement zelf. Dit is echter schijn. Het appartementsrecht geeft een aandeel in het gehele complex (gebouw, grond en eventuele roerende ‘toebehoren’, zoals een grasmaaier en deurmatten, art. 5:106 lid 1 BW), waaraan verbonden is het exclusieve gebruiksrecht op een bepaald deel van het complex, het appartement. Een dergelijk systeem wordt als ‘monistisch’ omschreven en vinden we ook in Zwitserland en Oostenrijk.⁸

Hoewel men ook in het monistische systeem spreekt over gemeenschappelijke delen en privé-delen is er dus van privé-eigendom geen sprake. Ook in de scheidingswanden binnen het ‘eigen’ appartement is elk van de appartementseigenaren medegerechtigd. De begrippen gemeenschappelijk en privé verwijzen naar het gebruik.

Praktisch zijn de verschillen tussen het dualistische en monistische systeem te verwaarlozen. Inderdaad, wie een flatgebouw met

8. Een analyse van de verschillende regelingen van appartementseigendom binnen de EU geven T.M. Aldridge en A.A. van Velten, *Apartment ownership in the European Union*, Notarius International 1997, p. 20 e.v.

een juridisch oog nader bekijkt zal tot de conclusie komen dat het aantal onderdelen dat werkelijk vatbaar is voor privé-eigendom gering is. De muren tussen de flats worden gedeeld met de naaste burens. Hetzelfde geldt voor vloer en plafonds. De buitenmuren worden traditioneel tot de gemeenschappelijke delen gerekend. Net zoals het dak, de fundamenteën, de schoorstenen, het trappenhuis en de lift. Wat in het dualistische systeem eigendom van een appartement wordt genoemd is weinig meer dan een recht op een aantal kubieke meters lucht en een paar binnenmuren. De inhoud van het recht verschilt praktisch niet van het exclusieve gebruiksrecht dat de appartementsgerechtigde in het monistische systeem heeft. Aan de andere kant komen natuurlijk ook in het monistische systeem de kosten voor onderhoud en vernieuwing van de appartementen voor rekening van de betreffende gebruikers in privé, hoewel elk appartement goederenrechtelijk tot de gemeenschap behoort.

5. VERENIGING VAN EIGENAARS NAAST GEMEENSCHAP

Het gebouw is gemeenschappelijk eigendom van de gezamenlijke appartementseigenaren, de gemeenschap van eigenaars. Daarnaast is er de Vereniging van Eigenaars (VvE). Deze heeft tot taak, aldus art. 5:126 BW, het beheer van de gemeenschap met uitzondering van de delen die voor privé-gebruik bestemd zijn, vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaren in en buiten rechte en het toezicht op de nakoming van de verplichtingen van de appartementseigenaren jegens elkaar.

Deze rechtspersoon is een noodzakelijk instrument om het samenleven binnen het complex mogelijk te maken. Het bestuur van de vereniging voert het dagelijks beheer, fondsen moeten worden gevormd waaruit de schoonmaak- en onderhoudswerkzaamheden betaald kunnen worden. Reglementen moeten worden opgesteld en de nakoming daarvan afgedwongen.

Tussen de 'gemeenschap van eigenaars' en de 'vereniging van eigenaars' dient goed te worden onderscheiden. Het beschikken is

voorbehouden aan de gemeenschap. De VvE voert het beheer.⁹ De wijziging van de splitsingsakte, noodzakelijk bijvoorbeeld als de onderlinge grenzen tussen appartementen worden gewijzigd of het complex wordt vergroot of verkleind, is dan ook geen verenigings-aangelegenheid. Noodzakelijk is de medewerking van alle appartementseigenaren (art. 5:139 BW). Zou de ledenvergadering een daartoe strekkend besluit bij unanimiteit nemen, dan is dit niets anders dan een verklaring van de verzamelde eigenaars jegens elkaar dat men die medewerking ook zal verlenen.

Dat in de praktijk dit onderscheid tussen gemeenschap en vereniging niet altijd goed gemaakt wordt, blijkt uit de volgende procedure.¹⁰ De buur van een appartementencomplex stelt op grond van art. 6:174 BW de VvE aansprakelijk voor de forse waterschade die is ontstaan in zijn pand door inwatering bij de aansluiting van de beide panden. De president betitelt de VvE als ‘bezitter van het appartementencomplex’. In hoger beroep wordt tegen dit oordeel geen grief gericht. Het Hof veroordeelt gedaagden tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding en het treffen van maatregelen. Pas in cassatie wordt het verweer gevoerd dat de VvE geen eigenaar of bezitter is van het appartementencomplex.

Het middel wordt door de Hoge Raad verworpen. Het Hof hoefde niet ambtshalve te oordelen of VvE bezitter is van het pand, nu het hier geen vraag van openbare orde betreft.

Hoewel het probleem voor de buurman is opgelost, is het appartementsrecht niet goed begrepen. Volgens art. 5:126 BW beheert de rechtspersoon de gemeenschap in het belang van de eigenaars. De vereniging ‘houdt’ het gebouw dus niet ‘voor zichzelf’ en kan daarom niet bezitter zijn. De appartementseigenaren daarentegen houden wel voor zichzelf, en zijn derhalve de gezamenlijke bezitters van het gesplitste complex. Ze zijn dus voor gebreken in het gebouw collectief aansprakelijk op grond van 6:174 BW en zouden ook gezamenlijk moeten worden gedagvaard. Overigens is dat dan weer niet noodzakelijk, omdat volgens art. 5:113 lid 4 BW de VvE

9. A.A. van Velten, ‘Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht’, *WPNR* 6407 (2000), p. 447. Zie bijv. Pres. Rb. Utrecht 18 juli 2000, *KG* 2000, 193 over het besluit om een dak aan een van de appartementsgerechtigden in gebruik te geven voor de bouw van een dakterras.

Dit kan de VvE niet doen. Hiervoor is wijziging van de splitsingsakte nodig.

10. HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 431 (kort geding).

hoofdelijk verbonden is voor wettelijke verplichtingen van de gemeenschap van eigenaars.

6. BIJKOMEND LIDMAATSCHAP

Naast het kwalitatieve lidmaatschap van de Vereniging van Eigenaars, opent art. 5:112 lid 3 BW de mogelijkheid om in de splitsingsakte de appartementsgerechtigde te binden aan het lidmaatschap van een andere vereniging of coöperatie. Deze bepaling is in 1972 ingevoerd ten bate van andere verenigingen dan de VvE die de belangen van (bepaalde) appartementseigenaars behartigen. Met name moet aan een winkeliersvereniging gedacht worden.

In een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam¹¹ wordt zo'n kwalitatief lidmaatschap echter in strijd geacht met de vrijheid van vereniging. Daarom zou dit bijkomende lidmaatschap wel opzegbaar zijn, in tegenstelling tot het lidmaatschap van de VvE zelf.

De vrijheid van vereniging, gewaarborgd door art. 8 Grondwet en art. 11 EVRM, geeft de burger niet alleen het recht om zich te verenigen, maar ook het recht om van lidmaatschap af te zien. De zogenaamde negatieve vrijheid van vereniging. Het EVRM laat een beperking van deze vrijheid toe als het in de nationale wetgeving is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving én een in het artikel genoemd doel ('legitimate aim') nastreeft, bijvoorbeeld de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.¹²

Hoewel de tekst van art. 11 EVRM duidelijk is toegesneden op de positieve vrijheid van vereniging, laat de uitspraak Chassagnou/Frankrijk van het Europees Hof te Straatsburg een toepassing zien op de bescherming van de negatieve vrijheid.¹³ Deze zaak betrof de door de Franse overheid voor landeigenaren verplichte deelname aan jachtverenigingen. De kleinere eigenaren moesten de aan hun eigendom verbonden jachtrechten overdragen aan 'hun' vereniging. Praktisch gevolg was dat zij het gebruik van hun grond voor de jacht niet konden tegenhouden.

11. 30 augustus 2000, *NJK* 2000, 94.

12. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag 1998, p. 586 e.v.

13. EHRM 29 april 1999, *NJ* 1999, 649.

Het arrest Chassagnou leert dat een 'legitimate aim' reeds spoedig aanwezig is. In elk geval werd de bescherming van de van oudsher bestaande jachtpraktijken welke door verstedelijking en ontwikkelingen in de landbouw bedreigd werden, als zodanig beschouwd. Bij de toets of deze beperking ook noodzakelijk is in een democratische samenleving verleent het Hof de nationale autoriteiten een grote 'margin of appreciation', een grote beoordelingsvrijheid. Dat betekent dat het Hof slechts in evidente gevallen zal aannemen dat die noodzaak ontbreekt. Toch werd de wet strijdig geacht met art. 11 EVRM. Nu slechts een selecte groep jagende grootgrondbezitters voordeel trok uit deze regeling ten koste van de kleine grondeigenaren werd deze inbreuk op de vrijheid van vereniging disproportioneel geacht.

Toepassing van deze uitspraak op de regeling van art. 5:112 lid 3 leert mijn inziens dat er geen problemen zijn te verwachten. Bij een winkeliersvereniging gaat het immers om de behartiging van een collectief belang. Dat dit belang niet altijd parallel hoeft te lopen met het concrete belang van een individuele appartementseigenaar is volstrekt normaal. Maar dit wil nog niet zeggen dat er geen sprake is van een legitiem doel, of dat er sprake is van een disproportionaliteit tussen doel (een effectieve collectieve belangenbehartiging) en het middel (verplicht lidmaatschap). Slechts waar de doelstelling van de vereniging geen enkel verband heeft met de appartementensplitsing, zal het gedwongen lidmaatschap ontoelaatbaar zijn. Denk aan een visvereniging. In dit verband is op te merken dat de tekst van art. 5:112 lid 3 BW op dit punt erg vrijblijvend is door slechts te spreken over 'een andere, nader in het reglement omschreven vereniging of coöperatie'. Het zou beter zijn als er een inhoudelijk verband tussen het lidmaatschap en de kwaliteit van appartementseigenaar uitdrukkelijk vereist wordt.

7. DE NIET-FUNCTIONERENDE VERENIGING

De Vereniging van Eigenaars voldoet niet in alle gevallen. Berucht zijn de slapende VvE's. De leden komen zelden of nooit bijeen, en er is geen reservefonds. Beslissingen over reparaties worden ad hoc

genomen of elk handelt alsof hij de individuele eigenaar van een zelfstandig woonhuis is.¹⁴

Dit niet functioneren van de vereniging kan natuurlijk te wijten zijn aan laksheid van de appartementseigenaars, maar er is ook een meer structureel probleem. Wel beschouwd willen bij elke splitsing partijen niet verder aan elkaar gebonden worden dan strikt noodzakelijk. Dat verklaart waarom een splitsing in de regel beter zal functioneren bij een flatgebouw van vier verdiepingen en 80 flats, met gemeenschappelijke toegangen, trappenhuizen en liften en een huismeester, dan de simpele situatie van een boven- en benedenwoning met elk een eigen toegang vanaf de straat. Dit wordt treffend geïllustreerd door de bij dergelijke kleine splitsingen bestaande praktijk dat elke appartementseigenaar individueel, voor zijn eigen etage een opstalverzekering heeft afgesloten. Iets dat in strijd is met art. 5:112 lid 1 BW, waar sprake is van een verzekering van het gebouw ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaars. Kennelijk heeft de (verzekerings)praktijk hiermee minder problemen. Men kan zich zelfs afvragen of in sommige situaties een echte horizontale splitsing, dat wil zeggen gescheiden eigendom van boven en onderverdieping, via de vestiging van een opstalrecht de voorkeur verdient.¹⁵

In elk geval, goede voorlichting van de kopers van appartementen wat een splitsing nu eigenlijk inhoudt, is noodzakelijk. Tegen de slapende VvE valt door wetgeving immers weinig of niets te ondernemen. Er is wel voorgesteld om de verplichting tot het aanhouden van een reservefonds in te voeren.¹⁶

8. 'HORIZONTALE' APPARTEMENTENSPLITSING

Bij splitsing in appartementsrechten denkt men meestal aan flatgebouwen. Maar het is ook mogelijk om een complex van naast elkaar gelegen gebouwen met bijbehorende terreinen in een splitsing te betrekken. De aanwezigheid van een gebouw dat in gemeenschappelijk gebruik is, wordt bij een dergelijke 'horizontale appartementen-

14. C. Venemans, *Naar een vernieuwd appartementsrecht*, preadvies KNB 1997, p. 107.

15. Venemans, a.w., p. 54-56.

16. Zie de aanbevelingen van de op initiatief van de KNB opgerichte werkgroep, 'Naar een vernieuwd appartementsrecht!', *WPNR* 6448 (2001), p. 1014.

splitsing' niet vereist.¹⁷ Wel neemt men aan dat de huidige wet zich verzet tegen de splitsing van onbebouwde grond.¹⁸

Men verkrijgt zo een soort verkaveling, met dien verstande dat de 'percelen' gevormd worden door de naast elkaar gelegen appartementen, onverbrekkelijk deel uitmakende van één complex.

Het zal duidelijk zijn dat het collectieve element in zo'n complex veel kleiner is dan bij de klassieke 'verticale' splitsing. Alle constructies zijn bijvoorbeeld bouwkundig onafhankelijk van elkaar. Het zal dan ook zaak zijn om bij het opstellen van de splitsingsakte de inhoud van de gemeenschap zo veel mogelijk uit te kleden, d.w.z. de gemeenschappelijke delen en daarmee de gemeenschappelijk te dragen kosten zo beperkt mogelijk te houden.

Helemaal bevredigend is het niet. De Haan heeft opgemerkt dat de Nederlandse constructie van appartementensplitsing niet passend is in gevallen waarin de eigendom van de grond vooropstaat. Waar het gaat om hoofderven met daarnaast gemeenschappelijke voorzieningen die daaraan dienstbaar zijn dient de mede-eigendom zich te beperken tot de erven die werkelijk tot gemeenschappelijk gebruik zijn bestemd.¹⁹ Inderdaad, partijen worden door het (voor flatgebouwen wel passende) monistische systeem veroordeeld tot een alles omvattende gemeenschap. In dit geval sluit het dualistisch systeem veel beter aan op de wensen en rechtsopvattingen van betrokkenen. Een volle eigendom van de voor privé-gebruik bestemde gebouwen en gronden, met daaraan verbonden een aandeel in de delen die het gemeenschappelijk doel dienen.

9. MANDELIGHEID

Dit laatste is in feite de constructie van mandeligheid. Het aandeel in een mandelige zaak is kwalitatief verbonden aan de eigendom van een andere onroerende zaak (de hoofdzaak). Het verband bestaat uit het nut dat de gemeenschappelijke zaak die andere erven kan bieden.

17. Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten (3-II), Deventer 1996, nr. 356 e.v.

18. De KNB werkgroep doet het voorstel om dit te wijzigen, zie *WPNR* 6448 (2001), p. 1011. Met name is dit van belang zijn voor het splitsen van parkeerplaatsen of ligplaatsen, hoewel de praktijk zich door een ruime interpretatie van het begrip 'gebouw' heeft gered.

19. P. de Haan, 'Het zakenrecht als kader voor het beheer van onroerend goed', in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 93.

In het BW 1838 ontbrak een algemene regeling van deze rechtsfiguur. Tussen allerlei regels van het burennrecht in, trof men de mandeligheid in de vorm van de gemene erfafscheiding (muur, heining, heg, gracht of sloot) en gemeenschappelijke regenbakken, toiletten en riolen. De wet beperkte zich te bepalen dat de gemeenschappelijke eigenaars de kosten van onderhoud, ruiming of reiniging dragen (art. 704 OBW), terwijl voorts voor het 'gemene secreteet' uitdrukkelijk geregeld werd dat het legen beurtelings over de verschillende erven moest geschieden (art. 705 OBW).

Deze laatst genoemde gemeenschappelijke voorziening lijkt de stijgende levensstandaard in Nederland niet overleefd te hebben. Althans we treffen het niet meer aan in het huidige BW. Dat neemt niet weg dat de wet ook na 1992 partijen de ruimte laat om een mandelig toilethuisje in het leven te roepen. Immers, naast de mandeligheid die ontstaat op grond van de wet (de in art. 5:62 BW genoemde scheidingsmuur of heg), kunnen partijen via een notariële akte een gemeenschappelijk zaak mandelig maken door deze te bestemmen tot nut van hun erven (art. 5:60 BW).

Aangezien de wet verder geen eisen stelt, kan de creativiteit de vrije loop krijgen. Toepassingen zijn legio: gemeenschappelijke wegen op industrieterreinen, binnenhoven waaraan woonhuizen zijn gelegen, brandgangen, speelplaatsen, groenstroken, weegbruggen bij landbouw bedrijven, parkeerplaatsen, garages, kabelnetten om maar wat te noemen. De privatisering van de electriciteitsmarkt brengt ons wellicht lokale gemeenschappelijke elektriciteitsnetten, al dan niet gevoed door mandelige windmolens of zonnecollectoren.

10. VERGELIJKING MET HET APPARTEMENTSRECHT

Tussen de mandelige gemeenschap en de gemeenschap van appartementseigenaars zijn twee belangrijke verschillen. Het eerste is reeds impliciet aan de orde gekomen. Het appartementencomplex is in zijn geheel gemeenschappelijk eigendom, zowel de delen die een gemeenschappelijk nut hebben, als de delen die voor privé-gebruik bestemd zijn. Bij mandeligheid is alleen de dienende zaak gemeenschappelijk, en is het aandeel daarin accessoir aan de hoofdzaak die bij ieder in volle eigendom is. In die zin is de mandeligheid te vergelijken met het dualistisch systeem van appartementseigendom.

Voorts is de gemeenschap bij een appartementensplitsing meer op het voortbestaan van de collectiviteit gericht dan mandeligheid. In het laatste geval voorziet de wet immers in de mogelijkheid dat een deelgenoot zijn mandelig aandeel overdraagt aan de overige deelgenoten. De deelgenoten moeten hieraan zelfs hun medewerking verlenen als de druk van toekomstige onderhoudslasten de reden is voor het terugtrekken uit de gemeenschap, aldus art. 5:66 lid 2 BW. Bij een appartementensplitsing zou dit geheel ondenkbaar zijn. Afhankelijk van de feitelijke situatie²⁰ zou het wellicht mogelijk zijn om een appartement aan de splitsing te onttrekken. Maar hiervoor is wel de medewerking van alle appartementseigenaars noodzakelijk omdat de splitsingsakte gewijzigd moet worden. Een 'recht' op uittreding heeft men niet.

Ik merk hier op dat ook bij bepaalde mandelige situaties zo'n overdracht uitgesloten moet zijn. Namelijk waar ondanks de overdracht van het mandelig aandeel het genot blijft voortduren. Dit is de reden dat toepasselijkheid van art. 5:66 lid 2 BW expliciet is uitgesloten voor de mandelige scheidingsmuur. De wetgever heeft er echter niet aan gedacht dat dergelijke situaties zich ook kunnen voordoen bij mandeligheid die partijen zelf in het leven hebben geroepen. Een voorbeeld is een woning die gelegen is aan een mandelig binnenhof, en alleen via dat hof toegankelijk is. In zo'n geval zal de redelijkheid en billijkheid er zich tegen verzetten dat de deelgenoot een beroep doet op het genoemde uittredingsrecht.

Denkbaar is ook dat het uittredingsrecht niet wenselijk is met het oog op de duurzaamheid van het beoogde collectief beheer. Ik geef het voorbeeld van een mandelige parkeergarage bij een bedrijvencomplex. Als één van de deelnemers zich terugtrekt uit de mandeligheid omdat zijn inziens de kosten niet meer opwegen tegen het voordeel dat zijn personeel de auto overdekt kan stallen, kan dit de doodsteek zijn voor een dergelijk project. Het lijkt mij daarom een manco in de wettelijke regeling dat deze partijen niet de mogelijkheid biedt bij het totstandkomen van de mandeligheid art. 5:66 lid 2 BW met zakelijke werking uit te sluiten, of althans het uittreden te verbinden aan de toestemming van alle deelgenoten.

20. Voorwaarde is dat het onttrokken deel een zelfstandig voorwerp van eigendom kan zijn. Dit is alleen voorstelbaar bij de hiervoor besproken horizontale splitsing in appartementen. Bij een flat zal dit toch onmogelijk zijn wegens het constructieve verband van de flat met het geheel.

11. BEHEER VAN DE MANDELIGHEID MIDDELS EEN VERENIGING VAN DEELGENOTEN

Zoals bij elke gemeenschap kunnen de deelgenoten in een mandeligheid een overeenkomst sluiten waarin zij zelf een (nadere) regeling treffen (art. 3:168 BW). Natuurlijk kunnen de mandelige eigenaren via een volmacht of een (privatieve) last het dagelijks beheer opdragen aan een van hen, of een derde. Maar met name bij grote complexen zal de behoefte aan een beheersorganisatie bestaan. Waar in het appartementsrecht wel is voorzien in het kwalitatieve lidmaatschap van een Vereniging van Eigenaars, ontbreekt dit hier.

In de praktijk ziet men dat het aansluiten bij een beherende vereniging wordt afgedwongen door een contractuele bepaling bij de gronduitgifte, waarbij een kettingbeding moet verzekeren dat ook de rechtsopvolgers daaraan gebonden zijn.

De kracht van het kettingbeding is dat ook verplichtingen tot een doen met een zekere derdenwerking kunnen worden opgelegd. De zwakte is dat het een zuiver contractuele constructie is. De ketting kan worden gebroken door wanprestatie. Een groter gevaar is het sneuvelen van het beding bij faillissement van de schuldenaar of executie van de zaak door beslaglegger of hypotheekhouder. De crediteur van het kettingbeding heeft immers niet meer dan een persoonlijk recht.

Is de uitgifte van de hoofdzaak in erfpacht, waarbij in de erfpachtvoorwaarden deelname aan in de vereniging van deelgenoten wordt verplicht, een oplossing? We stuiten op de problematiek welke bedingen in de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het erfpachtrecht, en dus zakelijke werking hebben, en welke niet. De ontwerpers van het BW 1992 hebben als norm geformuleerd dat er een zodanig verband moet bestaan met het zakelijke recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Weinig duidelijker is het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat er geen strijd mag ontstaan met het wezen van het erfpachtrecht.²¹

Van Velten neemt aan dat verplichtingen anders dan een niet doen of dulden niet met zakelijke werking kunnen worden opgelegd, tenzij deze uit de wet voortvloeien.²² Dit betekent dat een in erf-

21. HR 16 maart 1977, NJ 1977, 399 (Nieuwe Waterweg).

22. Van Velten, *Erfpacht*, preadvies KNB 1995, p. 49.

pachtvoorwaarden opgenomen verplichting zich aan te sluiten slechts contractuele werking heeft tussen de oorspronkelijke partijen.

12. TOT BESLUIT: EEN MANCO IN HET ZAKENRECHT

Met het bovenstaande werd niet meer beoogd dan een blik in vogelvlucht op twee gemeenschappen van onroerende zaken. Ik wil besluiten met één conclusie. Als we kijken naar deze twee instrumenten voor het collectief beheer van complexen, bijvoorbeeld een bedrijvenpark of een woonwijk, zit er tussen het sterk collectieve appartementsrecht en de minder collectieve mandeligheid een gat. Een gat in twee opzichten. Ten eerste ontbreekt bij mandeligheid de mogelijkheid om aan het aandeel het lidmaatschap van een beheerende vereniging te koppelen. Ten tweede is de mogelijkheid die art. 5:66 lid 2 BW biedt om zich te onttrekken aan de mandeligheid wegens de onderhoudslasten niet altijd wenselijk. Een duurzaam beheer van terreinen kan daardoor op losse schroeven komen te staan. Wie niet wil volstaan met contractuele constructies om dit gat te dichten moet uitwijken naar een splitsing in appartementsrechten. Deze regeling is echter meer toegesneden op flatgebouwen, dan op terreinen.

De wetgever kan dit gat echter op een eenvoudige en effectieve wijze dichten: het introduceren van de mogelijkheid van een kwalitatief lidmaatschap van een vereniging bij mandeligheid én de mogelijkheid om het uittreden uit de mandeligheid te verbinden aan toestemming van alle overige deelgenoten. Aan een dergelijke verzwaarde vorm van mandeligheid bestaat zeker een praktische behoefte.

Gemeenschap, vennootschap en rechtspersoon in het Nieuw BW

*M.J.G.C. Raaijmakers**

1. INLEIDING

1.1 Dat ons BW niet een algemene regeling voor samenwerking van personen kent is op zich geen bezwaar, maar dat heeft, wat commerciële samenwerkingsvormen betreft, wel het nadeel dat door de bestaande verbodskeling duidelijke richtpunten voor de uitleg van het bestaande en de ontwikkeling van nieuw recht ontbreken. Hoewel onderscheiden ondernemingsvormen sterk verwante problemen vertonen, is hun behandeling zo sterk verspreid en versnipperd over onderdelen van ons BW en een veelheid van bijzondere wetten, dat de samenhang verloren is gegaan. Dat schaadt de ontwikkeling van een eenvoudig en efficiënt ondernemingsrecht, niet het minst voor rechtsvormen van het midden- en kleinbedrijf, zoals de eenmansonderneming en de personenvennootschappen. Omdat het belang van die sector voor onze samenleving en economie zeer groot is, is daarvoor bepaald meer aandacht nodig, ook in het licht van de doelstelling van de Europese Top van Lissabon (maart 2000) om de Europese Unie in tien jaar de meest concurrerende ter wereld te maken. De daartoe benodigde veranderingen dienen ook op nationaal niveau gestalte te krijgen. De wijziging van ons personenvennootschapsrecht biedt Nederland de gelegenheid aan die Europese doelstelling bij te dragen. Zoals verzocht zal ik in deze bijdrage ingaan op de betekenis die onze regeling van de gemeenschap (Titel 3.7 BW) heeft voor dit onderwerp.

1.2 'Samenwerking' doet zich in zeer vele vormen voor, zowel in de sfeer van het publiek- als die van het privaatrecht. Voorbijgaande aan staatkundige gemeenschapsvorming, kan wat het burgerlijk recht betreft worden gewezen op de familierechtelijke betrekkingen van Boek 1 BW en de regeling van huwelijk en geregistreerd partnerschap als een vorm van 'samenleven' tussen mensen. Zijn geen

* Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers is hoogleraar ondernemingsrecht aan de KUB.

huwelijkse voorwaarden opgemaakt dan gaat dit gepaard met een door de bijzondere betrekking tussen de partners beheerste gemeenschap van goederen en schulden. Zij kunnen een deel daarvan bestemmen tot de uitoefening van een gezamenlijke onderneming. Krachtens erfrecht (Boek 4) ontstaat door het overlijden van de erflater tussen diens erven een voor verdeling vatbare gemeenschap van de tot de nalatenschap behorende goederen en schulden. Daartoe kan een onderneming behoren waaromtrent de erven kunnen afspreken die (nog) niet te verdelen, maar voort te zetten. Boek 5 regelt de vereniging van appartementseigenaren die echter vooral is verbonden met de gemeenschappelijke belangen van gerechtigden tot een appartementsrecht. In Boek 6 vinden we de gezamenlijke inschuld. In Boek 2 vinden we 'staatkundige' en religieuze gemeenschapsverbanden aangeduid als rechtspersoon naast de formele en informele vereniging waarin personen zich tot elk geoorloofd doel kunnen verenigen en ook de stichting die typologisch geen leden-substraat heeft maar wel ten behoeve van 'aangeslotenen' werkzaam kan zijn. Boek 2 behandelt vooral de commerciële samenwerkings- en ondernemingsvormen: coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, de besloten en naamloze vennootschap.

Maatschap, een samenwerking van personen tot een commercieel doel,¹ wordt geregeld in Boek 7A als 'bijzondere overeenkomst'. Oefent deze een *bedrijf* uit dan duiden wij die aan als handelsvennootschap (vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap). Deze worden geregeld in het WvK. Ook NV en BV werden als *handels*-vennootschap en daarmee als species van het genus 'maatschap' gezien, maar bij de invoering van het NBW is die samenhang naar de bedoeling van de wetgever verbroken. De NV en BV werden uit het WvK overgebracht naar Boek 2 BW en zo werd hun rechtspersoonlijkheid en dus niet langer meer hun 'vennootschappelijke' grondslag bepalend voor de plaats van behandeling in het BW. In een EESV blijft die, hoewel door onze wetgever expressis verbis als rechtspersoon aangeduid, door de EU-verordening die haar interne organisatie regelt, weer wel duidelijker zichtbaar.

1. Vgl. Par. 705 BGB dat slechts spreekt van een 'gemeinsames Zweck' en aldus aan de Titel Gesellschaft een veel ruimere werking geeft dan onze regeling van de maatschap en handelsvennootschappen.

1.3 Het NBW bracht ons intussen ook een afzonderlijke regeling voor de gemeenschap. Voordien werden de regels voor (ontbinding en vereffening van) de ervengemeenschap (analogisch of rechtstreeks) toegepast. Gemeenschap is aanwezig, wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk (art. 3:166 BW). Zij wordt aldus gekenmerkt door een personensubstraat, een goederensubstraat en de bijzonderheid dat de deelgenoten gezamenlijk tot de goederen gerechtigd zijn. ‘Samenwerking’ is niet vereist, al is art. 6:2 BW van overeenkomstige toepassing op de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten (art. 3:166 lid 3 BW). Die normen van redelijkheid en billijkheid richten zich in een verdelingsgemeenschap, zoals in een nalatenschap die de erven wensen te verdelen, op die beoogde verdeling zelf. Maar een gemeenschap doet zich, zoals wij reeds zagen, ook in andere vormen voor waarbij tussen de deelgenoten een verdergaande gebondenheid ontstaat hetzij krachtens de wet (huwelijksgemeenschap), hetzij krachtens benoemde overeenkomst (maatschap), hetzij krachtens een combinatie van beide (huwelijkse voorwaarden) en ook van de bedoelde werking van redelijkheid en billijkheid als zodanig. Art. 3:168 BW biedt hun de ruimte om hun onderlinge betrekkingen en hun gerechtigdheid tot de gemeenschapsgoederen in een van die genoemde vormen of anderszins bij daartoe strekkende overeenkomst nader te regelen. Het aangaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap laat, gelet op de formele vereisten die de wet daar zelf aan stelt, uiteraard weinig ruimte voor twijfel omtrent de bedoeling van de partners en het daaraan verbonden rechtsgevolg van een door de wet (en mogelijk de partners zelf) geregelde gemeenschap. Maar als een gemeenschap reeds bestaat of bij gezamenlijke rechtshandeling dan wel door een rechtsfeit ontstaat, kunnen de deelgenoten op de grondslag van art. 3:168 BW nader overeenkomen hoe zij het genot, het gebruik en het beheer van de gemeenschappelijke goederen willen regelen. Nu die regeling vormvrij tot stand kan komen zal spoedig, hoe rudimentair ook, ‘samenwerking’ ontstaan. Of die het karakter heeft van ‘vennootschap’ zal niet steeds aanstonds duidelijk zijn. Het illustreert dat en hoe de gemeenschapsregeling een open karakter heeft en de grondvorm is voor benoemde en onbenoemde vormen van verbanden *tussen personen* die gezamenlijk gerechtigd zijn tot een of meer goederen.

1.4 Komen de deelgenoten overeen dat zij de gezamenlijke goederen zullen exploiteren 'met het oogmerk het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen' (art. 7A:1655 BW) en daartoe geld, goederen en/of arbeid in te brengen (zie hierna 2.4), dan ontstaat daardoor in het systeem van onze wet een maatschap (vennootschap) als een bijzondere door de vennootschappelijke samenwerking gekwalificeerde vorm van gemeenschap² van een onderneming (algemeenheid van goederen en schulden). Art. 3:168 BW is ook daarom van belang omdat de *affectio societatis*, de wil tot vennootschappelijke samenwerking, niet aan een bepaalde vorm gebonden is en dan ook met alle middelen rechtens kan worden bewezen. Als gezegd zal dan ook niet steeds duidelijk zijn of daarvan sprake is. Blijft die 'stil', d.w.z. treedt de vennootschap niet als zodanig naar buiten op, dan ontstaat met interne werking gemeenschap en behouden de partners, behoudens enkele regels van dwingend recht, veel vrijheid hun samenwerking naar believen te regelen. Neemt de vennootschap onder eigen naam deel aan het rechts- en handelsverkeer dan wordt dit anders. Voor de handelsvennootschappen (vof en CV) bepaalt de wet zelf (WvK) van oudsher dat de beherende vennoten daarvan in naam van en met binding voor de vennootschap kunnen handelen (art. 17 WvK). Hoewel de vennoten ingevolge art. 18 WvK hoofdelijk verbonden worden voor de verplichtingen van de vennootschap, wordt het vennootschapsvermogen afgescheiden van het privévermogen. De zaakscrediteuren kunnen zich daarop met voorrang boven de vennoten en hun privécrediteuren verhalen, zoals reeds beslist in Boeschoten/Besier³ en thans ook volgt uit art. 3:192 BW dat op de vereffening van een ontbonden vennootschap toepasselijk is. Voor de openbare *beroeps*-maatschap gelden die bepalingen thans niet (rechtstreeks), net zomin als de plicht tot inschrijving in het Handelsregister en de sancties die de artikelen 22 en 29 WvK op verzuim daarvan stellen. Dit verschil is niet langer gerechtvaardigd nu ook een beroepsmaatschap de facto 'bedrijfsmatig' werkzaam is. Naar verwachting zal het verschil in de komende regeling verdwijnen (al behoeft de regeling van de aansprakelijkheid der vennoten nader aandacht).

2. HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 301 (Van den Broeke/Van der Linden); *AA* 1994, 7/8.

3. HR 26 november 1897, *W.* 7047.

Besluiten deelgenoten in een gemeenschap ‘onder eene firma’ te gaan handelen dan zien wij dus dat die enkele wilsbeschikking *van personen* en hun daarop berustende feitelijke ‘externe’ gedragingen de gemeenschap krachtens wettelijke (handelsrechtelijke) regeling maakt tot een rechtens verzelfstandigde verkeersdeelnemer. Deze heeft eigen rechten en verplichtingen en staat met zijn (van de vennoten afgescheiden) vermogen in voor zijn eigen verplichtingen. De verzelfstandiging van dat vermogen manifesteert zich ook anderszins.⁴ Zij wordt geenszins aangetast door de hoofdelijk aansprakelijkheid van de beherende vennoten.

De handelsvennootschappen hebben zich van oudsher onder eigen naam (firma) naar buiten gemanifesteerd met een door de wet zelf geregeld vertegenwoordigingsstelsel (Prokura) en evenzeer met een voor haar eigen verplichtingen extern werkende vermogensscheiding. Kort gezegd: zij zijn rechtsbevoegd en zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. De doctrine strijdt nog immer over de vraag of de (openbare) vennootschap als rechtsdrager, rechtssubject, d.w.z. als rechtspersoon kan worden erkend. Mijns inziens laat analyse van ons recht een andere zienswijze eenvoudigweg niet toe en rust de bewijslast voor het ontbreken daarvan op hen die haar die willen onthouden.⁵

De kwestie is van groot praktisch belang, in het bijzonder voor vereenvoudiging van reorganisaties in de levenscyclus van een onderneming (bijvoorbeeld de omzetting van een vof in een BV en omgekeerd). Maar de analyse leidt er ook toe dat rechtssubjectiviteit uit het beschreven stelsel van de wet voortvloeit en derhalve niet behoeft te worden ‘*verleend*’ zodat daartoe ook niet een notariële akte behoeft te worden voorgeschreven.

1.5 Complicerend blijft dat commerciële samenwerking zich ook kan voordoen in een minder vergaande mate van verzelfstandiging, vooral wanneer een vennootschap zich niet naar buiten als een eenheid presenteert. Ik doel op de stille maatschap en stille CV respectievelijk de CV met slechts een beherende vennoot. Ook dit zijn ondernemingsvormen die gepaard (kunnen) gaan met gemeen-

4. Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, nrs. 1.72 en 2.38.

5. Vgl. Reto Vonzun, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, Basel (2000).

schap welke mede wordt beheerst door de daaruit voortvloeiende binding tussen de vennoten.

Wat zich hier, zoals ook bij de eenmansonderneming, wrekt is dat de ontwikkeling van het civielrechtelijke begrip 'onderneming', zoals door Meijers voorgesteld in art. 3.1.1.11 ONBW, is gestagneerd. Die draad moet worden opgenomen, niet als een slechts academische exercitie, maar om meer houvast te bieden aan ondernemers werkzaam in het midden- en kleinbedrijf door een heldere en efficiënte regeling van de daar aan de orde zijnde onderwerpen.⁶

1.6 Binnen niet al te lange tijd wordt thans de indiening verwacht van een wetsvoorstel strekkende tot vernieuwing van ons personenvennootschapsrecht. De burgerlijke maatschap (Boek 7A) en handelsvennootschappen (vof en CV) in het WvK zullen verdwijnen. Daarvoor in de plaats komt een geïntegreerde regeling van de 'overeenkomst van vennootschap' en wel in Boek 7 (bijzondere overeenkomsten). Afgaande op het in 1999 gepubliceerde memorandum van de ontwerper, prof. mr. J.M.M. Maeijer, is te verwachten dat vennoten een openbare vennootschap, ongeacht of deze beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam is, kunnen aangaan als rechtspersoon door de overeenkomst op te nemen in een notariële akte en deze te doen inschrijven. Niettemin blijft het kennelijk de bedoeling de vennootschap te regelen als 'bijzondere overeenkomst' in Boek 7 BW.

1.7 Naar mijn mening is dat een ongelukkige en voor de verdere rechtsontwikkeling van ons ondernemingsrecht, in het bijzonder ook denkend aan het midden- en kleinbedrijf, ook een onwenselijke keuze. De regeling van de maatschap in het BW als bijzondere overeenkomst is ontleend aan de Code Napoleon. Maar de handelsvennootschappen met hun geheel eigen karakter werden opgenomen in het aan de Code de Commerce ontleende WvK. Vennootschap is ook niet een wederkerig op ruil van prestaties gericht contract, maar een *organisatieovereenkomst* waarin de partners-ondernemers duurzaam en toekomstgericht samenwerken en waarin tussen hen gemeenschap ontstaat met betrekking tot het recht op hun onderneming. Aldus ontstaat een door vennootschap gebonden gekwalifi-

6. Zie daarover mijn preadvies voor de Vereniging Handelsrecht (2002): 'Het begrip onderneming in het privaatrecht'.

ceerde gemeenschap die zich ontegenzeggelijk aan ons voordoet als zelfstandig rechtsdrager. Ontbinding en vereffening richten zich vanzelfsprekend niet naar de regels voor wederkerige overeenkomsten, maar naar die voor de gemeenschap.

Het is dan ook niet alleen onlogisch, maar uit het oogpunt van wetssystematiek ook inefficiënt en voor de rechtsontwikkeling belemmerend om de maatschap en handelsvennootschappen aan het begin van de 21^e eeuw opnieuw onder te brengen bij de bijzondere overeenkomsten van Boek 7. De omvang van dit opstel laat niet toe nader aan te geven dat en waarom dat ook af zou wijken van de ontwikkelingen in Duitsland, Zwitserland, België, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk.⁷

Nu in elk geval de openbare vennootschap zelfstandig rechtsdrager en net als BV, NV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij ook een *ondernemingsvorm*⁸ is, ligt wegens de verwantschap van de rechtsmaterie en de te regelen onderwerpen, behandeling in Boek 2 in de rede. Het zou de verbroken eenheid herstellen tussen de 'handelsvennootschappen', als hoedanig tot voor kort ook de NV en BV werden gezien, en daarmee ook een samenhangend geheel vormen waarvan opzet en structuur richting kunnen geven aan de voortdurende verdere ontwikkelingen in de rechtspraktijk, de rechtspraak en de wetgeving. Aan het slot zal ik enkele andere mogelijkheden aanduiden.

Mijn gedachten wil ik kort nader uitwerken en toelichten.

2. PERSONENVENNOOTSCHAP EN GEMEENSCHAP IN ONS HUIDIGE RECHTSSYSTEEM

2.1 Als personen gaan samenwerken en daartoe geld, goederen en/of arbeid bijeenbrengen met het oogmerk om dusdoende samen commercieel voordeel te behalen en die voordelen ook met elkaar te delen (art. 7A:1655 BW), ontstaat daardoor van rechtswege, de wil van de partners kan dus ook worden afgeleid uit feiten en omstandigheden, een 'burgerlijke maatschap'. Partijen hebben grote vrijheid hun samenwerking naar eigen believen in te richten, zij het dat de

7. Zie Pitlo/Raaijmakers, hoofdstuk 2.

8. Maatschap is per definitie 'commercieel' en kan, maar hoeft niet 'openbaar' te zijn, een vof en CV oefenen per definitie een 'bedrijf' uit 'onder eene firma' en zijn dus per definitie openbaar en daarmee m.i. ook rechtsdrager.

‘leeuwen-vennootschap’ verboden is, de ontbinding zich richt naar de eigen regels van de wet en de vereffening zich, als opgemerkt, richt naar de regels van de gemeenschap (afd. 3.7.2 jo 3.7.1 BW). Een maatschap kan, maar hoeft niet onder eigen naam te handelen. Inzoverre ingevolge de afspraken tussen de maten gemeenschap ontstaat is deze intern gebonden. Een onder eigen naam optredende maatschap is – zie boven – zelfstandig rechtsdrager.

De regeling van de burgerlijke maatschap als een *bijzondere overeenkomst* sluit aan bij de Romeinsrechtelijke societas, een overeenkomst die slechts aan de maten toerekenbare rechten en plichten deed ontstaan en die in de regel slechts werd gebruikt voor ‘losse’, vaak tijdelijke samenwerkingen van twee of meer personen. Binding van de andere maten ontstond slechts op grond van handelen krachtens volmacht.

De Code Napoleon volgde dit stelsel en week daarmee af van de Germaansrechtelijke traditie. Hugo de Groot en Simon van Leeuwen behandelden de maatschap als een bijzondere vorm van gemeenschap, tezamen met de huwelijks- en ervengemeenschap.⁹ Duitsland en Zwitserland sloten aan bij die traditie. In het BGB van 1 januari 1900 wordt de Gesellschaft gevolgd door de Bruchteilgemeinschaft. Gesellschaft hoeft geen commercieel doel te hebben en leidt (zie Par. 718 BGB) in de regel tot een ‘gezamendehandse’ gerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap. Gesellschaft is aldus een door de overeenkomst tussen de Gesellschafter, gebonden gemeenschap. Bij de Bruchteilgemeinschaft daarentegen ontbreekt die gebondenheid, zodat de deelgenoten vrij zijn scheiding en deling te vorderen van hun gemene ‘eigendom’.

Zowel in het Duitse als in het Zwitserse recht is de ‘einfache Gesellschaft’ te onderscheiden van de ‘Personenhandelsgesellschaften’, t.w. de ‘offene Handelsgesellschaft’ (in Zwitserland: ‘Kollektivgesellschaft’) en de Kommanditgesellschaft. Deze laatste behielden hun handelsrechtelijke karakter en volgen in verschillende opzichten meer de handelsrechtelijke rechtspersonen dan de ‘einfache Gesellschaft’, zoals voor het vertegenwoordigingsstelsel (Prokura in plaats van Stellvertretung). Overeenkomstige verschillen bestaan tussen onze maatschap en vof/CV.

9. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, III, 28 en III, 21; Simon van Leeuwen, *Het Roomsche-Hollands Regt* (1678), dl. XXIII.

2.2 De in de Middeleeuwen ontstane handelsvennootschappen en de in de 17^e eeuw ontstane naamloze vennootschap, werden gecodificeerd in de Napoleontische Code de Commerce, die model stond voor ons WvK. Het Romeinse recht kende niet een zo duidelijk onderscheid tussen de burgerlijke en handelsvennootschappen. Het WvK regelt de handelsvennootschappen als een bijzondere vorm van maatschap en de maatschapsregels zijn, voor zover het WvK niet anders bepaalt, dan ook toepasselijk op de vof. Maar ter bescherming van het handelsverkeer geeft de wet eigen regels voor deze onder eigen naam aan dat verkeer deelnemende ondernemingsvorm. Vennoten handelen niet krachtens volmacht maar krachtens door de wet verleende 'Prokura' en verbinden aldus de vennootschap. Zo krijgen zij in het open stelsel van art. 3:168 BW hun eigen plaats: een door de vennootschapsband tussen de partners gekwalificeerde en zowel tussen en jegens dezen en de zaakscrediteuren werkende 'gezamendehandse' gemeenschap van het recht op de onderneming. Uiteraard staat het de vennoten en hun privé-crediteuren, staande de vennootschap, dan niet vrij over de afzonderlijke tot de onderneming behorende en bestemde goederen te beschikken, bestemd als deze zijn tot het overeengekomen en aan derden door inschrijving of feitelijke gedragingen kenbaar geworden doel. Voor de financiering is dit van belang omdat handelscrediteuren zich ervan verzekerd weten dat zij niet komen staan tegenover een 'schijngestalte' doch verhaalsvoorrang genieten op het aldus van het privé-vermogen van de vennoten 'afgescheiden' vermogen. Wat onverlet laat dat die zich ook kunnen verhalen op de beherende vennoten die naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor haar verplichtingen.

2.3 Wordt door een of meer vennoten commanditair kapitaal verschaft, dan ontstaat een commanditaire vennootschap. Onze wet zegt niet dat deze een species is van het genus vof.¹⁰ Zijn er twee of meer beherende vennoten dan bestaat *tussen dezen* een vof. De commanditair mede-ondernemer is vennoot en loopt het risico zijn (beperkte) inleg te verspelen. Het biedt een vorm van 'stille' financiering, hetgeen blijkt uit het beheersverbod en het verbod tot naamsverlening (artt. 19-21 WvK). Dat beheersverbod verhindert niet dat de

10. Anders het Duitse recht: de offene Handelsgesellschaft is een bijzondere Gesellschaft (Par. 105 lid 3 HGB) en een Kommanditgesellschaft is weer een bijzondere oHG (Par. 161 lid 2 HGB).

commanditair betrokken wordt in de interne beleidsvorming. Het commanditair kapitaal behoort tot het afgescheiden vermogen van de vennootschap en is dus niet geldlening. De commanditair is – anders dan de beherende vennoten – niet hoofdelijk verbonden voor de verplichtingen van de vennootschap, maar slechts gehouden tot het bedrag van zijn inbrengplicht. Zijn positie gelijkt daarom op die van een aandeelhouder in een BV of NV. Tot 1975 hadden wij een CV op aandelen, maar die is ‘afgeschaft’.¹¹

2.4 Kenmerkend voor maatschap is dat de vennoten blijkens art. 7A:1655 jo. 1662 BW zijn gehouden tot inbreng van geld, goederen en/of arbeid. Een voordeel is dat de zware en gecompliceerde NV- en BV-regels daarvoor niet gelden, omdat de bescherming van zaakscrediteuren gestalte krijgt door de even bedoelde vermogensaf-scheiding en de mede-aansprakelijkheid van de vennoten voor de zaaksschulden. De inbreng is gericht op het behalen van commerci-eel voordeel, de samenwerking op het gezamenlijk ‘ondernemen’. Ook de maatschap is gericht op het creëren en voor bepaalde of onbepaalde tijd in stand houden van een gezamenlijke onderneming. Door inbreng en latere handelingen ten behoeve van de vennootschap worden de goederen (en schulden) bestemd tot de aldus ontstane gemeenschappelijke onderneming. De actie tot nakoming van die inbrengverplichting komt toe aan de vennootschap en valt in de gemeenschap die ontstaat door (de belofte tot) inbreng en die nadien gedurig van samenstelling verandert als gevolg van het vennoot-schappelijk handelen van de vennoten.

Personenvennootschappen zijn aldus gekwalificeerde gemeen-schapsvormen. Ingevolge art. 3:189 BW zijn de afdelingen 2 en 1¹²

11. Zie echter E.P.M. Vermeulen, *De commanditaire vennootschap op aandelen*, in: *Personenvennootschap en ‘onderneming’* (1999), p. 77-96. Duitsland kent nog de Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) welke – omdat zij ‘Publikumsgesellschaft’ is, d.w.z. een vennootschap die een beroep doet of kan doen op het beleggende publiek – haar regeling vindt in het Aktiengesetz. Wel kennen wij de fiscaal ‘open’ commanditaire vennootschap die hierdoor wordt gekenmerkt dat commanditaire deelnemingen ‘vrij’ verhandelbaar zijn, waarover M.L.M. van Kempen, ‘Moeten rechtspersonen door toekenning van rechtspersoonlijkheid hun fiscale transparantie verliezen?’, in: *Personenvennootschap en ‘onderneming’* (1999), p. 41-57.

12. Voor afdeling 1 zegt de wet: ‘voor zover daarvan in deze afdeling (=2, R) niet wordt afgeweken’.

van titel 3.7 BW toepasselijk op de *ontbonden* maatschap, vennootschap of rederij. Maar voor zover uit de wet of de overeenkomst van vennootschap niet het tegendeel blijkt, is m.i. ook afdeling 1 – let wel, ook *staande* de vennootschap – toepasselijk. Dat blijkt niet met zoveel woorden uit de wet, maar wel uit de parlementaire geschiedenis.¹³

De gemeenschapstitel heeft, hoewel mogelijk primair gericht op de voor verdeling vatbare gemeenschap (art. 3:178 BW) een open karakter. Als gezegd biedt art. 3:168 BW de ruimte voor nadere regelingen omtrent het genot en het beheer van de gemeenschapsgoederen, zodat ook de overeenkomst van vennootschap past in dit open stelsel. De overeenkomst van vennootschap wijzigt de band tussen deelgenoten met directe en in beginsel ook externe vermogensrechtelijke gevolgen. Wat tot de gemeenschap behoort wordt daardoor onttrokken aan de vrije beschikkingsmacht van de individuele vennoten. Er ontstaat ‘joint control’. Zo kan een op verdeling gerichte ervengemeenschap een gebonden vennootschapsgemeenschap worden, waarvan – tot haar ontbinding – geen verdeling kan worden gevorderd, zodat de vennoten ook niet kunnen beschikken over het aandeel in afzonderlijke tot de gemeenschap behorende goederen. In het vermogen van iedere vennoot bevindt zich slechts het aandeel in de vennootschap als eenheid/geheel en het is slechts dát (gehele) aandeel dat vatbaar is voor beschikking, beslag en executie, uiteraard met de beperkingen die voortvloeien uit de vennootschappelijke gebondenheid indien en voorzover die *na ontbinding* blijft doorwerken.

2.5 De idee dat ook een gekwalificeerde gemeenschap als zodanig ‘rechtsdrager’ kan zijn heeft weinig weerklank gevonden. J.M. Polak pleitte voor een open gemeenschapsstelsel dat ruimte biedt aan de ontwikkeling van nieuwe rechtsfiguren in het gebied tussen de verdelingsgebonden gemeenschapsvormen en de rechtspersonen van Boek 2. Schoordijk spreekt over enkele gebonden gemeenschapsvormen in termen van rechtspersoonlijkheid.¹⁴ Het gaat hier om een door de (aard en mate van) gebondenheid tussen de deelgenoten

13. Pitlo/Raaijmakers, nr. 2.35; anders: M.J. van Mourik, *Gemeenschap* (2001), Hoofdstuk 1.

14. J.M. Polak, *RM Themis* (1960), p. 160 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, Gemeenschap, Rechtspersoonlijkheid*, p. 28 e.v.

gekwalficeerde gemeenschapsvormen die bij 'levens'-partners berust op de tegenover de overheid en de rechtsgemeenschap afgelegde samenlevingsbelofte en bij personenvennootschap op de jegens elkander gedane belofte tot samenwerking. Het gaat niet om een ruilbelofte, maar op een op de toekomst gericht samenlevings- of samenwerkingsverband. Het is dan een kleine stap van het 'Personenverband' naar een 'Verbandsperson'. Redenerend vanuit de gemeenschap is het derhalve de aard en intensiteit van de tussen hen ontstane of zelf gewilde en gecreëerde band die gemeenschap het karakter geeft van een gepersonifieerd verband. In de praktijk zien wij dat en hoe door de wil van de partners (deelgenoten) dat personenverband wordt tot een Verbandsperson door de continuïteit te bevorderen door voortzettingsbedingen en contractuele 'uitzettings'-mogelijkheden waardoor een vennoot ook tegen zijn wil verwijderd kan worden *zonder* dat de 'overeenkomst' wordt ontbonden.

3. HOE VERDER?

3.1 Nu wij er in de NBW-opzet voor hebben gekozen het onderscheid tussen burgerlijk en handelsrecht vaarwel te zeggen en eindelijk de personenvennootschap aan de beurt is voor een 'NBW-jasje', rijst de vraag hoe wij dat moeten doen. Opmerkelijk is dat sinds publicatie van het voorontwerp-Van der Grinten (1972) de keuze om maatschap en handelsvennootschappen in één regeling in Boek 7 als bijzondere overeenkomst bijeen te brengen nauwelijks meer onderwerp van discussie is geweest. Toch ligt die keuze, zoals bleek, om verschillende redenen niet voor de hand. Ons denken wordt nog sterk beheerst door een wit-zwart-schema: 'iets' is 'rechtspersoon' of niet. Dat schema berust op 'juridische begrippen-logica' en niet op een analyse van onze rechtswerkelijkheid en van ons rechtssysteem.

Zoekend naar alternatieven meen ik dat onderbrenging bij de gemeenschap in Boek 3 niet in aanmerking komt, omdat het gaat om *ondernemings-* c.q. *ondernemersvormen* die, als zij openbaar zijn, ook rechtssubject zijn. Regeling als gekwalficeerde gemeenschap in Boek 3 zou weliswaar passen bij haar karakter van 'gezamendehandse' gerechtigdheid en ook voor de stille vennootschap een logisch aanknopingspunt bieden. Bezwaar zou echter zijn dat mogelijk toch uit het oog wordt verloren dat het bij de openbare vennootschap (ook) gaat om een rechtsbevoegd 'lichaam'. In het stelsel van onze

wet zijn ook andere gebonden vormen van gemeenschap elders geregeld, zoals de gemeenschap tussen levenspartners.

Toch meen ik dat onderbrenging in Boek 3 niet bijdraagt tot verheldering en vereenvoudiging van onze wetgeving. Het zou leiden tot voortzetting van de m.i. onwenselijke scheiding tussen de openbare vennootschap-onderneming-rechtssubject en de in Boek 2 behandelde ondernemingen-rechtspersonen op vennootschappelijke grondslag.

3.2 Een eerste alternatief zou zijn de eenvoudige maatschap te blijven regelen als bijzondere overeenkomst in Boek 7, maar de openbare vennootschap, ongeacht of zij beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam is, over te brengen naar Boek 2. De regeling in Boek 7 zou dan beperkt kunnen worden tot de eenvoudige niet-rechtsbevoegde maatschap, waarvan de goederenrechtelijke elementen kunnen worden geregeld door de daarvoor in aanmerking komende regels van de gemeenschapsregeling van Boek 3 van overeenkomstige toepassing te verklaren.

De openbare rechtsbevoegde vennootschappen worden opgenomen in Boek 2, hetgeen zou betekenen dat wij door die overbrenging van de openbare vennootschap-rechtssubject naar Boek 2 de ontwikkeling codificeren die deze heeft doorgemaakt naar een rechtssubject die reeds thans voldoet aan de formulering van art. 2:5 BW.¹⁵

Aldus wordt aangesloten bij het NBW-systeem nu in Boek 2 rechtssubjectiviteit de noemer is van de daarin behandelde rechtsfiguren. Het zou het ondernemingsrechtelijke karakter van Boek 2 versterken (al blijft het wat vreemd dat ook publiekrechtelijke en kerkelijke instellingen daar hun plaats vinden). Het zou ook, wat ondernemingen betreft, de vrijheid van rechtsvormkeuze verder onderstrepen en daarmee, nu de leer van de materiële kenmerken is verlaten, ook conceptueel de weg vrijmaken voor een fundamentele herziening van de regeling van vennootschappelijke reorganisaties, die nu eenmaal in de levenscyclus van zeer veel ondernemingen onontbeerlijk zijn en thans slechts via kostbare, inefficiënte, tijdrovende en systematisch vreemde 'omwegen' kunnen worden gerealiseerd. Daarbij dienen ook de onderneming als zodanig en personen-

15. Pitlo/Raaijmakers, nr. 2.38.

vennootschappen binnen een systematische samenhang te worden betrokken.¹⁶

Voor de huidige BV (en in sommige opzichten zelfs ook de NV) zou het grote winst zijn dan ook af te kunnen rekenen met de gevolgen van de gestelde onverenigbaarheid van de rechtscategorieën rechtspersoon en overeenkomst. Herstel van de samenhang tussen BV/NV en de handelsvennootschappen¹⁷ kan daartoe bijdragen en is ook voor 'corporate governance'-kwesties niet zonder belang. Recht en werkelijkheid zouden weer beter op elkaar aansluiten als men denkt aan joint ventures (gebaseerd op een onderlinge regeling tot samenwerking) en andere persoonsgebonden BV's ('quasi-vof')¹⁸ en het EESV. Het zou de weg effenen voor een verdere ontwikkeling van ons BV-recht, in het bijzonder voor de 'quasi-vof': een BV waarin partners samenwerken als 'partners'. Onnodige regels van dwingend recht, in het bijzonder voor zover die betrekking hebben op de interne structuur, zouden dan kunnen worden geschrapt. Oplossingen die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie, ook die van de Ondernemingskamer, lenen zich voor codificatie.¹⁹ Die benadering biedt aldus een duidelijk richtpunt voor het ontwikkelen van systeemconforme oplossingen voor de ook in de toekomst telkens weer nieuw opduikende vragen in de rechtspraktijk. Vele, zeer vele vragen moeten hier onbesproken blijven, zoals omtrent de werkingsomvang van de algemene bepalingen van Boek 2 en dito 'algemene regelingen', zoals de verschillenregeling en de enquête.

16. Dat bijvoorbeeld een vof eerst moet worden 'ontbonden' vooraleer zich te kunnen omzetten in een BV is ongerijmd en dat is niet minder het geval voor het ontbreken van een regeling van de inbreng van een gehele 'onderneming'. Er zijn vele andere voorbeelden. Wat de ontbinding en vereffening betreft kan dan worden aangesloten bij de regelingen die Boek 2 daaromtrent geeft 'exit'-problemen en de regeling daarvan kunnen dan opnieuw in systematische samenhang voor besloten BV's worden gezien en geregeld. Zie daarover uitvoeriger: Raaijmakers in *WPNR* (1997), p. 437-443 en 519-524.

17. Verliezen wij niet uit het oog dat – van de andere zijde redenerend – tot voor kort ook de NV (en BV), onmiskenbaar rechtspersoon, werden beschouwd als een bijzondere maatschap. Aldus nog Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap*, 7^e druk (1962), nr. 42. Vgl. art. 15 WvK-oud.

18. Pitlo/Raaijmakers, nrs. 4.10 e.v.

19. Zoals de OK-rechtspraak over impasses en de regels in de zaak van de Verenigde Bootlieden en Sluis BV.

3.3 *Een tweede mogelijkheid zou zijn de gehele regeling op te nemen in Boek 2 waarmee wordt aangesloten op de idee dat alle personen-vennootschappen ook ondernemingsvormen zijn.* Het zou voor de openbare vennootschap-rechtssubject alle evenbedoelde voordelen bieden. Ik ben echter bevreesd dat velen de opnemng van vennootschappen-niet-rechtssubject zouden zien als een onaanvaardbare doorbreking van de opzet van het Nieuw BW dat nu eenmaal na ‘personen’ de ‘rechtspersonen’ wilde behandelen.

3.4 *Een derde mogelijkheid is daarom aantrekkelijk maar van verder-strekkende aard.* Overziet men de grondige arbeid die een herziening als door mij bepleit zou vergen dan kan men ook een stap verder gaan en *het gehele ondernemingsrecht overbrengen naar een nieuwe en afzonderlijke wet*, zoals ook België in feite deed met zijn recente Wet op de Vennootschappen. Daarin zou dan ook een regeling voor de onderneming als zodanig kunnen worden opgenomen. Bezien zou kunnen worden of daarin dan niet ook de Handelsnaam- en Handelsregisterwet hun plaats zouden kunnen krijgen. Mijn gedachten dienaangaande

hoop ik binnenkort elders verder uit te werken.

Er is geen reden bij voorbaat het hoofd in de schoot leggen. Waarom zou in Nederland niet mogelijk zijn wat elders kennelijk wel kan? Onze plaats binnen de EU is in het geding!

Echtgenoten en hun gemeenschappelijke goederen

*B.E. Reinhartz**

1. INLEIDING

Als twee mensen trouwen, kunnen zij kiezen tussen verschillende huwelijksvermogensregimes, zoals de wettelijke gemeenschap van goederen, het wettelijk deelgenootschap dat een vermogensverrekening inhoudt of een van de beperkte gemeenschappen die in de wet staan omschreven.¹ De meeste paren, die geen gemeenschap van goederen wensen, kiezen niet voor een van de andere wettelijke stelsels maar voor een scheiding van goederen met een verrekenbeding, een stelsel dat niet in de wet staat omschreven. Deze tendens wordt ook gehonoreerd door de wetgever die hiervoor recentelijk regelgeving tot stand heeft gebracht.² Voor deze paren die door middel van huwelijksvoorwaarden voor een scheiding van goederen kiezen, geldt niet automatisch dat zij ‘dus’ geen gemeenschappelijke goederen zouden hebben. Integendeel, zo wijst de praktijk uit. Ook zij kunnen gezamenlijk goederen verkrijgen, waarvan zij beiden eigenaar zijn. Voor deze gemeenschappelijke goederen gelden andere regels dan voor de goederen in een huwelijksgoederengemeenschap. Aangezien in dit BW-krant jaarboek door andere auteurs wordt ingegaan op diverse daarmee samenhangende kwesties zoals die van beslag en verhaal op gemeenschappelijke goederen alsmede de verdeling van gemeenschappen, zal ik mij in deze bijdrage vooral richten op kwesties van beschikkingsbevoegdheid van de echtgenoten

* Prof. mr. B.E. Reinhartz is hoogleraar notarieel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. De huwelijksgoederenrechtelijke bepalingen van de titels 1.6-1.8 BW gelden op dezelfde wijze ook voor mensen die als partners zijn geregistreerd, zie art. 1:80b BW.
2. Wet inzake verrekenbedingen, Stb. 2002, 152. De inwerkingstredingsdatum was nog niet bekend ten tijde van het schrijven van deze bijdrage, maar het is aan te nemen, dat deze wet in het najaar van 2002 in werking zal treden.

en de positie van derden, een onderwerp dat mij al sinds vele jaren aan het hart ligt.³

2. GEMEENSCHAPPELIJK EIGENDOM VOLGENS BOEK 1 OF BOEK 3 BW?

Alvorens wij ons gaan verdiepen in de ins en outs van de bestuursregeling, de bijzondere regels omtrent de beschikkingsbevoegdheid van echtgenoten, is het noodzakelijk de twee soorten van gemeenschappelijk eigendom goed te onderscheiden. Voor de eenvoud zal ik in het vervolg spreken over zogenaamde 'titel 1.7-goederen' (dat zijn goederen die worden beheerst door de regels van de wettelijke gemeenschap van goederen uit Boek 1 BW) en 'titel 3.7-goederen'. Dat zijn goederen die worden beheerst door de algemene regels van de gemeenschap van titel 3.7 BW.

Titel 1.7-goederen ontstaan door boedelmenging op grond van art. 1:93 BW ten aanzien van de ten tijde van de huwelijksluiting aangebrachte goederen of door verkrijging van goederen door (een van) de echtgenoten staande de huwelijksgemeenschap. De huwelijksgemeenschap kan daarbij alle goederen omvatten die art. 1:94 BW noemt, maar partijen kunnen er ook voor kiezen, een beperkte gemeenschap aan te gaan. De wet geeft regelingen voor een gemeenschap van vruchten en inkomsten en van winst en verlies in de artikelen 1:123 – 1:128 BW.

Iets populairder zijn de – door de praktijk ontwikkelde – gemeenschap van inboedel en/of woonhuis.⁴ De gemeenschap van inboedel heeft vooral een praktische achtergrond.

Ten eerste is bij een echtscheiding vaak niet meer zonder grote inspanningen te achterhalen wie eigenaar is van welk onderdeel van de inboedel, zodat men geen gebruik hoeft te maken van de bewijsregel van art. 1:131 BW. Deze bepaling houdt in dat goederen wier herkomst niet getraceerd kan worden in een gemeenschap van goederen vallen, voorzover er een gemeenschap is die het desbetref-

3. Zie bijvoorbeeld mijn proefschrift met de titel: *Derdenwerking in het huwelijksvermogensrecht*, diss. Leiden 1997, Ars Notariatus LXXXI.

4. *Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, derde druk bewerkt door M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, Deventer 1997, Hoofdstuk III, onderdeel 3.7.

fende goed kan omvatten. Is dat niet mogelijk dan worden het titel 3.7-goederen.

Ten tweede is het ten aanzien van gemeenschappelijke goederen mogelijk om een verblijvingsbeding op te nemen in de huwelijks voorwaarden waardoor de langstlevende echtgenoot automatisch eigenaar wordt van de inboedelgoederen als de andere echtgenoot overlijdt. Voorwaarde voor toepassing van een verblijvingsbeding is immers dat het gemeenschappelijke goederen moet betreffen, zij het titel 1.7-, zij het titel 3.7-goederen.⁵ Een verblijvingsbeding houdt een voorwaardelijke toedeling bij verdeling van een gemeenschap of een gemeenschappelijk goed in, waarbij naar keuze kan worden gewerkt met een voorwaardelijke levering bij voorbaat of met een volmacht waardoor de verkrijger de levering alsnog kan bewerkstelligen als de voorwaarde in vervulling gaat. De echtgenoten kunnen daarbij bepalen dat de goederen verblijven om niet, of tegen inbreng van de waarde. Dit verschil heeft met name consequenties als de overledene kinderen heeft die de legitieme portie kunnen invoeren.⁶

Bij een gemeenschap van woonhuis spelen vaak fiscale motieven een rol. Als een van de echtgenoten eigenaar is van een huis dat aan beiden gezamenlijk moet gaan toebehoren, is de overdracht van de onverdeelde helft van het huis alleen te realiseren met betaling van overdrachtsbelasting, art. 3 WvR. Valt daarentegen het huis door boedelmenging in een huwelijksgemeenschap, dan kan het huis aan

5. In gelijke zin W.M. Kleijn, *De boedelscheiding*, diss. Leiden 1969, p. 41; J.R.H. Buining, *Beschouwingen over het verblijvingsbeding*, diss. Groningen 1932, p. 64 (ook als handelsuitgave verschenen onder de titel '*Aard en rechtsgevolgen van het verblijvingsbeding*'). Anders W. Heuff, *De voortzetting van de vennootschap onder firma*, Preadviezen uitgebracht ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen te Utrecht 1970 (samen met K. Wiersma), p. 22, zie ook *WPNR* 5407 (1977).
6. Als de echtgenoten kiezen voor verblijving tegen inbreng dan kunnen zij bepalen dat de inbreng kan worden uitgesteld totdat de laatststervende overlijdt, maar deze finesses moet ik hier laten rusten vanwege de omvang van de bijdrage. Zie over de erfrechtelijke consequenties van het een en ander M.J.A. van Mourik (red.) *Handboek Nieuw Erfrecht*, 2e druk, Deventer 2000, Hoofdstuk VII nr. 2.20, getiteld: Verblijvingsbedingen en dergelijke als quasi-legaat (F.W.J.M. Schols).

de andere echtgenoot worden toebedeeld zonder overdrachtsbelasting te hoeven betalen.⁷

3. HET BEGRIIP 'BESTUUR' BIJ DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN

Een centraal begrip binnen het huwelijksvermogensrecht waar generaties (aankomende) juristen mee hebben gestoeid, is het begrip 'bestuur'. Vóór de invoering van het Nieuw BW in 1992 was de inhoud van het begrip en de daarmee verbonden regeling inzake bestuursoverschrijdingen veel ingewikkelder dan thans.⁸ Sinds 1992 geeft art. 1:90 e.v. BW een algemene bestuursregeling die geldt voor alle gehuwden, ongeacht het huwelijksgoederenregime. Lid 2 geeft als definitie van bestuur:

'Het bestuur van een echtgenoot over een goed omvat de uitoefening, met uitsluiting van de andere echtgenoot, van de daaraan verbonden bevoegdheden, daaronder begrepen de bevoegdheid tot beschikking en de bevoegdheid om ten aanzien van dat goed feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten, onverminderd de bevoegdheden tot genot en gebruik die de andere echtgenoot overeenkomstig de huwelijksverhouding toekomen.'

Anders dan vóór de invoering van de boeken 3, 4 en 6 van het NBW in 1992 valt het sluiten van obligatoire overeenkomsten niet meer onder bestuur en zijn beide echtgenoten daartoe bevoegd. Kleijn had

7. Het komt er nog wel op aan dat de formulering in de huwelijksvoorwaarden duidelijk aangeeft of de gemeenschap van woonhuis slechts betrekking heeft op het woonhuis waar partijen in wonen ten tijde van het maken van de huwelijksvoorwaarden, of dat dit slaat op de tegenwoordige echtelijke woning en de toekomstige woningen die partijen daarna zullen verkrijgen. Zie voor fiscale details: De Vakstudie Belastingen van Rechtsverkeer, Art. 3, aantekeningen 14 en 18.
8. Voor de geïnteresseerde lezer verwijs ik hiervoor naast de handboeken uit die periode naar de Leidse oraties van Kleijn uit 1970 (*Quod licet domino, non licet condomino*) en van Soons uit 1990 (*Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht*), die kritisch reageert op de stellingen van Kleijn. Kleijn heeft uiteindelijk gelijk gekregen in het stelsel dat sinds 1992 geldt. Intussen is dit stelsel enigszins onder vuur komen te liggen en is de wetgever alweer aan het denken over een modificatie van dit stelsel, getuige het voorstel dat in het voorjaar van 2002 aan de Klankbordgroep Huwelijksvermogensrecht werd voorgelegd. Het is de verwachting dat in het najaar van 2002 een wetsontwerp hierover wordt ingediend bij de Tweede Kamer.

zich al in die zin uitgelaten in de in noot 8 genoemde oratie: het is vreemd als men een bruikleen- of koopovereenkomst zou kunnen sluiten met betrekking tot de fiets van de buurman, maar niet met betrekking tot de fiets die in de gemeenschap van goederen valt – en waarvan men dus mede-eigenaar is – maar welke onder het bestuur staat van de andere echtgenoot. Naar huidig recht is dit gerealiseerd: de genoemde overeenkomsten kunnen geldig worden gesloten, maar de afgifte van de fiets, voortvloeiend uit de bruikleenovereenkomst dan wel de juridische levering, voortvloeiend uit de koopovereenkomst, leveren wel een bestuursoverschrijding op. Hieronder zal nader worden uitgewerkt, welke gevolgen dat kan hebben. Om te beginnen eerst even aandacht voor de vraag, wie bestuursbevoegd is over de goederen van de echtgenoten.

4. WIE VAN DE ECHTGENOTEN IS/ZIJN BESTUURSBEVOEGD?

Art. 1:90 lid 1 BW geeft het antwoord in het algemeen:

‘Een echtgenoot is bevoegd tot het bestuur van zijn eigen goederen en, volgens de regels van artikel 97, tot het bestuur van goederen van een gemeenschap.’

Deze bepaling geldt voor privé-goederen van de echtgenoten. Dit zijn de goederen die de echtgenoten bezitten bij een stelsel van scheiding van vermogens, maar de bepaling heeft ook betrekking op de goederen, die de echtgenoten naast een titel 1.7-gemeenschap privé hebben.⁹ Er is een aantal uitzonderingen op deze algemene regel, die ik vanwege de omvang van de bijdrage slechts kort aanstip:

9. Art. 1:94 geeft aan dat dit goederen kan betreffen die zijn verkregen onder een uitsluitingsclausule en goederen die dusdanig zijn verknocht, dat de eigendom ervan valt buiten de gemeenschap van goederen. Zie De Bruijn-Soons-Kleijn-Huijgen-Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, 3e druk, Deventer 1999, nr. 69 e.v., Van Mourik/Verstappen, *Handboek*, Hoofdstuk III, onderdeel 4.1.; Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 15e druk, Deventer 1998, nr. 300 e.v.; Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksvermogensrecht*, 12e druk, Deventer 1999, p. 90 e.v., Pitlo-Van der Burght/Rood-De Boer, *Personen- en familierecht*, 11e druk, Deventer 1998, p. 208 e.v.; C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, 3e druk, Deventer 1998, p. 19-35. Een uitvoerige studie is gemaakt door R.C. Gisolf, *Verknochtheid in het huwelijksvermogensrecht*, diss. Universiteit van Amsterdam 1974.

- a. Het overlaten van bestuur (art. 1:90 lid 3 BW), waarbij de ene echtgenoot zijn bestuursbevoegdheden tijdelijk overlaat aan de andere. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen als aan de niet-bestuursbevoegde echtgenoot wordt verzocht, de auto die onder bestuur staat van de andere echtgenoot, voor een grote beurt naar de garage te brengen. De handelende echtgenoot zal dan – binnen hetgeen men normaal acht bij een dergelijke onderhoudsbeurt – kunnen afspreken met de garagehouder dat de versleten remschijven worden vervangen en dat nieuwe remleidingen worden gemonteerd in plaats van de half vergane slangen die er in blijken te zitten.
- b. De rechterlijke bestuursopdracht op grond van art. 1:91 lid 1 BW, die slechts in zeer zeldzame gevallen wordt uitgesproken.¹⁰ Deze rechtsfiguur is bedoeld voor gevallen waarin de bestuursbevoegde echtgenoot door afwezigheid of anderszins niet meer in staat is om zijn goederen of de goederen van de gemeenschap te besturen. In dat geval kan de rechter het bestuur overdragen aan de andere echtgenoot. Deze overdracht ontnemt aan de oorspronkelijk bevoegde echtgenoot zijn bestuursmacht, anders dan bij het overlaten van bestuur, waar de bestuursbevoegde echtgenoot desgewenst nog zelf bestuurshandelingen kan blijven verrichten. Vaak zal de rechter in gevallen waarin door ouderdom of ziekte de echtgenoot niet meer in staat is tot het bestuur, deze maatregel moeten afwegen tegen het uitspreken van een bewind of zelfs een ondercuratelestelling.¹¹

Art. 1:97 lid 1 BW voegt daar voor echtgenoten in de gemeenschap van goederen aan toe:

- 10. Zie bijvoorbeeld Ktr. Groningen, 16 dec. 1965, *NJ* 1966, 472 en Rb. Breda, 28 november 1967, *NJ* 1968, 381. Beide vonnissen zijn nog gewezen onder de oude regeling inzake de bestuursopdracht, die vroeger in art. 165 BW stond.
- 11. Zie hierover Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederenrecht*, 1999, p. 67 e.v. W.R. Meijer, 'Vermogensbeheer van geestelijk gestoorde naar huidig en toekomstig recht', in: *Goed & Trouw*, Zwolle, 1984, p. 493-504, bepleitte, om de bestuursopdracht niet meer als alternatief aan te bieden als de andere mogelijkheden voldoende bescherming bieden bij een echtgenoot die problemen heeft met de uitoefening van zijn bestuur.

'Een goed der gemeenschap staat onder het bestuur van de echtgenoot van wiens zijde het in de gemeenschap is gevallen, voor zover niet de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden anders zijn overeengekomen of de rechter met toepassing van artikel 91 van dit boek anders heeft bepaald. Een goed dat moet worden geacht in de plaats te treden van een bepaald ander goed, komt onder het bestuur van de echtgenoot die het vervangen goed bestuurt. Een goed dat op naam van een der echtgenoten is gesteld, staat evenwel onder diens bestuur. Elk der echtgenoten is bevoegd tot stuiting van verjaring ten behoeve van de gemeenschap.'

Lid 2 geeft bijzondere regels voor het geval dat een gemeenschaps-goed dat onder het bestuur staat van de ene echtgenoot, wordt dienstbaar gemaakt aan het beroep of bedrijf van de andere echtgenoot. Voorzover het gewone beroeps- of bedrijfshandelingen betreft, is dan de beroepsuitoefenende echtgenoot alleen bestuursbevoegd. Voor het overige zijn de echtgenoten samen bestuursbevoegd. Een voorbeeld: de man gebruikt het tweede huis van zijn echtgenote als kantoor voor zijn advocatenpraktijk. Hij is wel bevoegd, het gebruikelijke onderhoud daaraan te laten plegen, maar als hij zou besluiten, het huis een geheel ander uiterlijk te willen geven door alles kanariegeel te verven en/of ter financiering van de verbouwing een hypotheek te vestigen tot zekerheid van een benodigde geldlening, dan valt dat niet meer onder de gewone beroepsuitoefening. In dat geval zijn alleen de echtgenoten samen bevoegd. Als de vrouw het daar niet mee eens is, kan zij haar medewerking aan die (rechts)handelingen weigeren dan wel (doen) verhinderen, dat de man met de gele verf aan de slag gaat.

De bestuursovereenkomst van art. 1:97 lid 1 BW geldt alleen voor gemeenschapsgoederen en is gebonden aan huwelijkse voorwaarden. Daarin kunnen partijen afspraken maken over een afwijkende bestuursverdeling. Aangezien deze afspraak in huwelijkse voorwaarden is neergelegd, is zij in beginsel alleen met instemming van de andere echtgenoot wijzigbaar (even afgezien van rechterlijk ingrijpen op grond van de reeds besproken bestuursopdracht).¹² Hoewel ik daar geen concrete cijfers over heb, blijkt deze rechtsfi-

12. De overeenkomst, waarbij ten name van de man staande aandelen in een B.V. ten name van de vrouw werden gesteld, werd door Pres. Rb. Haarlem 8 januari 1982, *NJ* 1983, 333 als een bestuursovereenkomst beschouwd, mijns inziens ten onrechte overigens. Het was wel de bedoeling van partijen om langs deze weg het beheer over die aandelen naar de andere echtgenoot over te hevelen, maar partijen kozen daarvoor de weg van de overdracht van de aandelen.

guur niet tot enige rechtspraak te leiden, waaruit ik afleid, dat zij niet vaak wordt gebruikt.

5. DE BESTUURSVERDELING VOLGT IN BEGINSEL DE FORMELE VERKRIJGING

De genoemde artikelen bepalen derhalve nader, wie bestuursbevoegd is over de goederen van de echtgenoten. In beginsel gaat de wet ervan uit dat degene van wiens zijde een goed in de gemeenschap is gevallen – dat wil zeggen: degene die het goed formeel heeft verkregen – bestuursbevoegd is. Als beide echtgenoten samen het goed hebben verkregen, bestaat derhalve gezamenlijk bestuur. Formele verkrijging ‘door beide partijen’ vereist niet, dat bij de levering steeds beide verkrijgers aanwezig zijn. Bij echtgenoten die bijvoorbeeld ten bate van de huishouding kleinere aankopen doen, kan gezamenlijke verkrijging van roerende zaken worden afgeleid uit art. 3:110 BW.¹³ Doordat men geacht wordt te verkrijgen voor beide echtgenoten, verkrijgt men het goed – bijvoorbeeld een fluitketel – ook voor beide echtgenoten.

De bestuursverdeling is daarmee – afgezien van enkele bijzonderheden als de genoemde bestuurswisseling van art. 1:97 lid 2 BW en de zaaksvervangingsregel van lid 1 – in het algemeen gelijk aan de regels van de bestuursbevoegdheid als de goederen niet gemeenschappelijk waren geweest. In dat geval zou art. 1:90 lid 1 BW van toepassing zijn geweest: bestuursbevoegd is degene die (enig) eigenaar is van een goed. In zoverre stemt de werking van de regeling ook overeen met die van het algemene vermogensrecht: beschikingsbevoegd is degene die het goed heeft verkregen.

Opmerkelijk is dat bij de bestuursregeling van art. 1:97 BW het andere facet, de bestuursbevoegdheid, niet is gekoppeld aan de achterliggende eigendomsverhoudingen: beide echtgenoten zijn eigenaar van een gemeenschapsgoed, maar slechts één van de echtgenoten is ook bestuursbevoegd.¹⁴ Dit leidt uitzondering als beide echtgenoten het goed formeel hebben verkregen. Dit doet zich vaak

13. Zie al Kleijn in *WPNR* 5924-5926 (1989), nader besproken in mijn proefschrift op p. 15 e.v.

14. Op deze bijzonderheid wees Soons al in zijn in 1967 gehouden Utrechtse oratie: *Twee kapiteins op een schip*.

voor als partijen vóór het huwelijk al hebben samengewoond en gezamenlijk bijvoorbeeld een huis hebben verkregen. Als zij daarna in gemeenschap van goederen trouwen, valt het huis van beide kanten in de gemeenschap en zijn zij beiden bestuursbevoegd. Terzijde: het huis verandert juridisch wel van karakter: van een titel 3.7-huis ten tijde van de samenwoning verandert het in een titel 1.7-huis ter gelegenheid van de boedelmenging bij de huwelijksluiting, maar dit zal hieronder nog aan de orde komen.

6. BESTUURSOVERSCHRIJDINGEN DOOR ECHTGENOTEN EN HUN GEVOLGEN

In de algemene bepalingen inzake het bestuur in titel 1.6 BW is ook geregeld wat rechtens is als een van de echtgenoten een bestuursoverschrijding pleegt. Deze kan betrekking hebben op het overdragen of bezwaren van een goed waarover de andere echtgenoot bestuursbevoegd is maar het kan ook een ter beschikking stellen zijn van een zodanig goed. Als de bestuursonbevoegde echtgenoot de zeilboot van de andere echtgenoot heeft verhuurd, dan levert het sluiten van de huurovereenkomst geen bestuursoverschrijding op, maar het terbeschikkingstellen wel. Ook het vernietigen of van uiterlijk of inrichting veranderen van een goed waarover de ander het bestuur heeft, levert een bestuursoverschrijding op.

7. REMEDIES BIJ BESTUURSOVERSCHRIJDINGEN DOOR ECHTGENOTEN

Bij de overdracht van goederen of de vestiging van zakelijke rechten gelden de bekende derdenbeschermingsregels van bijvoorbeeld art. 3:86 en 3:88 BW. Als het goed eenmaal is overgegaan naar het vermogen van de verkrijger, dan helpt de actie van art. 1:92 lid 2 BW niet meer.

Wat kan de andere echtgenoot bij een bestuursoverschrijding ondernemen? Welke acties hem ten dienste staan, hangt er mede van af welke rechtshandeling de bestuursoverschrijding uitmaakt. Hierbij is een aantal gevallen te onderscheiden:

- a. Als een roerende zaak is verkocht en geleverd, zal vaak art. 1:92 BW de goede-trouw-eis van art. 3:86 BW dusdanig verlichten,

dat de verkrijger zich op derdenbescherming kan beroepen.¹⁵ Als de eigendom al is overgegaan, dan kan de andere echtgenoot niets meer ondernemen.

- b. Als een registergoed is verkocht of er een overeenkomst tot de vestiging van een beperkt recht is gesloten, dan zal art. 3:84 jo 3:88 BW verhinderen, dat de derde eigenaar resp. rechthebbende wordt. Art. 3:88 BW eist immers dat de oorzaak van de bestuursonbevoegdheid ligt in een eerder titel- of leveringsgebrek en in dit geval vindt de beschikkingsonbevoegdheid direct de oorzaak in de wet. Aangezien zij niet is te herleiden tot een eerder titel- of leveringsgebrek kan geen derdenbescherming optreden.
- c. Als een roerende zaak is verkocht of verhuurd, maar nog niet is afgegeven, dan kan de bestuursbevoegde echtgenoot de levering verhinderen. In dat geval zal de wanprestatieclaim van de wederpartij leiden tot het ontstaan van een gemeenschapsschuld die verhaalbaar is op de gemeenschap en het privé-vermogen van de handelende echtgenoot.
- d. Als een roerende zaak is verkocht of verhuurd, maar nog niet is afgegeven, dan kan de bestuursbevoegde echtgenoot er ook voor kiezen toe te treden tot de overeenkomst waarin zich de andere echtgenoot tot de bestuursoverschrijding heeft verplicht, art. 1:90 lid 4 BW. In dat geval is hij medepartij naast de handelende echtgenoot. Betreft het een overeenkomst tot beschikkingstelling, levering of bezwaring van een zaak dan is door de toetreding tot de overeenkomst de bestuursbevoegde echtgenoot mede verplicht tot afgifte, levering respectievelijk bezwaring van die zaak. Niet geheel duidelijk wordt uit de literatuur, aan wie de eventueel bedongen tegenprestatie moet worden afgegeven. In het algemeen gaat men ervan uit dat krachtens de algemene regels inzake pluraliteit van crediteuren de prestatie aan elk der crediteuren voor de helft moet worden betaald, tenzij zich een van de uitzonderingen van art. 6:15 BW voordoet. Bij betaling in geld zal dit niet spoedig worden aangenomen. De bestuursbevoegde echtgenoot heeft dus niet het recht, de tegenprestatie geheel in ontvangst te nemen. Mijns inziens moet – zeker wanneer het een vervreemding betreft

15. Art. 1:92 BW beschermt alleen derden die verschoonbaar hebben gedwaald ten aanzien van de bestuursbevoegdheid. De overige eisen van art. 3:86 BW blijven gehandhaafd. Zie ook met verdere verwijzingen *Personen- en familierecht*, losbladig (Stille), Art. 1:92 aantekening 2.

van een goed – niet worden aangenomen dat de tegenprestatie op grond van de weg van de formele verkrijging door beiden in de gemeenschap valt, maar dat krachtens het beginsel van zaaksvervanging de tegenprestatie geheel onder het bestuur komt van de bestuursbevoegde echtgenoot. Of dit in andere gevallen (bijvoorbeeld bij tijdelijke terbeschikkingstelling) ook zo moet zijn, lijkt mij minder voor de hand te liggen. Dit speelt vooral in die gevallen als de bestuursbevoegde echtgenoot uiteindelijk het goed gewoon weer terugkrijgt in volle eigendom, denk bijvoorbeeld aan verhuur van een goed of bij de vestiging van een vruchtgebruik of recht van erfpacht op het goed.

- e. Bij het onbevoegd ter beschikking stellen van een goed kan de wel bevoegde echtgenoot eisen dat een einde wordt gemaakt aan de stoornis van zijn bestuur, art. 1:92 lid 2 BW, mits hij tijdig kenbaar maakt dat hij met die stoornis niet akkoord gaat. Hij kan het ter beschikking gestelde goed opvorderen bij de houder van het goed, bijvoorbeeld de huurder of bruiklener. Kiest hij deze weg, dan zal de wederpartij, de huurder of bruiklener, een wanprestatieactie kunnen instellen tegen de echtgenoot die de overeenkomst had gesloten, met de reeds genoemde gevolgen voor de verhaalbaarheid van een eventuele schadevergoedingsclaim.

Het bovenstaande geldt altijd tussen echtgenoten, ongeacht of het betrekking heeft op bestuur over eigen goederen (privé-goederen op grond van art. 1:94 BW naast de gemeenschap van goederen, of privé-goederen die door huwelijke voorwaarden buiten de boedelmenging zijn gehouden) of bestuur over goederen der gemeenschap. Deze algemene werking is af te leiden uit het feit dat deze bepalingen staan in titel 1.6 BW.

Het feit dat de andere echtgenoot het bestuur over een goed heeft, betekent overigens niet dat de andere daar geen normaal gebruik van zou kunnen maken. De ene echtgenoot mag gewoon op de bank zitten die onder het bestuur van de ander staat en ook naar ‘diens’ televisietoestel kijken, zie art. 1:90 lid 1 slot waar een algemeen genots- en gebruiksrecht voor de echtgenoten is geformuleerd.

8. TRANSFORMATIE VAN EEN BOEK 1- NAAR EEN BOEK 3-GEMEENSCHAP

Als echtgenoten ervoor kiezen, een al dan niet beperkte huwelijks-gemeenschap aan te gaan, dan gelden voor de beperkte gemeenschap de regels van titel 1.7 BW, inclusief de hiervoor besproken bijzondere bestuursregeling van art. 1:90 jo. 97 BW. Als deze huwelijks-gemeenschap wordt ontbonden, verandert zij van karakter. In de literatuur spreekt men in dit geval ook wel van een 'dode gemeenschap'. Een dode gemeenschap valt onder de regels van afdeling 3.7.2 in combinatie met afdeling 3.7.1, zie art. 3:189 BW.

Een gemeenschap wordt in verschillende gevallen ontbonden, zoals art. 1:99 lid 1 BW aangeeft:¹⁶

'De gemeenschap wordt van rechtswege ontbonden:

- a. door het eindigen van het huwelijk;
- b. door scheiding van tafel en bed;
- c. door een beschikking die de gemeenschap opheft;
- d. door opheffing bij latere huwelijkse voorwaarden.'

In de eerste twee gevallen eindigt ook de werking van titel 1.6 BW aangezien het huwelijk eindigt of er scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken, zie art. 1:92a BW. In de laatste twee gevallen treedt louter een nieuwe regeling inzake het bestuur van gemeenschappelijke goederen in werking.

9. ORIGINELE VERKRIJGING VAN TITEL 3.7-GOEDEREN

Naast de goederen in een ontbonden huwelijks-gemeenschap kunnen de echtgenoten ook direct titel 3.7-goederen verkrijgen. Vele echtgenoten die buiten elke gemeenschap van goederen zijn getrouwd, verkrijgen samen bepaalde goederen, bijvoorbeeld de echtelijke woning. Als zij een huis samen kopen en bij de levering op beider naam zetten, zijn zij beiden op grond van de formele verkrijging eigenaar van het huis. Dit geldt ook voor het vaak voorkomende geval dat zij tijdens hun voorhuwelijkse samenwoning een huis op beider naam verkrijgen dat dan bij een huwelijk op huwelijkse

16. De wet noemt m.i. ten onrechte niet het geval dat door een rechtskeuze in het internationaal privaatrecht een ander wettelijk stelsel gaat gelden. Genuanceerd daarover recent nog Struycken, *WPNR* 2002/6475.

voorwaarden inhoudende scheiding van goederen gewoon een titel 3.7-huis blijft.

De echtgenoten kunnen er ook voor kiezen een huis dat ten tijde van de verkrijging slechts op naam van een van de echtgenoten stond, alsnog gemeenschappelijk te maken door overdracht van de onverdeelde helft van het huis aan de andere echtgenoot. Aangezien deze levering bij registergoederen aan overdrachtsbelasting is onderworpen, is dit fiscaal geen gunstige weg. Voor andere goederen geldt deze belemmering niet. Er staat bijvoorbeeld niets aan in de weg om de onverdeelde helft van de inboedel aan de ander te leveren, om daarna een verblijvingsbeding op die gezamenlijke inboedel van toepassing te laten zijn.¹⁷

Zoals al eerder opgemerkt betekent formele verkrijging ‘door beide partijen’ niet, dat bij de levering steeds beide verkrijgers aanwezig hoeven te zijn. Naast de bekende volmachtconstructies kan vooral bij echtgenoten die bijvoorbeeld ten bate van de huishouding kleinere aankopen doen, gezamenlijke verkrijging van roerende zaken worden afgeleid uit de werking van art. 3:110 BW. Doordat men geacht wordt te verkrijgen voor beide echtgenoten, verkrijgt men het goed voor beide echtgenoten, waardoor bij echtgenoten die buiten iedere gemeenschap van goederen zijn gehuwd,¹⁸ gezamenlijk titel 3.7-eigendom ontstaat.

10. BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID BIJ TITEL 3.7-GOEDEREN

De beschikkingsbevoegdheid bij titel 3.7-goederen is geregeld in art. 3:170 BW:

‘1. Handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, kunnen door ieder der deelgenoten zo nodig zelfstandig worden verricht. Ieder van hen is bevoegd ten behoeve van de gemeenschap verjaring te sluiten.

17. De bijzondere leveringsvorm voor de onverdeelde helft van roerende zaken die in deze gevallen wordt toegepast, wordt ook wel ‘sine manu’-levering genoemd. Zij is door de Hoge Raad erkend in het Goubitz-Klinger-arrest, HR 18 februari 1966, *NJ* 1967, 109 m.nt. JHB bij een samenwonend paar.

18. Dit geldt ook wanneer het een goed betreft dat niet in een beperkte gemeenschap kan vallen, die tussen de echtgenoten is overeengekomen. Ook een dergelijk goed wordt gemeenschappelijk in de zin van titel 3.7 door de werking van art. 3:110 BW.

2. Voor het overige geschiedt het beheer door de deelgenoten tezamen, tenzij een regeling anders bepaalt. Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.
3. Tot andere handelingen betreffende een gemeenschappelijk goed dan in de vorige leden vermeld, zijn uitsluitend de deelgenoten tezamen bevoegd.'

Deze bepaling is op allerlei soorten gemeenschappelijke goederen van toepassing, bijvoorbeeld bij samenwoners, bij echtgenoten die een art. 3:7-goed hebben verkregen, (ex-)echtgenoten of geregistreerd partners wier wettelijke gemeenschap van goederen is ontbonden door echtscheiding/beëindiging van het partnerschap of door het maken van huwelijkse- of partnerschapsvoorwaarden waarbij wordt overgegaan tot een scheiding van vermogens.¹⁹ Blijkens de tekst van met name de leden 2 en 3 gaat de wetgever hier uit van gezamenlijk handelen van de deelgenoten. Dit strookt ook met de onderliggende eigendomsverhoudingen. In de praktijk leidt deze regeling overigens nog eens tot verrassingen: voordat de echtscheiding is ingeschreven, kan degene op wiens naam een registergoed is gesteld, alleen over dit registergoed beschikken, ook nadat het door de boedelmenging in de gemeenschap van goederen is gevallen, zie de regeling van enkelhoofdig bestuur in art. 1:97 lid 1 BW. Na ontbinding van de gemeenschap kunnen slechts beide (ex-)echtgenoten samen over het huis beschikken, juist in een periode waar de samenwerking tussen de ex-partners niet zelden op een dieptepunt is beland. Voor de notaris zijn dit lastige tijden: de tenaamstelling in het openbare register is immers de hele tijd ongewijzigd: het huis stond en staat nog steeds alleen op naam van de

19. Buiten het huwelijksvermogensrecht geldt art. 3:170 BW ook bijvoorbeeld voor gezamenlijk verkregen goederen door mensen die geen affectieve relatie hebben, bijvoorbeeld autodelers, maar ook voor gezamenlijke erfgenamen, vennoten in een ontbonden vennootschap e.d., vergelijk art. 3:189 BW.

oorspronkelijke verkrijger. Slechts door dóór te vragen komt de notaris tijdig achter de feiten.²⁰

11. HANDELEN DOOR EEN BESCHIKKINGSONBEVOEGDE BIJ TITEL 3.7-GOEDEREN

Blijkens de tekst van met name de leden twee en drie van art. 3:170 BW gaat de wetgever uit van gezamenlijk handelen van de deelgenoten. Als partijen daar niet aan voldoen, dan vormt dit een door een onbevoegde verrichte rechtshandeling, zie bijv. het arrest Van Tholen/Nationale Nederlanden waar een van de deelgenoten een betaling in ontvangst nam die aan de deelgenoten gezamenlijk toebehoorde. Dit was niet terecht: de prestatie had door allen tezamen in ontvangst genomen moeten worden. In casu werd de betalende verzekeringmaatschappij gered, omdat art. 6:34 BW van toepassing werd geacht. De bank mocht erop vertrouwen dat degene die in de polis was genoemd als begunstigde, ook bevoegd was, de betaling in ontvangst te nemen. De andere deelgenoten hadden bijvoorbeeld door een mededeling aan die verzekeraar de goede trouw kunnen beëindigen. In dat geval was de betaling verricht aan een onbevoegde crediteur en had de bank (gedeeltelijk) nog eens moeten betalen, maar dan aan de deelgenoten gezamenlijk.²¹ Daarbij blijft de vraag, of de verzekeraar in dit geval had kunnen volstaan met het uitkeren aan de andere deelgenoten van dat deel van de uitkering dat hun naar rato toekwam of dat hij aan allen nog eens het geheel had moeten betalen waarbij het volledige verhaalsrisico bij de bank had gelegen. In dit tweede geval zou de volledige betaling nog onverdeeld zijn. In het eerste geval zou een soort partiële verdeling zijn geschied, doordat het deel van de ontvanger al was uitbetaald en alleen de rest onverdeeld was gebleven. De bank had dan alleen risico gelopen ten

20. Voor de notaris is dit moment ook vanwege de regels van art. 1:88 BW van belang: als het huwelijk is geëindigd, behoeft de handelende echtgenoot niet meer de toestemming van de andere echtgenoot. Deze toestemming is altijd vereist als aan de regels van art. 1:88 BW is voldaan waarbij bij de toestemming inzake vervreemding of bezwaring van de echtelijke woning niet wordt gekeken, of de woning wellicht onder het bestuur staat van de handelende echtgenoot. Ook in dat geval kan toestemming door de andere echtgenoot zijn vereist als het de echtelijke woning betreft waarin de niet-handelende echtgenoot woont.

21. HR 18 maart 1994, *NJ* 1995, 410.

aanzien van het deel dat nog uitbetaald moest worden aan de andere deelgenoten, aangezien de weduwe al wel haar deel had ontvangen. Hoewel het resultaat wellicht onbillijk voorkomt, lijkt mij de tweede oplossing beter passen in de gedachte van de gemeenschappelijke eigendom, aangezien een gedeeltelijke verdeling niet zonder meer kan plaatsvinden, vergelijk art. 3:179 BW.

12. TOT BESLUIT

In het bovenstaande heb ik getracht, enige bijzonderheden te schetsen waar echtgenoten (daaronder ook te verstaan: geregistreerde partners) mee te maken krijgen, als zij gezamenlijk eigenaar zijn van goederen. Een duidelijke scheidslijn ligt bij het al dan niet bestaan van een (beperkte) huwelijksgemeenschap: in dat geval geldt de bijzondere bestuursregeling van art. 1:97 BW, naast de algemene bestuursregeling van art. 1:90 BW die geldt voor privé-goederen. Hebben echtgenoten samen goederen verkregen maar maken deze geen deel uit van de huwelijksgemeenschap, dan geldt ten aanzien van die goederen de algemene regeling van titel 3.7. Voor sommigen komt als een verrassing dat deze afdeling ook van toepassing is op de ontbonden huwelijksgemeenschap, zie art. 3:189 BW. Ik heb mij in deze bijdrage beperkt tot enkele opmerkingen over de bestuurs-respectievelijk beschikkingsbevoegdheid van de echtgenoten. Over het beheer inclusief beheersovereenkomsten en de werking jegens de deelgenoten bij de gewone gemeenschap zou nog een dergelijke bijdrage geschreven kunnen worden. Daar wordt met enige regelmaat over gestreden.²²

Al met al blijkt de bestuursregeling van de gemeenschap van goederen ertoe te leiden dat de beschikkingsbevoegdheid van de bestuursbevoegde echtgenoot nauwelijks verschuift, daarbij abstrahe- rend van de onderliggende verandering in de eigendomsverhoudin- gen die door de boedelmenging wordt veroorzaakt. Is er sprake van gewone mede-eigendom in de zin van titel 3.7 dan geldt als hoofdre-

22. Laatstelijk bijvoorbeeld in Hoge Raad 8 september 2000, *NJ* 2000, 604 inzake de vraag wie van de deelgenoten bevoegd is tot het instellen van rechtsvorderingen ten behoeve van de gemeenschap, iets ouder: Hof Den Bosch 27 december 1994, *NJ* 1995, 623 inzake de uitoefening van een auteursrecht tussen co-auteurs onderling; Pres. Rb. Zwolle 23 september 1992, *KG* 1992, 358 inzake het gebruiksrecht van de gezamenlijke woning bij samenwoners.

gel dat overeenkomstig de eigendomsverhoudingen ook de deelgenoten tezamen moeten beheren en beschikken, zie art. 3:170 BW.²³

23. Modificaties zijn daarop mogelijk door beheersafspraken van art. 3:178 BW die ook voor rechtsverkrijgenden van de deelgenoten in de regel bindend zijn, art. 3:168 lid 4 BW.

In hoeverre kan het uitoefenen van wilsrechten in het nieuwe erfrecht leiden tot een gemeenschap?

*T.J. Mellema-Kranenburg**

1. INLEIDING

Toen de redactie van het BW-krant jaarboek mij vroeg een artikel over bovenvermeld onderwerp te schrijven schrok ik wel even. Wilsrechten en gemeenschap zijn ieder op zich al een moeilijk te doorgronden onderwerp, laat staan een combinatie van beide. Toch heb ik de opdracht aanvaard, enerzijds omdat hier ook een enorme uitdaging in gelegen is, anderzijds omdat de praktijk vanaf 1 januari 2003 hier mogelijk veelvuldig mee geconfronteerd zal worden. In dit opstel zal ik eerst aandacht besteden aan het onderwerp wilsrechten in het algemeen, vervolgens de wilsrechten van afdeling 4.3.1 in het bijzonder. Daarna zal ik tot de kern van mijn betoog komen namelijk, uitoefening van welke wilsrechten tot een gemeenschap van wilsrechten leidt en wat hier de praktische consequenties van zijn.

2. WAT ZIJN WILSRECHTEN?

In mijn dissertatie¹ omschreef ik een wilsrecht als een bevoegdheid om door een eenzijdige wilsverklaring veranderingen in een rechtsbetrekking van vermogensrechtelijke aard tot stand te brengen waardoor een derde in zijn vermogensrechtelijk belang getroffen wordt. Deze bevoegdheid moet zijn een zelfstandig recht en is onschendbaar in die zin dat er geen inbreuk op gemaakt kan worden.

De reden voor een dergelijke nauw omschreven definitie was om het praktisch nut van het begrip wilsrecht te vergroten. Een eerdere

* Mw. mr. T.J. Mellema-Kranenburg is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Universiteit Leiden en tevens kandidaat-notaris te Rotterdam.

1. *De legitieme portie*, Leiden 1988, p. 8.

definitie van Rupke,² te weten een wilsrecht is de bevoegdheid wijziging aan te brengen in een rechtstoestand, heeft mijns inziens het bezwaar dat deze zo ruim is dat daar onnoemelijk veel gevallen onder vallen zodat de betekenis van het etiket wilsrecht niet zondermeer duidelijk is.

De wetgever heeft echter – zo blijkt uit de regeling van de wilsrechten in het nieuwe erfrecht – voor een ruimer begrip gekozen. In titel 4.3 introduceert hij een viertal wilsrechten die er uit bestaan dat een kind jegens zijn langstlevende ouder of stiefouder een beroep op overdracht van goederen kan doen ter verzilvering van de niet-opeisbare vordering die hij jegens zijn langstlevende ouder of stiefouder heeft. Het gaat hier echter – anders dan in mijn definitie – om regelend recht, met andere woorden erflater kan testamentair deze wilsrechten uitsluiten. Het is dus geen onschendbaar recht dat het kind heeft. Ik kies dan ook in dit opstel voor de ruimere definitie, zoals W. Snijders deze in zijn in artikel in *WPNR* 6365 heeft gegeven, namelijk: een bevoegdheid om eenzijdig verandering te brengen in een rechtstoestand.³

Hoewel deze definitie ruim is geeft zij volgens Snijders weer wat de wilsrechten gemeen hebben, namelijk hun structuur.

Door de wilsrechten binnen deze structuur in groepen in te delen, kan men bepaalde beginselen toepassen op een bepaalde groep van wilsrechten. Zo concludeert Snijders⁴ dat de wilsrechten van afdeling 4.3.1 ruim toegepast dienen te worden aan de hand van de eisen van de redelijkheid en de billijkheid.

Daarentegen zal mijns inziens bij de categorie wilsrechten van afdeling 4.4.3 (de legitieme) waar het dwingend recht betreft, juist geen plaats zijn voor de rol van de (beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid.

3. UITOEFENEN VAN DE WILSRECHTEN VAN AFDELING 4.4.3

Snijders heeft het over een bevoegdheid eenzijdig verandering te brengen in een rechtstoestand.

2. G.W. Rupke Chr. Zn, *Wilsrechten* (diss. Utrecht) Amsterdam: A.H. Kruyt, 1914, p. 38.

3. W. Snijders, 'Wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 6365 (1999), p. 562.

4. W. Snijders a.w., p. 607.

Over hoe dat dient te gebeuren rept de definitie niet. Ook de wettekst van art. 4:19-22 geeft hier geen uitsluitel over ('op diens verzoek') wat de conclusie rechtvaardigt dat wat dat betreft geen vormvereiste geldt.⁵ Omdat het uitoefenen van een wilsrecht wel een rechtshandeling is zijn echter de bepalingen van titel 3.2 van toepassing, zoals de regeling van de nulliteiten, tenzij in Boek 4 een afwijkende regel te vinden is. Zo'n regeling is te vinden in art. 4:26 waar het een minderjarig kind betreft wiens wilsrecht uitgeoefend moet worden door zijn wettelijk vertegenwoordiger die tevens de persoon is tegen wie dat wilsrecht moet worden uitgeoefend. In dat geval moet de kantonrechter het al dan niet een beroep doen op het wilsrecht goedkeuren, rekening houdend 'naar billijkheid met de belangen van het kind, de andere kinderen aan wie de bevoegdheid eveneens toekomt en van degene jegens wie de bevoegdheid bestaat'. Ook hier dus is de redelijkheid bepalend voor het al dan niet een beroep doen op het wilsrecht.

4. GEVOLGEN VAN HET INROEPEN VAN HET WILSRECHT

Bij het behandelen van de gevolgen van het inroepen van het wilsrecht zal ik onderscheid maken tussen de verschillende vormen van de in de wet geregelde wilsrechten.

a. Het bloot-eigendomswilsrecht van art. 4:19

Op grond van dit wetsartikel kan een kind dat een in beginsel niet-opeisbare vordering op zijn langstlevende ouder heeft verkregen wegens intreden van de wettelijke verdeling, zijn langstlevende ouder verzoeken goederen in eigendom over te dragen onder voorbehoud van vruchtgebruik voor deze ouder. De ouder kan overigens afzien van het voorbehoud van vruchtgebruik, waardoor het kind de volle eigendom van de overgedragen goederen krijgt. Het kind kan een verzoek tot overdracht doen vanaf het moment dat de ouder aangifte gedaan heeft van zijn voornemen om opnieuw een huwelijk aan te willen gaan. Dat kan in tijd bezien dus heel lang na het overlijden van de eerststervende ouder zijn. Wanneer de langstlevende ouder duidelijkheid wil of hij een beroep op een wilsrecht kan verwachten kan hij zijn (stief-)kind een redelijke termijn stellen

5. Zo ook W. Snijders, a.w., p. 602.

waarbij hij het beroep op het wilsrecht moet instellen. Laat dit kind deze termijn verstrijken zonder zich op het wilsrecht te beroepen dan vervalt het wilsrecht.⁶

Overigens dient de ouder ook de andere kinderen hiervan in kennis te stellen (art. 4:25 lid 3), met name waar het goederen met affectiewaarde betreft (deze kunnen maar een keer gekozen worden) anders zou er een onevenwichtige situatie ontstaan. Dezelfde mededelingsplicht rust op de kinderen die met gebruikmaking van hun wilsrecht een beroep op overdracht van goederen doen. Wanneer niet aan deze mededelingsplicht voldaan wordt kan het ‘gepasseerde’ kind zich mogelijk op een onrechtmatige daad beroepen⁷ en eventueel schadevergoeding in natura, zoals overdracht van het antieke polshorloge vorderen. De redelijkheid en de billijkheid spelen hier in casu nog geen rol daar er voor uitoefening van het wilsrecht nog geen gemeenschappelijke rechtsverhouding is ontstaan. Wanneer er eenmaal een beroep op het wilsrecht is gedaan kan er hier op twee-erlei wijze een gemeenschap in de zin van titel 3.7 ontstaan.

In de eerste plaats valt er te denken aan de situatie dat de nalatenschap vrijwel uitsluitend uit een woning (of ander enkel goed) bestaat. Wanneer het kind dan overdracht van goederen verzoekt is het enige vermogenbestanddeel dat overgedragen kan worden een aandeel in de woning.

Van dat aandeel krijgt het kind de bloot-eigendom en de langstlevende het vruchtgebruik. De bloot-eigendom van het kind maakt onderdeel uit van de gemeenschap die bestaat tussen de langstlevende ouder en het kind, die tezamen gerechtigd zijn in het onroerend goed. Zij zijn dus gemeenschappelijk eigenaar van de woning wat ertoe leidt dat zij als deelgenoten ten aanzien van bepaalde rechtshandelingen slechts tezamen bevoegd zijn. Weliswaar komen de langstlevende als vruchtgebruiker bepaalde bevoegdheden uitsluitend toe, maar sommige handelingen zoals vervreemding kan de langstlevende – ervan uitgaande dat er sprake is van gewoon vruchtgebruik, dus zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid – slechts tezamen met de andere deelgenoot of deelgenoten verrichten. Hier is het belangrijk te constateren dat bij de toepassing van de wilsrechten en naar mijn mening ook de daaruit voortvloeiende rechten, de

6. NV, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 021, nr. 5, p. 10.

7. Vijfde NvW, *Kamerstukken II* 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 22.

redelijkheid en billijkheid, die ook overigens op grond van art. 3:166 lid 3 de relatie der deelgenoten beheerst, een doorslaggevende rol spelen.⁸ Zo lijkt het mij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat een kind verkoop van de woning van zijn ouder, die kleiner wil gaan wonen en waarin hij als deelgenoot gerechtigd is, kan tegenhouden.

Uiteraard is deze problematiek voor een deel hetzelfde als bij een vruchtgebruiktestament op grond waarvan de langstlevende het vruchtgebruik heeft verkregen en de kinderen de bloot-eigendom. Toch lijkt mij deze situatie anders. In de eerste plaats zullen er bij de uitoefening van de wilsrechten soms – ook rekenkundig – bijzondere verhoudingen ontstaan. Maar wat wellicht nog afwijkender is, is dat bij een vruchtgebruiktestament de erflater bewust gekozen heeft voor een vruchtgebruik en dus een zekere afhankelijkheid tussen ouders en kinderen. Bij de wettelijke verdeling is dat essentieel anders. Daarbij is het juist zo dat de langstlevende de meest verstrekkende bevoegdheden met betrekking tot de nalatenschap heeft en het wilsrecht niet bedoeld is deze bevoegdheden in te perken, maar juist om het vooruitzicht op goederen veilig te stellen. Om deze ratio te bewerkstelligen is er mijns inziens een extra belangrijke rol voor de redelijkheid en billijkheid weggelegd.⁹

De andere manier waarop een gemeenschap ten gevolge van uitoefenen van de wilsrechten kan ontstaan is doordat meerdere kinderen hun wilsrechten uitoefenen met betrekking tot hetzelfde goed.

Ook hier kan weer gedacht worden aan het huis als enig essentieel bestanddeel van de nalatenschap maar bijvoorbeeld ook aan een kostbaar schilderij.

Ook tussen de erfgenamen onderling ontstaat dan een gemeenschap in de zin van titel 3.7. Op zich is dat echter niets bijzonders wanneer deze situatie vergeleken wordt met een klassiek vruchtgebruiktestament waarin de kinderen tot bloot-eigenaar en de langstlevende tot vruchtgebruiker worden benoemd.

8. Zie W. Snijders, a.w., p. 607.

9. Zo ook E.W.J. Ebben, *De positie van de langstlevende echtgenoot en de kinderen in het nieuwe erfrecht* (diss. Amsterdam, VU), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2000, bijv. p. 54.

Gecomplceerder wordt de niet ondenkbeeldige situatie dat twee personen, weduwe en weduwnaar aangifte doen van hun voornemen met elkaar in het huwelijk te treden, beiden met kinderen uit hun eerdere huwelijk. Wanneer deze kinderen allen vorderingen hebben op hun langstlevende ouder hebben zij vanaf het moment van de aangifte een wilsrecht jegens de langstlevende ouder. Wanneer bovendien de weduwe en de weduwnaar in gemeenschap van goederen zijn gehuwd kunnen zij hun wilsrecht slechts uitoefenen met betrekking tot goederen die in de huwelijksgemeenschap vallen. We zitten dan veelal in de situatie dat er geen testament en geen huwelijkse voorwaarden gemaakt zijn, m.a.w. de situatie van de modale Nederlander of de modale Nederlander plus een beetje. Het belangrijkste vermogensobject zal dan veelal de echtelijke woning zijn die tot de gemeenschap behoort. In deze situatie ontstaat er derhalve een gemeenschap van diverse pluimages, namelijk: de beide echtelieden (weduwe en weduwnaar), de kinderen van de man die hun wilsrecht met betrekking tot de nalatenschap van hun eerststervende ouder uitoefenen en de kinderen van de vrouw die hun wilsrecht met betrekking tot de nalatenschap van hun eerststervende ouder uitoefenen. De beide ouders zijn enerzijds vol eigenaar van de woning voor een deel en voorts vruchtgebruiker voor een ander deel, de kinderen zijn alleen bloot-eigenaar voorzover zij hun vordering plus rente met het beroep op het wilsrecht hebben verzilverd. Wanneer de weduwe en weduwnaar vervolgens de woning willen gaan verkopen zullen al deze deelgenoten hun medewerking daaraan dienen te verlenen. Het vruchtgebruik is immers in principe een gewoon vruchtgebruik zonder vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Gesteld nu dat de kinderen of een groep kinderen de verkoop weigeren welke weg dienen de beide echtelieden dan te volgen?

Mijns inziens dienen ze in dat geval naar de kantonrechter te gaan en aan hem machtiging tot vervreemding te verzoeken. De kantonrechter zal daarbij tot een belangenafweging dienen te komen waarbij het belang van de vruchtgebruiker of de hoofdgerechtigde moet worden gediend en het belang van de ander daardoor niet mag worden geschaad. Daarbij zal de ratio van de wilsrechten een belangrijke rol spelen, te weten affectie en zekerheid.¹⁰ In een situatie

10. Zie ook M.J.A. van Mourik, *Nieuw Erfrecht*, derde druk, p. 71, E.W.J. Ebben, p. 46.

als deze waarbij de nadruk op het zekerheidsaspect zal liggen zal mijns inziens de kantonrechter snel machtiging verlenen. Immers doordat er hier zaaksvervanging (art. 3:213) aan de orde wordt gesteld, wordt het zekerheidsaspect voldoende gewaarborgd. Ik zou me hierbij kunnen voorstellen dat de kantonrechter slechts machtiging verleent onder de voorwaarde dat een in de plaats komend huis eveneens belast wordt met vruchtgebruik, m.a.w. dat in het openbare register de tenaamstelling van de woning (bloot-eigenaar-vruchtgebruik) juist wordt vermeld.

Gesteld echter dat de vruchtgebruiker wel vervreemdings- en verteringsbevoegdheid heeft zoals bepaald in art. 4:23 lid 2. In dat geval zal hij zelfstandig de woning verkopen. De 'bloot-eigenaar' deelgenoot heeft in die situatie geen zeggenschap. Wel kan hij in dat geval vorderen dat een eventueel nieuw aan te kopen woning weer op naam van de bloot-eigenaar wordt gezet en de vruchtgebruiker 'slechts' vruchtgebruiker blijft. Om dit laatste te realiseren zou de kantonrechter bij het verlenen van de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid een dergelijke voorwaarde hebben kunnen stellen.¹¹

Een variant op deze casus vormt de situatie dat de echtelieden het huis weliswaar in gemeenschappelijk eigendom hebben, doch niet op grond van het huwelijksvermogensrecht, maar op grond van art. 3:166 (een 'eenvoudige' gemeenschap). Het resultaat zal daarbij naar mijn mening niet afwijken van de woning die in de gemeenschap van goederen viel.

b. Het vol eigendomsrecht van art. 4:20

Het vol eigendomsrecht van art. 4:20 is aan de orde wanneer de langstlevende ouder op wie het kind een niet-opeisbare vordering uit de nalatenschap van de eerststervende ouder heeft, overlijdt terwijl hij inmiddels gehuwd was of een geregistreerd partnerschap was aangegaan. In dat geval hebben de kinderen het recht goederen uit de nalatenschap van de langstlevende ouder in volle eigendom op te eisen. Deze situatie zal zich alleen voordoen als de kinderen nog niet eerder van het bloot-eigendomswilsrecht van art. 4:20 gebruik hebben gemaakt. Wanneer de langstlevende ouder anderen dan zijn echtgenoot/geregistreerd partner tot erfgenaam heeft benoemd, rust op deze erfgenamen de verplichting deze goederen over te dragen.

11. Zie vijfde NvW, *Kamerstukken II* 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 20.

Ook hier kan ten gevolge van het uitoefenen van het wilsrecht een gemeenschap ontstaan of de problematiek van het moeten verdelen van de gemeenschap aan de orde komen. We hebben hier dan te maken met een bijzondere gemeenschap (afdeling 3.7.2).¹²

Allereerst is er wederom de niet ondenkbeeldige situatie dat de langstlevende hertrouwende ouder in gemeenschap van goederen is gehuwd. Op het moment van overlijden van de langstlevende is deze gemeenschap ontbonden doch onverdeeld. Dat betekent dus dat de kinderen hun wilsrecht uitoefenen jegens de onverdeelde huwelijksgemeenschap. Zij kunnen hun wilsrecht slechts uitoefenen met betrekking tot het aandeel van hun overleden ouder in de gemeenschap.¹³ Dit zou slechts anders kunnen zijn wanneer de eerst overleden ouder in zijn testament had bepaald dat al hetgeen zijn erfgenamen verkrijgen buiten elke gemeenschap van goederen valt.¹⁴ Alvorens de overdracht kan plaatsvinden zal dus eerst de huwelijksgemeenschap verdeeld dienen te worden. Daarbij is het in principe mogelijk dat het wilsrecht uitgeoefend wordt ten aanzien van goederen die voor het (tweede) huwelijk van erflater niet tot zijn vermogen hebben behoord. Dat wil dus zeggen dat in zo'n situatie het toepassingsgebied van de wilsrechten wordt uitgebreid naar de goederen die deel hebben uitgemaakt van de huwelijksgemeenschap. Daarbij wordt wel enigszins afbraak gedaan aan de ratio van de regeling, immers uitzicht op 'spulletjes' van de eigen ouder, maar uiteraard is dit wel een praktische oplossing.

Zolang de huwelijksgemeenschap onverdeeld is heeft het kind dus door zijn wilsrecht in te roepen een onverdeeld aandeel in de huwelijksgemeenschap van zijn ouder en stiefouder. Dat betekent bijvoorbeeld dat art. 3:190 op dit aandeel van toepassing is. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat een deelgenoot op een zodanig aandeel ook zonder toestemming van de andere deelgenoten een recht van pand of hypotheek kan vestigen.

Concreet kan dit het volgende betekenen: tot de huwelijksgemeenschap behoort vrijwel uitsluitend de woning. De huwelijksgemeenschap is nog niet verdeeld en de kinderen wensen hun wilsrecht

12. C.A. Kraan, 'Erfrecht en Vruchtgebruik', in: T.J. Mellema-Kranenburg, C.A. Kraan en I.J.F.A. van Vijfeijken, *Vruchtgebruik* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 83.

13. Zie: C.A. Kraan, a.w., p. 78.

14. C.A. Kraan, a.w., p. 79.

uit de nalatenschap van de eerststervende ouder te verzilveren. Zij krijgen dan een aandeel in het huis. Zij zouden dat aandeel kunnen verhypothekeren, wat overigens heel lastig lijkt, omdat we in zo'n situatie met verschillende hypotheekgevers en nemers met betrekking tot hetzelfde huis kunnen komen.

De situatie kan echter nog gecompliceerder worden als de kinderen zich bovendien ten aanzien van de nalatenschap van de langstlevende ouder op hun bloot-eigendomswilsrecht (art. 4:21) beroepen. Als we nog steeds de nalatenschap die vrijwel uitsluitend uit het huis bestaat in gedachten houden, hebben we een gemeenschap, waarin het kind een aandeel heeft (art. 4:20), anderzijds een bloot-eigendomswilsrecht (art. 4:21) en de langstlevende de volle eigendom van een aandeel en daarnaast het vruchtgebruik van de rest. Daarbij zij nog opgemerkt dat op grond van art. 4:24 de langstlevende niet tot overdracht verplicht is van goederen die van de zijde van de stiefouder in de huwelijksgemeenschap gevallen zijn. De situatie van deze gecompliceerd samengestelde gemeenschap is niet ideaal. Wat zou hier tegen gedaan kunnen worden? Gezien het bepaalde in art. 3:178 hoeft een deelgenoot niet in een onverdeeldheid te blijven zitten. Ieder van de deelgenoten alsmede hij die een beperkt recht heeft kan verdeling vorderen. Denkbaar is dan dat de woning toegeëld wordt aan de langstlevende tegen een redelijke prijs. Immers de relatie der deelgenoten wordt door de redelijkheid en billijkheid beheerst (art. 3:166 lid 3). Weliswaar wordt hierdoor het recht op spullen doorbroken, maar wel een einde gemaakt aan een gecompliceerde situatie. Bovendien speelt in deze situatie niet zozeer het affectie-element, maar veel meer het zekerheidsaspect.

5. HET BLOOT-EIGENDOMSWILSRECHT VAN ART. 4:21

Het betreft hier het wilsrecht dat een kind krijgt door overlijden van de eigen ouder ten opzichte van de stiefouder met wie de eigen ouder gehuwd is. Het kind heeft dit wilsrecht uit hoofde van de wettelijke verdeling op grond waarvan de stiefouder alle goederen toegeëld krijgt.

Ook hier is het zo dat er een gemeenschap met diverse deelgenoten kan ontstaan tussen de stiefouder en de kinderen. De problematiek wat de gemeenschap betreft wijkt niet af van die zoals vermeld onder 4a. Het meest in het oog springende verschil hierbij is dat het

wilsrecht niet kan worden ingeroepen ten aanzien van goederen die van de zijde van de stiefouder in de huwelijksgemeenschap met de erflater zijn gevallen. In de praktijk zal dit tot problemen kunnen leiden, immers welke goederen zijn van de zijde van de stiefouder in de huwelijksgemeenschap gevallen? De wetgever heeft daarom in lid 3 een wettelijk vermoeden opgenomen op grond waarvan degene jegens wie het wilsrecht wordt uitgeoefend (de stiefouder) moet aantonen dat de goederen behorend tot zijn vermogen geen 'wilsrechtgoederen' zijn. Wanneer hij daar niet in slaagt dan geldt het wettelijk bewijsvermoeden.¹⁵ Op zich is dit dogmatisch een typische figuur. Immers deze van de stiefouder afkomstige goederen, vallen in de gemeenschap van goederen. Boedelmenging vindt dus plaats. Maar ten opzichte van de uitoefenaar van het wilsrecht kan op deze goederen geen beroep gedaan worden, je zou dit als het ware kunnen aanmerken als een relatieve verknochtheid.

6. HET VOL EIGENDOMSWILSRECHT VAN ART. 4:22

Wanneer een kind een geldvordering op zijn stiefouder heeft verkregen tengevolge van het overlijden van zijn eigen ouder, ontstaat er voor hem een wilsrecht (art. 4:22). Wanneer hij zich niet op zijn wilsrecht heeft beroepen en vervolgens de stiefouder overlijdt, kan hij alsnog van zijn wilsrecht gebruik maken en op grond hiervan goederen uit de nalatenschap van zijn overleden stiefouder opvoerden. Ook hier geldt dat de verplichting tot overdracht geen betrekking heeft op goederen die van de zijde van de stiefouder in de huwelijksgemeenschap met de erflater zijn gevallen.

Theoretisch is het ook hier mogelijk dat er een gemeenschap tussen enerzijds de kinderen van de ouder en de kinderen van de stiefouder ontstaat. Dit zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen wanneer de vordering en de rente de waarde van de over te dragen goederen niet dekken. Het is dan mogelijk een gedeelte van een goed over te dragen danwel een goed volledig over te dragen tegen bijbetaling.¹⁶ Het eerste lijkt mij niet snel aan de orde omdat veelal stiefkinderen en eigen kinderen deze gemeenschappelijke eigendom niet zullen wensen. Meer voor de hand liggend zal dan de tweede

15. Vijfde NvW, *Kamerstukken II* 1996/97, 17 141, nr. 21, p. 21.

16. Wetgevingsoverleg, *Kamerstukken II*, 1997/98, 17 141, nr. 27, p. 22.

oplossing zijn: volledig overdragen tegen bijbetaling. Uiteraard kunnen hierbij conflicten ontstaan die dan weer door de kantonrechter beslist dienen te worden, oordelend naar redelijkheid en billijkheid (art. 4:25 lid 4). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de kantonrechter bij zijn beslissing een ruime marge heeft, hij dient een zorgvuldige afweging van belangen te plegen.¹⁷ Hij kan daarbij ook oordelen dat een goed aan verschillende kinderen tezamen wordt toebedeeld. In dat geval ontstaat er een gemeenschap krachtens een beschikking van de kantonrechter.

7. CONCLUSIE

W. Sniijders schrijft in zijn slotbeschouwing van zijn trilogie over 'wilsrechten in het algemeen en in het nieuwe erfrecht',¹⁸ dat het nieuwe erfrecht bezien vanuit het gezichtspunt van de figuur van het wilsrecht niet eenvoudig oogt. De lezer van het bovenstaande zal het hiermee eens zijn. Maar Sniijders vervolgt dan met de opmerking dat met de nodige doordenking, mede aan de hand wat voor wilsrechten in het algemeen geldt, zeer wel tot redelijke oplossingen kan worden gekomen. Een dergelijk beeld is volgens Sniijders inherent aan het onderwerp, namelijk een rechtsgebied waarin de nadruk ligt op de onderlinge verhoudingen tussen een meestal nauwe kring van nabestaanden die, met inachtneming van hetgeen wet en uiterste wilsbeschikking hun als uitgangspunt opleggen, moeten trachten overeenstemming over de afwikkeling van de nalatenschap te bereiken. In het in dit opstel besproken onderwerp treden hierbij nog twee extra complicaties op, te weten:

- stiefouder/stiefkindrelatie;
- het aanwezig zijn van een gemeenschap.

Betekent dit dat het advies is: sluit de wilsrechten maar uit, het betreft immers regelend recht?

Dat lijkt mij een te rigoureuze oplossing. De wetgever heeft bij de regeling van de wilsrechten problematische situaties voorzien en daarbij voor instrumenten gezorgd die maatwerk kunnen leveren.

Zowel wat de materie van de wilsrechten als de gemeenschap betreft spelen redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol. Of met

17. Zie NnEV, *Kamerstukken II* 1997/98, 17 141, nr. 25, p. 10 e.v.

18. WPNR 6365-6367 (1999).

andere woorden zijn de concrete omstandigheden van het geval doorslaggevend: in de kamer van Marie kan de Friesche Staartklok een onmisbaar meubelstuk zijn, terwijl Jan dezelfde klok liever kwijt dan rijk is.

De wettelijke verdeling van de nalatenschap naar komend erfrecht op enige punten vergeleken met de ‘gewone’ verdeling en de ouderlijke boedelverdeling

*A.J.H. Pleysier**

1. INLEIDING

Een veel voorkomende casus is dat moeder¹ na het overlijden van vader in de voormalige echtelijke woning blijft zitten en ook overigens alle activa uit de boedel behoudt en dat de kinderen, die aldus geen activa uit de nalatenschap verkrijgen, wegens hun onderbedeling een vordering op moeder houden ter grootte van hun versterfportie² tot ook moeder is overleden.

In het onderstaande zal ik, voor die casus, met elkaar vergelijken de ‘gewone’ verdeling der nalatenschap,³ de thans nog veel gebruikte ouderlijke boedelverdeling, en de wettelijke verdeling als bedoeld in artikel 4:13 BW van het komend versterferecht.

* Mr. A.J.H. Pleysier is als universitair hoofddocent verbonden aan de afdeling notarieel recht van de Universiteit Leiden.

1. Ik ga ervan uit dat – zoals in de overweldigende meerderheid der gevallen – zowel de langstlevende echtgenoot als de kinderen van de eerststervende erfgenen zijn. De eerststervende echtgenoot is meestal de vader, vandaar dat ik hem verder ook met ‘vader’ aanduid. De langstlevende echtgenoot duid ik derhalve ook wel met ‘moeder’ aan. Onder ‘boedel’ versta ik: de tussen echtelieden bestaande hebbende huwelijksgoederengemeenschap en de daarin begrepen nalatenschap van de eerststervende echtgenoot, of, als er geen huwelijksgoederengemeenschap was, de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot.
2. Het feit dat moeder de verplichting opgelegd krijgt de boedelschulden geheel te voldoen drukt uiteraard de claims van de kinderen.
3. In de onderhavige casus levert de door de deelgenoten tot stand gebrachte verdeling een imitatie-ouderlijke boedelverdeling op. Er zijn daarnaast allerlei andere mogelijkheden van verdeling tussen moeder en de kinderen denkbaar, maar die imitatie-ouderlijke boedelverdeling leent zich het meest voor vergelijking met de wettelijke verdeling in het nieuwe erfrecht.

2. DE GEWONE VERDELING DER NALATENSCHAP

De dogmatisch geheimzinnige figuur van de 'gewone'⁴ verdeling, de verdeling door de deelgenoten gemaakt dus, is te vinden in titel 7 van boek 3, meer in het bijzonder in artikel 3:182 en 186. In grote lijnen zijn drie opvattingen in omloop met betrekking tot het 'wezen' van die verdeling. In de eerste plaats: net als onder het oude recht is de verdeling in principe déclaratif de propriété maar met de bijzonderheid dat, gelet op artikel 3:186 lid 1, een leveringshandeling is voorgeschreven 'op dezelfde wijze als voor een overdracht'. Dat betekent voor een toebedeeld onroerend goed dat nodig is de inschrijving in de openbare registers van een akte die sterk lijkt op een transportakte.⁵ Voor roerende zaken zal een bezitsverschaffing volstaan om aan het vereiste van een leveringshandeling te voldoen. In de praktijk zal moeder wel de sleutels van de ex-echtelijke woning hebben en ook overigens het bezit van de 'spulletjes' hebben. Als moeder en kinderen afspreken dat moeder de spulletjes krijgt toegeëld zal die consensus impliceren dat de kinderen hun breukdeel van het bezit brevi manu aan hun moeder verschaffen.

Voor degenen daarentegen die van mening zijn dat de verdeling, net als in het Romeinse recht,⁶ alleen maar een titel als bedoeld in artikel 3:84 en 89 lid 2 oplevert, is de verdelingsakte ten aanzien van onroerend goed niet anders dan een transportakte, waarin vermelding van de contraprestatie⁷ en, zoals in de praktijk meestal wordt aangenomen, een zakelijke overeenkomst moet voorkomen.⁸ Voor wat betreft roerende zaken is de bezitsverschaffing tevens leveringshandeling.

4. Eigenlijk is, statistisch gezien, deze 'gewone' boedelverdeling allerminst gewoon: vaak ligt er, als vader het hoofd neerlegt, een testament houdende een 'moderne' ouderlijke boedelverdeling.
5. Daargelaten de vraag of, strikt genomen, een zakelijke overeenkomst en de vermelding van de contraprestatie in de verdelingsakte moet figureren, ziet men dat in de praktijk zeer vaak gebeuren.
6. C. 3, 38, 1.
7. Art. 46 Wet op het notarisambt.
8. Vgl. A.J.H. Pleysier, 'Vergelijking tussen transportakte en verdelingsakte', *De Notarisklerk*, 1342 (1996), p. 133-137, 1343 (1996), p. 152-155, 1344 (1996), p. 170-172, 1345 (1996), p. 189-191, 1346 (1996), p. 205-207, 1347 (1997), p. 5-9, 1348 (1997), p. 27-30, 1349 (1997), p. 53-54.

De derde mening is te vinden in de parlementaire geschiedenis⁹ waar van een 'tussenfiguur' wordt gerept.

In al die drie leren is het dus nodig dat ten aanzien van een toegedeelde zaak een voor die zaak relevante leveringshandeling heeft plaatsgevonden.

Het is van oudsher¹⁰ mogelijk dat een verdeling tot stand wordt gebracht waarbij een deelgenoot de hele zaak krijgt en de andere deelgeno(o)t(en) alleen maar een vergoeding in geld van hun aldus ontstane onderbedeling, zoals in het nieuwe erfrecht, althans voor de adiudicatio, uitdrukkelijk wordt erkend in art. 3:185 lid 2 sub b. Diezelfde gedachte vinden we bij de wettelijke verdeling van het nieuwe erfrecht.

3. DE OUDERLIJKE BOEDELVERDELING

De ouderlijke boedelverdeling als bedoeld in artikel 4:1167 van het erfrecht van 1838 is een verdeling der nalatenschap door de testateur tussen de descendentes of (sinds 1923) tussen de langstlevende en de descendentes. Omdat de ouderlijke boedelverdeling een verdeling is zijn daarop van toepassing de gewone regels ten aanzien van de verdeling, tenzij uit de wet het tegendeel blijkt. Dat betekent dat ook bij de ouderlijke boedelverdeling het mogelijk is dat de ene deelgenoot (moeder) alle zaken der nalatenschap verkrijgt en de andere deelgeno(o)t(en) (de kinderen) alleen maar geld ter grootte van hun onderbedeling: de zogenaamde 'moderne' ouderlijke boedelverdeling. De ouderlijke boedelverdeling zal na de invoering van het nieuwe erfrecht niet meer gemaakt kunnen worden. Eerder gemaakte ouderlijke boedelverdelingen blijven overigens onder het komend erfrecht hun werking uitoefenen.¹¹

In de praktijk speelt alleen maar die 'moderne' ouderlijke boedelverdeling een rol. Meestal ziet men dat niet alleen 'alles naar moeder schuift', maar ook dat de testateur bepaalt dat de kinderen

9. EV II Inv., *Parl. gesch.*, p. 1299.

10. Vgl. J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, nr. 56a.

11. Kan afgeleid worden uit art. 79 OW; vgl. ook art. 129 lid 3.

hun vorderingen wegens onderbedeling moeten 'opzouten' tot ook moeder het tijdelijke met het eeuwige heeft verwisseld.¹²

Gelet op artikel 129 lid 1 Overgangswet NBW kan een vordering van een legitimaris¹³ pas opgeëist worden als ook moeder het hoofd heeft neergelegd.

4. DE WETTELIJKE VERDELING ALS BEDOELD IN ARTIKEL 4:13 BW VAN HET KOMEND VERSTERFERFRECHT

De wettelijke verdeling van de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot (hierna ook te noemen: wettelijke verdeling) is te vinden in artikel 4:13 van het komend erfrecht. De nalatenschap van de erflater die een echtgenoot en één of meer kinderen als erfgenamen achterlaat wordt, kort gezegd, door de wet zo verdeeld dat de langstlevende echtgenoot *van rechtswege* de goederen der nalatenschap verkrijgt en dat de kinderen een vordering op de langstlevende krijgen ter grootte van de waarde van hun erfdeel. Deze vordering kunnen zij alleen maar opeisen als de langstlevende failliet gaat of overlijdt.¹⁴

De ingewikkelde regelingen bij, onder meer, het hertrouwen van de langstlevende laat ik onbesproken.

Men zou kunnen betogen dat de wettelijke verdeling geen verdeling mag heten. Men zou dan, bijvoorbeeld, een *a contrario* beroep op artikel 4:182 kunnen doen, waar de oorspronkelijke saisine, namelijk de saisine van de langstlevende met betrekking tot

12. Volgens het arrest HR 21 december 1973, *NJ* 1974, 308 m.nt. WMK (Professor Mulder) maakt deze bepaling geen deel uit van de ouderlijke boedelverdeling. Derhalve kan deze bepaling een schending van de legitieme der kinderen opleveren, die dan weer in de praktijk wordt 'afgedekt' door een beroep op een dringende verplichting van moraal en fatsoen van de testateur jegens zijn echtgenote haar, ook na zijn dood, op de oude voet te laten voortleven. Meestal wordt onder meer bepaald dat de vordering ook opeisbaar is als moeder failliet gaat en als zij in een verzorgingshuis wordt opgenomen.

13. De vraag is wat de wet hier bedoelt. De vordering van een kind uit hoofde van de onderbedeling is ongetwijfeld een vordering van een legitimaris, een kind is immers legitimaris. Of bedoelt de wet alleen maar: een vordering uit hoofde van de legitieme? Ik neem het eerste aan.

14. Bij uiterste wil kunnen de opeisingsgronden worden uitgebreid. Het is, bijvoorbeeld, mogelijk te bepalen dat de vordering van de kinderen opeisbaar wordt als moeder in een verzorgingshuis wordt opgenomen. Zie art. 4:13 lid 3 in fine.

bezit of detentie, in het kader van de verdeling afzonderlijk wordt geregeld. Ook zou men kunnen zeggen dat een verdeling normaliter door de deelgenoten geschiedt,¹⁵ terwijl hier de verdeling van rechtswege geschiedt, maar dan zou ook de ouderlijke boedelverdeling geen verdeling zijn.

Uitgaande van het bekende woord van Willem van Ockham 'Entia non sunt multiplicanda sine necessitate' (voor het recht: rechtsfiguren mogen niet zonder noodzaak vermeerderd worden) breng ik de wettelijke verdeling toch maar onder het begrip verdeling. Dat neemt niet weg dat de wettelijke verdeling op enige punten afwijkt van de 'gewone' verdeling.

De gelijkenis qua effect van de ouderlijke boedelverdeling met de wettelijke verdeling in het komend erfrecht dringt zich op: de wettelijke verdeling is een door de wet gegeven 'surrogaat' voor de ouderlijke boedelverdeling.

5. ACTIVA

De belangrijkste vragen bij de 'gewone' verdeling, bij de ouderlijke boedelverdeling en bij de wettelijke verdeling zijn voor wat betreft de activa: wat zit in de boedel, wat zijn die boedelbestanddelen waard, welke boedelbestanddelen gaan naar wie, hoe 'verschuiven' die boedelbestanddelen qua eigendom, hoe 'verschuiven' de boedelbestanddelen qua bezit? Daarnaast staat een andere vraag: wat is het effect van de 'gewone' verdeling, de ouderlijke boedelverdeling en de wettelijke verdeling op de schulden der nalatenschap?

Onder de vraag wat in de boedel zit schuilen twee geheel verschillende problemen. Eerst de feitelijke vraag welke activa de boedel als geheel vormen. Als ik het goed zie is die vraag bij alle drie de genoemde rechtsfiguren zo ongeveer hetzelfde. Partijen kunnen een boedelbeschrijving maken, bij de wettelijke verdeling de boedelbeschrijving bedoeld in artikel 4:16 lid 1 eisen, doch men bedenke daarbij dat in grote lijnen een boedelbeschrijving ook geput kan worden uit de memorie van aangifte voor het recht van successie. De vraag of een notariële boedelbeschrijving moet worden opgemaakt als een partij niet de vrije beschikking heeft over zijn vermogen is voor notariële pratici natuurlijk hoogst

15. Vgl. art. 3:182 'waaraan alle deelgenoten (...) medewerken (...)'.

belangrijk, doch daar zit dogmatisch zo weinig 'vlees' aan dat ik die hier niet zal beantwoorden.

Onder de vraag wat in de boedel zit schuilt ook het volgende probleem. Vaak zal de te verdelen boedel bestaan uit de huwelijks-goederengemeenschap.¹⁶ Deelgenoten in die door de dood van vader ontbonden huwelijksgoederengemeenschap zijn de langstlevende in die hoedanigheid te ener zijde voor de helft, en de erfgenamen samen te anderzijde voor de andere helft.¹⁷

Volgens het versterferfrecht krijgt de langstlevende het aandeel van een kind, het zal zeer vaak gebeuren dat de langstlevende in de hoedanigheid van erfgenaam naast de helft in de huwelijksgoederengemeenschap die zij behoudt ook nog eens krachtens erfrecht beurt.¹⁸

Ik laat de complicatie terzijde dat het ook nog eens kan zijn dat het overlijden van vader, kort gezegd, zal leiden tot de verdeling van een maatschap of vennootschap 'waarin vader zat'.

Het zal duidelijk zijn dat de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap in de sfeer van het erfrecht tot belangrijke consequenties kan leiden. Ik begin, voor het goede begrip, met het klassieke voorbeeld, dat overigens buiten de orde van mijn betoog valt, te weten het maken van een legaat van een zaak die zich in de huwelijksgoederengemeenschap bevindt. Stel aan één van de kinderen is het huis gelegateerd, maar bij de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap delen de deelgenoten het huis toe aan moeder, en niet 'aan de nalatenschap'.

Het legaat wordt dan een slag in de lucht: de gelegateerde zaak bevindt zich dan niet in de nalatenschap. Artikel 4:950 van het BW van 1838 geeft de legataris dan een vervangende schadevergoeding. Artikel 4:51 van het nieuwe erfrecht geeft eenzelfde regeling.

Bij de door de deelgenoten tot stand gebrachte verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en de daarin begrepen nalatenschap

16. Een enkele keer zal er tussen echtelieden een 'vrije' mede-eigendom bestaan. Bijvoorbeeld: twee in een absoluut scheidingsstelsel gehuwde echtelieden kopen samen een huis. Het hierna vermelde geldt dan *mutatis mutandis*.

17. In de wandeling zeggen we ook wel dat die andere helft 'in de nalatenschap zit'. De nalatenschap is natuurlijk geen rechtspersoon. Met die verkorte manier van zeggen wordt bedoeld dat de erfgenamen samen tot die andere helft gerechtigd zijn.

18. De leek drukt dat uit met de foute slagzin 'de weduwe erft de helft plus een kindsdeel'.

van vader zullen de deelgenoten de verdeling van huwelijksgoederengemeenschap en nalatenschap vaak in één klap maken. Er ontstaan dan geen problemen wat betreft de vraag wat zich in de boedel bevindt. Stel echter dat zij het in twee étappes doen: eerst de huwelijksgoederengemeenschap en dan de nalatenschap. Delen zij alle activa meteen toe aan moeder, en aan de kinderen alleen maar een vordering wegens hun onderbedeling, dan is de verdeling der nalatenschap verder alleen maar een kwestie van verrekenen.

Zou men – een bizarre gang van zaken – de activa der nalatenschap toebedelen ‘aan de nalatenschap’, dan zou men alleen maar de toedeling der activa aan moeder kunnen redden door aan haar als mede-erfgenaam toe te delen. Dat kan natuurlijk alleen maar als moeder mede-erfgenaam is.

Bij de ‘moderne’ ouderlijke boedelverdeling maakt het niet uit hoe de huwelijksgoederengemeenschap wordt verdeeld tussen de langstlevende en de nalatenschap. Wordt door de deelgenoten, bijvoorbeeld, de voormalige echtelijke woning aan moeder in haar hoedanigheid van langstlevende toebedeeld, dan heeft zij ‘meteen’ de eigendom van het huis. Wordt het huis echter door de deelgenoten ‘aan de nalatenschap’ toebedeeld, dan heeft zij evengoed de eigendom van het huis. De ouderlijke boedelverdeling bewerkt dan immers dat het huis, in de nalatenschap terechtgekomen zijnde, aan moeder is toebedeeld. Volgens de HR¹⁹ moet men een enigszins andere redenering volgen: als ik het goed begrijp heeft moeder na dode van vader de helft van het huis krachtens huwelijksvermogensrecht en zit de andere helft in de nalatenschap. Door de ouderlijke boedelverdeling – die uitsluitend binnen de nalatenschap werkt – schuift de laatstgenoemde helft naar moeder zodat zij ook voor die helft tot het huis gerechtigd wordt.

Bij de wettelijke verdeling dringt zich de vraag op wat er gebeurt als na de dood van vader de deelgenoten besluiten alle goederen der huwelijksgoederengemeenschap aan moeder in haar hoedanigheid van langstlevende toe te bedelen. De nalatenschap bevat alsdan alleen maar een ‘vordering wegens onderbedeling’ op

19. Zie de uitspraak (in de wandeling ‘arrest’ genoemd) van HR 9 september 1988, *NJ* 1989, 239 (WMK) (Van der Kammen-Ktr. Tiel), waarover A.J.H. Pleysier (m.a.) ‘Een nieuwe uitspraak over de ouderlijke boedelverdeling’, *De Notarisklerk*, 1248 (1988), p. 303-305.

moeder. Moeder verkrijgt van rechtswege datgene wat in de nalatenschap zat: te weten een vordering.

Voor moeder maakt het, op het eerste gezicht, niet uit: zij krijgt door de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap alle goederen tegen 'inlevering' van een schuld wegens overbedeling aan haar kinderen. Van het standpunt van de kinderen maakt het op het eerste gezicht ook niet uit: zij krijgen uiteindelijk een vordering wegens onderbedeling op hun moeder.

Bij nader inzien wordt de wettelijke verdeling dan in zoverre een slag in de lucht dat het hele ingewikkelde systeem van titel 3 van boek 4 dat poogt het 'stiefoudergevaar'²⁰ te regelen zich dan oplost in verrekeningen. Als bijvoorbeeld moeder verplicht is aan haar kinderen bij haar hertrouwen de blote eigendom van goederen over te dragen slaat dat op goederen die moeder als erfgename van vader heeft verkregen: we zitten hier immers in het erfrecht. En in de nalatenschap zit alleen maar een bij de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap ontstane vordering! De wet geeft voor dit probleem een praktische, doch dogmatisch hoogst problematische oplossing: op de valreep is ingevoegd artikel 4:24 waarin onder de 'goederen' die moeder bij hertrouwen aan de kinderen moet overdragen ook worden begrepen de goederen die zich in een door het overlijden van vader ontbonden huwelijksgoederengemeenschap bevonden. We zetten dan zo ongeveer alles wat we geleerd hebben over de werking van de verdeling, meer in bijzonder de verdeling der huwelijksgoederengemeenschap, overboord.

Hand in hand met de vraag welke boedelbestanddelen er zijn gaat de vraag: wat zijn de boedelbestanddelen waard? Gelet op artikel 4:16 lid 1 kunnen echtgenoot en kinderen, als gemeld, verlangen dat een boedelbeschrijving wordt opgemaakt. Kennelijk acht de wet, gelet op de tweede zin van dat artikellid, een boedelbeschrijving zonder waardering niet denkbaar. In de praktijk zien we in een boedelbeschrijving inderdaad altijd een waardering opgenomen. Ook hier zal ik de problematiek van de 'personae miserabiles' niet bespreken. Ik ga dus onder meer voorbij aan de vraag of er een beëdigd taxateur aan te pas moet komen.

Van groot belang kan zijn de vraag of gewaardeerd moet worden per de sterfdag of per de dag van verdeling. Bij de 'gewone'

20. Voorbeeld: het 'horloge van opa' komt in de verkeerde familie terecht.

verdeling, waarbij de ene deelgenoot dit krijgt en de ander dat, is de dogmatisch juiste oplossing: zo dicht mogelijk bij de dag der verdeling, tot dat moment immers waren de deelgenoten als eigenaren 'for better and for worse' in de activa betrokken zodat de waardestijgingen en -dalingen voor hun aller rekening en risico komen. Delen de deelgenoten echter, zoals zo vaak geschiedt, alles aan moeder toe, dan ziet men in het algemeen de sterfdag als peildatum. Het probleem doet zich bij de wettelijke verdeling niet voor aangezien beide momenten samenvallen. Hetzelfde geldt overigens ook al bij de ouderlijke boedelverdeling.

De vraag naar de waardering verengt zich in de praktijk tot de vraag of de ex-echtelijke woning gewaardeerd moet worden naar de leegwaarde of de (uiteraard veel lagere) waarde bewoond. Ik zou terzake van de wettelijke verdeling geen ander standpunt innemen dan ten aanzien van de waardering bij de ouderlijke boedelverdeling.²¹ Derhalve opteer ik, in beginsel, voor de leegwaarde. Ook hier geldt weer dat de Successiememorie goede diensten kan verrichten, maar het is niet zonder meer gezegd dat de successiewaarde de waarde is waarvoor de partijen de boedelbestanddelen in hun onderlinge verrekening moeten betrekken.

De vraag welke boedelbestanddelen naar wie gaan is in casu buitengewoon gemakkelijk te beantwoorden. *Alle* boedelbestanddelen gaan naar de langstlevende. Artikel 13 lid 1 bepaalt dat de erfflater alleen maar de 'hele afdeling' buiten toepassing kan verklaren.²²

De verschuiving van eigendom van boedelbestanddelen

Wij komen nu toe aan de vraag hoe die boedelbestanddelen qua eigendom naar de langstlevende 'verschuiven'. Deze vraag is eigenlijk een deelvraag van de vraag hoe de gerechtigdheid tot de activa van de boedel naar haar verschuift. Ik zal mij tot de eigendom beperken. Eerst de eigendom van registergoederen, waarbij ik me beperk tot eigendom van onroerend goed.

Het meest in het oog springende verschil tussen de wettelijke verdeling en de 'gewone' verdeling is uiteraard dat de 'gewone'

21. Vgl. Pitlo, *Erfrecht*, nr. 215.

22. Wil men, bijvoorbeeld, een kind een boedelgoed doen toekomen dan kan men hem dat legateren.

toedeling van het huis in het vat van een notariële akte moet worden gegoten welke in de openbare registers moet worden ingeschreven. De verschillende theorieën omtrent het wezen der verdeling daargelaten: artikel 3:186 lid 1 eist, als gezegd, voor de overgang van het aan moeder toegedeelde huis 'levering op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgescreven'.²³

Voor wat betreft de ouderlijke boedelverdeling echter geldt, gelet op artikel 4:1167 in zijn laatste versie, dat het vereiste van de leveringshandeling als bedoeld in artikel 3:186 lid 1 niet van toepassing is. Ouderlijke boedelverdelingen hoeven dus ook niet in de openbare registers te worden ingeschreven. Dat blijft onder het komend erfrecht zo.²⁴

Niettemin is ook bij de ouderlijke boedelverdeling het inschrijven van de verklaring van erfrecht en toedeling of van een akte constatering van een ouderlijke boedelverdeling soms aanbevelenswaardig.²⁵

De wettelijke verdeling werkt van rechtswege. Er is derhalve geen inschrijving van enigerlei stuk in de openbare registers nodig. Wat dat betreft kan men, als gezegd, duidelijk zien dat de wettelijke verdeling is 'afgekeken' van de ouderlijke boedelverdeling, waar, als gezegd, gelet op artikel 4:1167 tweede zin, artikel 3:186 lid 1 niet van toepassing is. Inschrijving ad informandum in de openbare registers kan nuttig zijn.²⁶

Bij roerende zaken moet bij de 'gewone' verdeling een leveringshandeling plaatsvinden, te weten een bezitsverschaffing. Bij de

23. Inschrijving van een 'gewone' verdeling is mogelijk alleen al op grond van art. 3:17 lid 1 sub a. De verdeling is immers een rechtshandeling die van belang is voor de rechtstoestand van een registergoed.

24. Art. 129 lid 3 OW.

25. Inschrijving van de ouderlijke boedelverdeling is mogelijk op grond van art. 17 lid 1 sub a: de ouderlijke boedelverdeling is een rechtshandeling die van belang is voor de rechtstoestand van een registergoed. Vaak schrijft de notaris dan een 'verklaring van erfrecht en toedeling' of een uittreksel van de door de deelgenoten gedane in het vat van een notariële akte gegoten 'constatering ouderlijke boedelverdeling' in.

26. Dit is, zo durf ik te stellen, mogelijk op grond van art. 17 lid 1 sub b: de erfopvolging bij versterf door de langstlevende impliceert immers de 'wettelijke verdeling'. Dat zal dan wel gebeuren door de inschrijving van een verklaring van erfrecht.

ouderlijke boedelverdeling, waar een leveringshandeling, als gezegd, niet nodig is, krijgt moeder ‘automatisch’ de eigendom.

De volgende vraag is: hoe verschuiven de boedelbestanddelen qua bezit? Wordt moeder door de werking van de wettelijke verdeling automatisch bezitter?

Zoals ik al zei eist artikel 3:186 lid 1 voor de overgang, dat wil zeggen voor de overgang van de eigendom, van het aan moeder bij wege van ‘gewone’ verdeling toegedeelde huis ‘levering op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven’. Voor roerende zaken, waarbij immers de relevante leveringshandeling bezitsverschaffing is, is daarmee gegeven dat degene aan wie de eigendom wordt toebedeeld bezitter geworden is. Echter: bij registergoederen en dus ook bij onroerende zaken – ik denk hier in de eerste plaats aan de ex-echtelijke woning – wordt het beeld niet verduisterd door het feit dat bezitsverschaffing tevens eigendomsverschaffing teweeg brengt. In de praktijk zien wij ook hier weer een bezitsverschaffing *brevi manu* door de overige deelgenoten aan de langstlevende. De vraag is echter of een bezitsverschaffing nodig is gelet op lid 2 van artikel 3:186. Is eenmaal de eigendom volgens de regelen der kunst aan de langstlevende toebedeeld, dan volgt het bezit vanzelf.

Artikel 3:186 lid 2 leert ons immers dat degene aan wie wordt toebedeeld het toebedeelde alsdan ‘houdt onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden’. Op de precieze betekenis van deze geheimzinnige woorden ga ik niet nader in,²⁷ in ieder geval betekent het óók dat, als vader bezitter was, de erfgenamen uiteraard bezitter worden – de oorspronkelijke *saisine* – en dat na de toedeling degene die de zaak krijgt toegeschoven wederom bezitter wordt.²⁸

Zien wij de wettelijke verdeling als verdeling, dan is hiermede artikel 3:186 lid 2 van toepassing, en kan de vraag wat in de sfeer van het bezit de positie van moeder is gemakkelijk beantwoord worden. Artikel 4:182 lid 1 tweede volzin (waar alleen de langstlevende opvolgt in het bezit en het houderschap van erfflater) lijkt dan overbodig.

27. Vgl. A.J.H. Pleysier, ‘Over de betekenis van het woord ‘titel’ in art. 3.7.1.14a NBW’, *WPNR* 5654 (1983), p. 351-355.

28. Was vader houder, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.

6. PASSIVA

Last but not least dient aan bod te komen de vraag wat het effect van de 'gewone' verdeling, de ouderlijke boedelverdeling en de wettelijke verdeling is op de schulden der nalatenschap.²⁹ Onder het thans nog geldende erfrecht doet zich een eigenaardig probleem voor ten aanzien van de schulden der nalatenschap. Voor het gemak kies ik als voorbeeld de hypothecaire schuld met betrekking tot de echtelijke woning.

Meestal door de werking van de ouderlijke boedelverdeling, maar soms ook door een door de deelgenoten verrichte verdeling der nalatenschap krijgt moeder alle activa die zich in de nalatenschap bevonden toegeschoven. Daarbij zou passen dat zij de verplichting krijgt de schulden der nalatenschap te betalen. Zo staat het praktisch altijd in de ouderlijke boedelverdeling, en zo spreken bij een 'gewone' verdeling de deelgenoten dat af. Moeder moet dan de boedelschulden 'als eigen schulden' voldoen.

De hypotheekbank zou zich op het standpunt kunnen stellen dat zij niets hiermee te maken heeft: niemand kan tegen zijn wil een nieuwe debiteur krijgen opgedrongen.³⁰ De hypotheekbank kan zich dus pro rata parte voor rente en aflossing wenden tot de erfgenamen.³¹ In de praktijk zal moeder rustig doorgaan met het betalen van rente en aflossing en zal de hypotheekbank zich deze moeite dus kunnen sparen.

Het mag dan waar zijn dat niemand een nieuwe debiteur kan worden opgedrongen, artikel 6:155 laat toe dat de schuld van de debiteur overgaat op een ander als de crediteur zijn toestemming geeft. Wat als de hypotheekbank ermee accoord gaat dat de rekeningen voor rente en aflossing voortaan naar de langstlevende gaan? Het resultaat van artikel 6:155 zou dan zijn, als ik het goed zie, dat de oorspronkelijke debiteur is bevrijd. Ik zou hier toch eerder een beding ten behoeve van een derde in zien,³² met als uitwerking dat

29. Ik laat terzijde dat onder het nieuw erfrecht sommige schulden tot 'schulden der nalatenschap' worden gebombardeerd die dat vroeger niet waren: bij voorbeeld de claim van de fiscus uit hoofde van het successierecht en de aanspraken van legitiimarissen.

30. Art. 6:155.

31. Bijvoorbeeld: voor de helft tot de langstlevende en voor de andere helft tot de erfgenamen (de langstlevende daar eventueel onder begrepen) pro rata parte.

32. Art. 6: 253.

de oorspronkelijke debiteuren (minus moeder) debiteur blijven en moeder voor honderd percent ook nog eens debitrice wordt.

Dat effect lijkt op het eerste gezicht op de toestand bij de wettelijke verdeling. In het systeem van de wettelijke verdeling is moeder verplicht tegenover de hypotheekbank tot voldoening van alle rente en aflossing. Zie daarover artikel 4:14 lid 1. De hypotheekbank krijgt er dan op het eerste gezicht een stukje bij: de bank kan nog altijd de deelgenoten pro rata parte aanspreken, maar ook moeder voor het geheel.³³ Uiteindelijk krijgt de bank een fopspeen aangereikt omdat op de voet van artikel 4:14 lid 3 in principe voor de schulden der nalatenschap de goederen van een kind niet kunnen worden uitgewonnen, huiselijk gezegd een soort automatische beneficiaire aanvaarding. De positie van de bank is dus minder riant dan, op papier, bij de ouderlijke boedelverdeling.

In de verhouding tot de kinderen is moeder bij de ouderlijke boedelverdeling en bij de wettelijke verdeling verplicht tot betaling van rente en aflossingen. Dit is boekhoudkundig overigens geen voordeel voor de kinderen: hun vordering op moeder wegens onderbedeling daalt immers navenant.

33. Vgl. art. 4:14 lid 1 jo. 182 lid 2.