

MONOGRAFIEËN BW

B09 Gemeenschap

Prof. mr. M.J.A. van Mourik

Prof. mr. F.W.J.M. Schols

Achtste druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

VOORWOORD

Voorwoord bij de eerste druk

Het nieuwe Burgerlijk Wetboek wijdt een aparte titel van Boek 3 aan 'Gemeenschap'. De daarin opgenomen regels gelden in beginsel voor iedere voor verdeling vatbare onverdeeldheid. Onder het oude recht werden de erfrechtelijke regels aangaande boedelscheiding veelal van overeenkomstige toepassing verklaard op andere onverdeeldheden.

Deze monografie behandelt de titel 'Gemeenschap' als ware het nieuwe vermogensrecht reeds ingevoerd. Dat levert voor de lezer een realistischer beeld van het nieuwe recht op dan zou ontstaan indien zou zijn gekozen voor een benadering vanuit het thans nog geldende recht.

De schrijver zegt dank aan zijn wetenschappelijk medewerker mr. J.M.A. Waaijer aan wiens kritisch oog de tekst onderworpen is geweest.

De tekst werd als kopij ingeleverd op 23 september 1982.

Leiden/Ravenstein, september 1982

M.J.A. van Mourik

Voorwoord bij de zevende druk

Het onderwerp Gemeenschap manifesteert zich breed in het civiele en fiscale recht. Huwelijksvermogensrecht, erfrecht, personenvennootschapsrecht zijn hier de belangrijkste rechtsgebieden maar ook kan gedacht worden aan het recht betreffende de informele relatie, aan de eenvoudige mede-eigendom en aan mandeligheid.

Deze zevende druk werd door de oorspronkelijke auteur bewerkt, tezamen met zijn collega en ambtsopvolger prof. mr. F.W.J.M. Schols. Dat leidde tot een weldadige opfrissing en een ruime aanpassing van de tekst. Toegevoegd werd hoofdstuk 12, gewijd aan rechtsvergelijking.

De recente ontwikkelingen in literatuur en jurisprudentie werden verwerkt tot september 2015.

Ravenstein/Nijmegen, september 2015

M.J.A. van Mourik

F.W.J.M. Schols

Voorwoord bij de achtste druk

'Gemeenschap' blijft een boeiend juridisch onderwerp. Het legt relaties met uiteenlopende rechtsgebieden, zoals relatievermogensrecht, erfrecht, personenvennootschapsrecht, burendrecht (mandeligheid) en algemeen goederenrecht. Het verschijnsel manifesteert zich

in bijzondere, eenvoudige en samengestelde vorm en stelt vaak hoge eisen aan zowel de jurist als de gerechtigden/deelgenoten.

Ook bij de bewerking van deze achtste druk werkten de beide auteurs prettig samen, zij het dat de tweede ondergetekende deze keer het voortouw nam.

Uiteraard werden literatuur en jurisprudentie voor zover van belang in de tekst verwerkt. De kopij werd op 1 juni 2024 afgesloten.

Ravenstein/Nijmegen, juni 2024

M.J.A. van Mourik
F.W.J.M. Schols

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / XI

Lijst van enige verkort aangehaalde literatuur / XIII

HOOFDSTUK 1

Algemeen / 1

- 1 Het begrip 'gemeenschap' / 1
- 2 Breukdeelgemeenschap of gezamendehandse gemeenschap? / 3
- 3 'Verbintenisrechtelijke gemeenschap'; economische deelgerechtigdheid / 4
- 4 Vrije en gebonden mede-eigendom (gemeenschap) / 5
- 5 Eenvoudige gemeenschap / 6
- 6 Bijzondere gemeenschap / 7
- 7 Van bijzondere gemeenschap naar eenvoudige gemeenschap / 8
- 8 De kwaliteitsrekening als bijzondere eenvoudige gemeenschap / 9
- 9 De 'en/of-rekening': gemeenschap? / 11
- 10 Afscheiden vermogen, gemeenschap en rechtspersoon / 13
- 11 Samenvallende gemeenschappen / 14
- 12 Zaaksvervanging / 16
- 13 Aandelen in een gemeenschap / 17
- 14 Redelijkheid en billijkheid / 18
- 15 Maatschappelijke betekenis / 19
- 16 Toepassingsbereik titel 3.7 BW / 20
- 17 Titel 3.7 van overeenkomstige toepassing / 20

HOOFDSTUK 2

Genot, gebruik en beheer / 23

- 18 De begrippen 'genot', 'gebruik' en 'beheer' / 23
- 19 Regeling bij overeenkomst of door de rechter / 24
- 20 Wettelijke regeling betreffende het gebruik; vruchten en lasten / 27
- 21 Wettelijke regeling betreffende beheer / 29
- 22 Procederen ten behoeve van de gemeenschap / 33
- 23 Beschikking met machtiging van de rechter / 34
- 24 Rekening en verantwoording / 37

HOOFDSTUK 3

Beschikkingsbevoegdheid over aandeel / 39

- 25 Beschikken en beschikkingsbevoegdheid / 39
- 26 Beschikkingsbevoegdheid over een aandeel in een eenvoudige gemeenschap / 40
- 27 Beschikkingsbevoegdheid over een aandeel in een tot een bijzondere gemeenschap behorend goed / 42
- 28 Beschikking over een aandeel in een bijzondere gemeenschap als zodanig / 44
- 29 De rechtspositie van de verkrijger van een aandeel of van een beperkt recht daarop / 45
- 30 De erfrechtelijke gevolgen van overdracht van een erfdeel / 47

HOOFDSTUK 4

Verhaal en uitwinning / 49

- 31 De begrippen 'verhaal' en 'uitwinning' / 49
- 32 Afgescheiden vermogen / 49
- 33 Schulden 'voor rekening van' een eenvoudige gemeenschap / 50
- 34 Verhaal en uitwinning bij eenvoudige gemeenschap / 51
- 35 Verhaal en uitwinning bij bijzondere gemeenschap / 52

HOOFDSTUK 5

Het begrip 'verdeling' / 57

- 36 De aard van de rechtshandeling / 57
- 37 Partijen bij de rechtshandeling / 60
- 38 Verdeling van samenvallende gemeenschappen / 62
- 39 Schulden en verdeling / 63
- 40 Overbedeling; ongelijke verdeling / 64

HOOFDSTUK 6

Aan verdeling min of meer verwante rechtsfiguren / 67

- 41 Vaststellingsovereenkomst / 67
- 42 Afstand / 67
- 43 Verwerping / 68
- 44 Aanwas / 68
- 45 Wettelijke verdeling / 69
- 46 Ouderlijke boedelverdeling (OBV) / 69
- 47 'Verbeurdverklaring' / 69

HOOFDSTUK 7

Boedelbeschrijving, waardering en vereffening / 71

- 48 Boedelbeschrijving; gevolgen van verzwijging e.d. / 71
- 49 Waardering / 73

50 Vereffening / 77

HOOFDSTUK 8

Vorderen van verdeling / 81

- 51 'Verzet' tegen verdeling; verdelingsbeslagen / 81
- 52 Vorderen van verdeling door een deelgenoot / 82
- 53 Vorderen van verdeling door beperkt gerechtigde / 86
- 54 Vorderen van verdeling door schuldeiser / 86
- 55 Vorderen van verdeling bij faillissement en schuldsanering / 88
- 56 De rechtsvordering tot verdeling als zodanig / 88

HOOFDSTUK 9

Problemen bij de verdeling / 91

- 57 De aard van de problemen / 91
- 58 Tegeldemaking van goederen / 91
- 59 Benoeming onzijdig persoon / 92
- 60 Verdeling door of op last van de rechter / 94
- 61 Toerekening van schulden / 98

HOOFDSTUK 10

Vormvereisten en levering / 101

- 62 Vormvrijheid? / 101
- 63 'Medewerking' / 102
- 64 Het 'vrije beheer over zijn goederen'; bewind / 103
- 65 Goedkeuring kantonrechter / 104
- 66 Levering / 105
- 67 Titel / 108

HOOFDSTUK 11

Gevolgen van verdeling / 111

- 68 Beperkte rechten / 111
- 69 Pand en hypotheek tot meerdere zekerheid / 111
- 70 Overgeslagen goederen en schulden / 112
- 71 Schuldoverneming / 113
- 72 Papieren en bewijzen van eigendom / 113
- 73 Uitwinning of stoornis; onvoldoende gegoedheid / 113
- 74 Nietigheid en vernietigbaarheid / 114
- 75 Dwaling in de waarde / 116
- 76 Verval en verjaring / 118

HOOFDSTUK 12

Rechtsvergelijking België en Duitsland / 121

- 77 Inleiding / 121
- 78 België: gewone, toevallige of onvrijwillige, gedwongen en vrijwillige mede-eigendom / 121
- 79 België: gebonden gemeenschap/collectieve eigendom / 123
- 80 Duitsland: 'Bruchteilsgemeinschaft' en 'Freihand' / 124
- 81 Duitsland: Gesamthandsvermögen, Gesellschaft, Erbengemeinschaft en Eheliches Gesamtgut / 126

Jurisprudentieregister / 129

Trefwoordenregister / 133

Monografieën BW / 139

HOOFDSTUK 1

Algemeen

1 Het begrip 'gemeenschap'

"Gemeenschap is aanwezig wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk." Aldus art. 3:166 BW, opgenomen in titel 3.7 BW, die het opschrift 'Gemeenschap' draagt.

De rechtsfiguur gemeenschap kan bestaan bij zaken, maar ook bij andere vermogensbestanddelen, zoals vorderingsrechten. Gemeenschap heeft betrekking op goederen en wordt derhalve geregeld in Boek 3 BW. Eigendom wordt in het bijzonder geregeld in Boek 5.

Art. 3:166 BW bezigt de woorden 'toebehoren aan' en laat daardoor in het midden welke titel aan dat toebehoren ten grondslag ligt. Het begrip 'eigendom' is gereserveerd voor zaken. Ook de term 'mede-eigendom' mag bijgevolg slechts in verband gebracht worden met stoffelijke objecten. Vorderingen zijn niet stoffelijk van aard. Aandelen in een nv of bv zijn in wezen vorderingen ten laste van de betrokken vennootschap. Zij kunnen als zodanig wel gemeenschappelijk zijn, maar dan niet als voorwerp van 'mede-eigendom'.

In Boek 5 genieten enige vormen van 'mede-eigendom' bijzondere aandacht. In titel 5.5 (art. 5:60 BW e.v.) is een regeling opgenomen van de mandeligheid, een gemeenschap die onlosmakelijk is verbonden met en dienstbaar is aan de eigendom van erven (art. 5:63 BW). Eigenaars van een gemeenschappelijke onroerende zaak bestemmen deze tot gemeenschappelijk nut van hun, in beginsel niet-gemeenschappelijke, erven (art. 5:60 BW). Een feitelijke toestand kan tot mandeligheid doen concluderen (art. 5:62 BW). Mandeligheid impliceert het bestaan van een *afhankelijke* gemeenschap. De gemeenschap kan niet bestaan los van de erven waaraan de mandelige zaak dienstbaar is en het is niet mogelijk verdeling te vorderen van een mandelige zaak. Zie art. 5:63 lid 1 BW. Over mandeligheid vooral Gräler diss. 2007. Over een 'verbeterde regeling' van mandeligheid: Verstappen, *WPNR* 2019/7227 (Themanummer Boek 5).

Gelet op het feit dat sprake is van een gemeenschap, is titel 3.7 BW rechtstreeks van toepassing, zij het dat er bijzondere regels gelden en dat – nu het vorderen van verdeling niet mogelijk is – vele verdelingsbepalingen buiten toepassing blijven. Zo geeft art. 5:65 BW een specifieke regeling betreffende de 'vernieuwing' van de onroerende zaak. Bij overeenkomst in de zin van art. 3:168 BW kan van de in art. 5:69 BW genoemde bepalingen worden afgeweken. Art. 3:167 BW, de zaaksvervangingsregel, is niet op de mandeligheid van toepassing. Zie Gräler diss. 2007, p. 41-48, die dit baseert op art. 5:60 BW.

Voorts is in titel 5.9 BW (art. 5:106 BW e.v.) de gemeenschap geregeld die bestaat nadat een onroerende zaak in appartementsrechten is gesplitst. Een appartementsrecht belichaamt een aandeel in de gesplitste zaak. De appartementseigenaars zijn gezamenlijk tot de zaak gerechtigd. Zij zijn organisatorisch verbonden in een 'vereniging van eigenaars'. Zolang de splitsing niet is opgeheven, geldt titel 3.7 BW niet. Zie art. 3:189 lid 1 BW. De vereniging

van eigenaars voert het beheer over de gemeenschap. Zie voor het begrip 'beheer' art. 3:170 lid 2 BW.

Ook beperkte rechten kunnen gemeenschappelijk zijn, bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik dat aan meer personen werd gelegateerd. Betreft het een gemeenschappelijk pandrecht, een afhankelijk recht in de zin van art. 3:7 BW, dan is sprake van een afhankelijke gemeenschap.

Is een erfdiensbaarheid gevestigd ten dienste van een erf dat aan meer personen toebehoort, dan is ook het recht van erfdiensbaarheid gemeenschappelijk. De verhouding tussen de gerechtigden wordt dan mede beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Zo reeds HR 4 november 1988, NJ 1989/260. Sinds 1992 wordt dit bepaald door de verwijzing in art. 3:166 lid 3 BW naar art. 6:2 BW. Over gemeenschappelijke zekerheidsrechten H.E. Rongen, 'Derdenwerking van rangordeafspraken omtrent de verdeling van de executieopbrengst na uitwinning van gemeenschappelijke zekerheden', *NTBR* 2023/10.

Tussen een hoofdgerechtigde en een beperkt gerechtigde tot de betrokken zaak bestaat geen gemeenschap. Art. 3:166 lid 1 BW eist immers dat het recht aan meer personen gezamenlijk toebehoort. Daaraan wordt in dit geval niet voldaan.

De vraag is of dit betekent dat het ook niet mogelijk is bij de verdeling van een gemeenschappelijk huis aan de ene deelgenoot de zaak als zodanig toe te delen en aan de andere een zakelijk recht van vruchtgebruik van die zaak. Betoogd kan worden dat het beperkte recht niet behoort tot de gemeenschap en dus ook niet kan worden toegedeeld. Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7063. Het hof is van mening dat toedeling van een vruchtgebruik op grond van een ouderlijke boedelverdeling niet tot de mogelijkheden behoort.

Iets anders is dat het huis als zodanig kan worden toegedeeld onder de verplichting voor de verkrijger om een recht van vruchtgebruik te vestigen ten behoeve van de andere deelgenoot.

Anderzijds wordt betoogd dat het vruchtgebruik latent aanwezig is. In deze zin *Asser/Perrick 3-V* 2023, nr. 174. Ook ziet hij geen probleem met art. 3:202 BW, dat voor het ontstaan van een vruchtgebruik vestiging of verjaring eist. In deze geest ook Maasland, *Tijdschrift Erfrecht* 2010, nr. 5 en J.L.D.J. Maasland, 'Het ontstaan van een recht van vruchtgebruik', *Parels aan de kroon* 2022/132. Vergelijk ook Sikkema diss. 2018, nr. 8.2.

De bepalingen van titel 3.7 BW gelden voor gemeenschappen die voor verdeling vatbaar zijn. Het gebruik van het woord 'deelgenoten' wijst daar ook op. Derhalve geldt bedoelde titel niet voor de huwelijksgemeenschap, de maatschap, de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap en de rederij, zolang deze niet ontbonden zijn. De regels van titel 3.7 BW zijn, zoals gezegd, ook niet van toepassing op de gemeenschap van een in appartementsrechten gesplitst gebouw, zolang de splitsing niet is opgeheven. Zie art. 3:189 lid 1 BW.

Voor het bestaan van een rederij is ten minste vereist dat een zeeschip of binnenvaartschip aan twee of meer personen gezamenlijk toebehoort. Aldus art. 8:160 lid 1 BW en art. 8:770 lid 1 BW. Voor de rederij betreffende een zeeschip zijn van belang art. 8:160 BW e.v. Betreft de gemeenschap een binnenvaartschip, dan gelden art. 8:770 BW e.v. In de praktijk wordt de term 'rederij' ook gebezigd als van nigerlei gemeenschap geen sprake is.

Ten overvloede wordt geconstateerd dat een nalatenschap waartoe meer erfgenamen zijn gerechtigd geen 'ontbonden' gemeenschap vormt. Bij de 'ontbonden' gemeenschap gaat het

om een gemeenschap die eerder gebonden (dienstbaar) was aan een bepaalde rechtsfiguur, zoals een huwelijk of een personenvennootschap.

De in art. 3:189 lid 1 BW van de werking van de gehele titel 3.7 BW uitgezonderde – niet ontbonden – gemeenschappen hebben gemeen dat zij geregeerd worden door speciale, op de aard van de betrokken gemeenschap toegesneden regels. Voor de huwelijksgemeenschap betreft het hier de bepalingen uit titel 6 en 7 Boek 1 BW. De maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap worden nog altijd bestreken door de oude art. 7A:1655 BW e.v. en titel 3 Boek 1 Wetboek van Koophandel. De nieuwe titel 7.13 BW 'Vennootschap' laat nog altijd op zich wachten. Ten overvloede wordt geconstateerd dat een nalatenschap waartoe meer erfgenamen zijn gerechtigd geen 'ontbonden' gemeenschap vormt. Bij de 'ontbonden' gemeenschap gaat het om een gemeenschap die eerder gebonden (dienstbaar) was aan een bepaalde rechtsfiguur, zoals een huwelijk of een personenvennootschap.

In art. 4:13 BW e.v. wordt door middel van de zogenoemde 'wettelijke verdeling' een regeling gegeven voor de erfrechtelijke verhouding tussen een langstlevende echtgenoot en kinderen. De term 'wettelijke verdeling' doet vermoeden dat een gemeenschap aanwijsbaar is. Van een (voor verdeling vatbare) gemeenschap is in dit geval evenwel geen sprake. De langstlevende echtgenoot verkrijgt de tot de nalatenschap behorende goederen van rechtswege door het enkele feit van overlijden. Er bestaat zelfs niet op een ondeelbaar moment een gemeenschap. Zie art. 4:182 BW. Bij de ouderlijke boedelverdeling van art. 4:1167 BW (oud) was dat wel het geval. Zie voor de verdeling van een nalatenschap ook de bijzondere regels van art. 4:227 BW e.v. in afd. 4.6.4 BW, met als opschrift 'De verdeling van de nalatenschap'. In art. 4:15 BW worden enkele bepalingen van titel 3.7 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op deze wettelijke verdeling.

Hier moet ook verwezen worden naar de Wet giraal effectenverkeer, met eigen spelregels voor een effectengemeenschap. Zie hierover *Asser/Perrick 3-V 2023*, nr. 96. Ook heeft de kwaliteitsrekening, van bijvoorbeeld de notaris, bijzondere aandacht van de wetgever. Zie nr. [8].

Ten slotte kan de vraag gesteld worden of een gemeenschap van schulden bestaanbaar is. Titel 3.7 BW ziet slechts op goederen. Over gemeenschappelijke schulden: Van Mourik e.a., *Preadvies KNB 2012*, p. 27 e.v. en Sikkema, *WPNR 2018/7182*.

2 Breukdeelgemeenschap of gezamendehandse gemeenschap?

Het bestaan van een gemeenschap roept de vraag op hoe het is gesteld met de gerechtigdheid van de deelgenoten. De rechtshistorie en de rechtsvergelijking leren dat iedere deelgenoot niet noodzakelijk tot een bepaald breukdeel in het gemene goed is gerechtigd. Naast de 'Bruchteils eigendom' openbaart zich de 'Gesamteigendom'. Zie ook nr. [80] en [81]. Bij deze laatste figuur zijn aandelen (breukdelen) niet aanwijsbaar; iedere deelgenoot is gerechtigd tot het geheel, onder respectering van het gelijke recht van de ander. De eerste figuur heeft zijn wortels in het condominium van het Romeinse recht. Daarentegen is de 'gezamendehandse eigendom' Germaansrechtelijk geïnspireerd. Art. 3:166 BW laat er geen twijfel over bestaan dat de wetgever bij gemeenschap een breukdeelgemeenschap voor ogen heeft, zowel bij de eenvoudige als de bijzondere gemeenschap.

De geschiedenis van de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek levert geen aanwijzingen ten gunste van de opvatting dat in het moderne Nederlandse privaatrecht nog plaats is voor de gezamendehandse gemeenschap. Dit geldt niet alleen voor de ontbonden gemeenschap, maar ook voor de gebonden gemeenschap. In HR 9 september 1988, *NJ* 1989/239 (Erven van der Kammen) lezen we het volgende: “De langstlevende, die voor het overlijden van de erflater reeds voor de helft tot elk goed van de gemeenschap gerechtigd was, wordt door dat overlijden ingevolge de hier bedoelde testamentaire boedelverdeling voor het geheel tot elk goed gerechtigd.” Dit levert steun voor de breukdelensisie.

Anders Nuytinck, *WPNR* 2012/6955, naar aanleiding van HR 5 oktober 2012, *ECLI:NL:HR:2017:156*, *NJ* 2013/140 (*Van den B.*) en Nuytinck, *WPNR* 2017/7155, naar aanleiding van HR 3 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:156*, *NJ* 2017/226: “Deze gemeenschap kent een eigen regeling (art. 1:93 e.v. BW; zie ook art. 3:189 lid 1 BW). Onderdeel van die regeling is dat echtgenoten van de aanvang van het huwelijk af ieder zijn gerechtigd tot de goederen die tot die gemeenschap behoren en daarin gedurende het huwelijk dus geen aandelen hebben (vgl. art. 1:94 lid 1 BW en art. 1:100 BW).” Voor enigerlei koestering van de gezamendehandse gemeenschap bestaat echter geen enkele goede grond. De figuur past niet in ons rechtssysteem. Ook het nieuwe art. 1:96 lid 3 BW geeft steun voor het denken in breukdelen. Zie voor een overzicht de noot van Verstappen, *NJ* 2013/140 en T.M. Subelack, *De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift (Recht en Praktijk nr. PFR10)* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2024, hoofdstuk 3 en 4.

Zie over dit onderwerp ook Van Mourik & Schols 2021, nr. 45.

Erkend moet worden dat de discussie ‘breukdeel’ of ‘gezamende hand’ overwegend dogmatische betekenis heeft.

3 ‘Verbintenisrechtelijke gemeenschap’; economische deelgerechtigdheid

De uitdrukking ‘verbintenisrechtelijke gemeenschap’ hoeft geen enthousiasme op te roepen. Het beeldend vermogen ervan is evenwel groot. Aan de orde is het verschijnsel dat in goederenrechtelijke zin weliswaar een gemeenschap ontbreekt, maar dat tot de waarde van een of meer goederen, of van een algemeenheid van goederen (zie nr. [6]), meer personen zijn gerechtigd, als ware van een gemeenschap sprake. Het economisch belang raakt de betrokken personen; de waardeontwikkeling komt voor hun rekening. Uiteindelijk wordt deze economische deelgerechtigdheid in verbintenisrechtelijke zin afgerekend met degene(n) die goederenrechtelijk tot de betrokken goederen is (zijn) gerechtigd. In dit opzicht mag ook worden gesproken van een ‘verrekengemeenschap’.

De hier bedoelde economische deelgerechtigdheid openbaart zich op diverse terreinen. Van oudsher is bekend de zogenoemde ‘economische eigendom’, die vooral furore maakte in de tijd dat een ‘overdracht in economische eigendom’ van een onroerend goed niet leidde tot de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting. Art. 2 lid 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer maakte daar een einde aan.

In het kader van de personenvennootschappen (maatschap, vennootschap onder firma) is van oudsher de ‘inbreng in economische eigendom’ populair. Tot de vennootschappelijke gemeenschap behoort dan de economische (verbintenisrechtelijke) gerechtigdheid tot in goederenrechtelijke zin niet ingebrachte goederen. De betrokken goederen blijven behoren tot het eigen vermogen van de inbrengende vennoot.

De economische deelgerechtigdheid is ook opgerukt in de wetgeving betreffende het relatievermogensrecht, in het bijzonder op het gebied van de verrekenbedingen (art. 1:132 BW e.v.). Gewezen wordt op het algemene art. 1:136 lid 1 BW en op het finaal verrekenbeding van art. 1:141 BW, waarbij aan het einde van de rit wordt afgerekend alsof een, al dan niet beperkte, gemeenschap bestond.

Het is een kwestie van uitleg hoe bij dergelijke huwelijkse voorwaarden de omvang van verrekengemeenschap moet worden vastgesteld. Met titel 1.7 BW of titel 1.8 BW, dan wel hybride. Zie HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1389, NJ 2023/15. Zie onder meer F. Schols, 'Is "alsof" "als of" of een beetje "alsof"? Over uitleg van "alsof bedingen", de bewijslastverdeling en de aktetechniek', in: *Met grootse stappen door het recht, Liber Amicorum Verstappen*, Ars Notariatus nr. 183, Deventer: Kluwer 2024.

Overigens zijn diverse bepalingen uit titel 3.7 BW van overeenkomstige toepassing op de relatievermogensrechtelijke verrekenbedingen. Zie art. 1:135 lid 2 BW. Zie hierna nr. [17].

In het sinds 1 januari 2012 geldende art. 1:87 BW wordt de economische deelgerechtigdheid eveneens verbonden met de problematiek van de vergoedingsvorderingen. Zo worden op grond van dat artikel investeringen in het goed van de andere echtgenoot in beginsel niet meer vertaald in nominale vergoedingsrechten, maar in vorderingen die corresponderen met een economisch belang in het goed. Zie ook art. 1:95 BW en art. 1:96 BW, waarin art. 1:87 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de (klassieke) vergoedingsrechten.

Over art. 1:87 BW uitgebreid Van Mourik & Schols 2021, nr. 38 e.v.

Voorstelbaar is dat een verrekengemeenschap ontstaat op grond van stilzwijgende afspraken die zich uiten in onderling overeenstemmend gedrag. Redelijkheid en billijkheid kunnen dan resulteren in een afrekening die afwijkt van de goederenrechtelijke verhouding. In het bijzonder kan zich dit voordoen bij echtgenoten, geregistreerde partners en informele samenlevers. Vergelijk HR 18 juni 2004, NJ 2004/399 (*Contrainr gedrag*) en HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:707, NJ 2019/248 (*informeel samenleven*).

4 Vrije en gebonden mede-eigendom (gemeenschap)

De term 'eigendom' is sinds 1992 gereserveerd voor stoffelijke voorwerpen (zaken). De term 'mede-eigendom' is mitsdien veel beperkter dan 'gemeenschap'.

Nog altijd wordt in de praktijk onderscheid gemaakt tussen 'vrije' en 'gebonden' mede-eigendom. Veelal heeft men daarbij het oog op de bevoegdheden van de individuele gerechtigden. Bij 'gebonden' mede-eigendom zijn deze minder ruim dan bij 'vrije' mede-eigendom.

De moderne wetgever bedient zich niet van de termen 'vrije' gemeenschap en 'gebonden' gemeenschap. Terecht, aangezien de grens tussen 'vrij' en 'gebonden' nogal diffuus is. Het onderscheid dient ook in de praktijk te worden uitgebannen. Van geval tot geval dient te worden onderzocht welke regels de rechtsverhouding tussen deelgenoten bepalen. Zie bijvoorbeeld art. 3:175 BW over het beschikken over een aandeel in een eenvoudige gemeenschap en art. 3:190 BW en art. 3:191 BW over het beschikken over respectievelijk een aandeel in een afzonderlijk goed behorende tot de bijzondere gemeenschap of over het aandeel als zodanig in een bijzondere gemeenschap.

Ook in de rechtsliteratuur heeft het onderscheid tussen gebonden en vrije gemeenschappen casu quo tussen gemeenschappen met gebonden 'aandelen' en gemeenschappen met vrije 'aandelen' in het verleden nogal opgang gemaakt. Het werd ontwikkeld door J. Versteeg, *Het recht van medeëigendom* (diss. Leiden) 1912 en uitgewerkt door Naber in het *Weekblad voor het Notariaat, gewijd aan Privaatrecht, Notariaat en Fiscaalrecht* nr. 390 (1913). Zie voorts onder anderen J. de Ruiter, *Beschouwingen over de algemeenheid van goederen in het ontwerp-Burgerlijk Wetboek* (diss. Utrecht) 1963 en Kleijn diss. 1969, p. 75 e.v. Met name Lubbers heeft het nut van het onderscheid in twijfel getrokken in diens oratie *Van scheiden en delen*, Amsterdam (UvA) 1977. Ook *Asser/Perrick 3-V 2023*, nr. 2, heeft aan het onderscheid geen behoefte.

De term 'gebondenheid' (van de gemeenschap) kan een functie hebben als deze wordt begrepen als 'dienstbaar aan een andere rechtsfiguur', zoals een huwelijk of een personenvennootschap. Zolang de gebondenheid van deze figuren bestaat, is titel 3.7 BW niet van toepassing. Zie art. 3:189 BW. Een dergelijke gebondenheid is niet aan de orde bij een 'ervengemeenschap', een gemeenschap met erfgenamen als deelgenoten. Titel 3.7 BW is hier dus wel van toepassing.

De rechtsverhouding tussen de deelgenoten bepaalt welke rechtsgevolgen aan een bepaalde gemeenschap zijn verbonden. Afspraken tussen de deelgenoten, alsmede de eisen van redelijkheid en billijkheid, geven inhoud aan deze rechtsverhouding. De aard van de gemeenschap zal zich hierbij doen gevoelen. Als de gemeenschap bestaat binnen een informele (affectieve) relatie, gelden andere regels dan in geval van een gemeenschap met twee beleggers als deelgenoten.

Vergelijk onder andere art. 3:168 BW, art. 3:175 BW en art. 3:191 BW. 'Gebondenheid', in de zin van dienstbaarheid, verklaart ook de toevoeging van het woord 'ontbonden' aan gemeenschappen die hun dienstbare functie hebben verloren. Echtscheiding (verzoek tot) en overlijden 'ontbinden' de huwelijksgemeenschap. De uittreding van een van beide vennoten in een personenvennootschap 'ontbindt' thans de vennootschappelijke gemeenschap. In de toekomst wordt dit wellicht anders met de nieuwe titel 7.13 BW.

5 Eenvoudige gemeenschap

De systematiek van titel 3.7 BW gaat uit van het bestaan van twee soorten gemeenschappen: de gemeenschap van een of meer goederen ('eenvoudige gemeenschap') en de gemeenschap van *bepaalde* algemeenheden van goederen ('bijzondere gemeenschappen'). Het gebruik van de uitdrukking 'algemeenheid van goederen' wordt hierna (nr. [6]) toegelicht.

Titel 3.7 afd. 1 BW bevat algemene bepalingen die in beginsel voor iedere gemeenschap gelden, zowel voor de eenvoudige als de bijzondere gemeenschap.

De uitdrukking 'eenvoudige gemeenschap' treft men niet aan in de wet, maar wordt vaak gebruikt in de parlementaire stukken die de weg naar titel 3.7 BW plaveiden.

Deze gemeenschap kan meer dan één enkel goed omvatten. Men denke aan een pakket aandelen, aan een bibliotheek en aan een kudde schapen. Waar een dergelijke samenhang tussen de verschillende goederen bestaat, spreekt men ook wel van een 'universitas facti'. Een dergelijke samenhang bestaat ook tussen een gemeenschappelijk goed en een vordering tot schadevergoeding ter zake van een beschadiging van dat goed. Mogelijk is ook dat deelgenoten goederen voor hun onderlinge verhouding bestemmen tot universitas facti. Dat doet zich voor indien zij overeenkomen bepaalde, door hen gemeenschappelijk bezeten goederen, zoals een inboedel, als één geheel te verdelen. Gewezen wordt ook op het 'verzameldepot' als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer. Ook dat depot vormt een eenvoudige gemeenschap, zij het

met eigen, van titel 3.7 BW afwijkende regelingen. Zie uitvoerig *Asser/Perrick 3-V 2023*, nr. 96 en de daar aangehaalde literatuur.

En dan kennen we nog de eenvoudige gemeenschap in het kader van de 'kwaliteitsrekening'. Daarover meer in nr. [8].

Tot een eenvoudige gemeenschap kunnen geen schulden 'behoren', zoals dat wel het geval is bij de bijzondere gemeenschap (art. 3:192 BW). Dit 'behoren tot' moet worden onderscheiden van het 'voor rekening van' de gemeenschap komen van bepaalde schulden. De uitdrukking 'voor rekening van' wordt aangetroffen in art. 3:174 lid 1 BW, art. 3:178 lid 2 BW en art. 3:179 lid 1 BW.

Zie hieromtrent verder nr. [33]. Waar sprake is van één gemeenschap, kan worden gevorderd dat deze als één geheel in een verdeling wordt betrokken. Het is aan de rechter om uit te maken of tussen personen die in dezelfde evenredigheid gerechtigd zijn tot verscheidene goederen, één gemeenschap bestaat of meer gemeenschappen. Vergelijk *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 578/9.

Personen die ongehuwd en niet geregistreerd, tegenwoordig 'informeel', samenleven hebben als zodanig slechts te maken met de eenvoudige gemeenschap. Deze zal veelal inboedelzaken betreffen en/of een huis. De vraag of een gemeenschap bestaat, is bij de onroerende zaken afhankelijk van de formele eigendomsverkrijging, de levering. Bij roerende zaken kan de inhoud van het samenlevingscontract een rol spelen, maar ook art. 3:110 BW. Uit dat artikel volgt dat uit de rechtsverhouding tussen de samenlevers kan voortvloeien dat een goed (mede) voor de ander wordt verkregen en daardoor gemeenschappelijk wordt.

6 Bijzondere gemeenschap

De uitdrukking 'bijzondere gemeenschap' komt voor in het opschrift van titel 3.7 afd. 2 BW. Het 'bijzondere' slaat op de aard van de betrokken gemeenschappen, Het betreft gemeenschappen van een 'algemeenheid van goederen'. Voor deze gemeenschappen geeft afdeling 2 enige bijzondere bepalingen. Het betreft, blijkens art. 3:189 lid 2 BW, de gemeenschap van een nalatenschap, de ontbonden huwelijksgemeenschap, de ontbonden rederij en de gemeenschap van een gebouw waarvan de splitsing in appartementsrechten is opgeheven.

Een gemeenschap van een *algemeenheid van goederen* kan, anders dan een eenvoudige gemeenschap, schulden 'omvatten'; zie hierover nr. [35].

De uitdrukking 'algemeenheid van goederen' is in titel 3.7 BW niet bekend, maar heeft een sterk beeldend karakter. Het in 1983 bij NvW vervallen art. 3.1.1.11 lid 1 (van het ontwerp-Boek 3 nieuw BW) luidde: "Goederen, of goederen en schulden, kunnen als algemeenheid van goederen het voorwerp van een rechtsverhouding zijn, indien zij volgens verkeersopvatting, gezien de aard van de rechtsverhouding, bijeen behoren." De toelichting op de schrapping van dit artikel leert dat het gebruik van de term 'algemeenheid van goederen' onder het nieuwe vermogensrecht geen bezwaar oplevert. Vergelijk *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 5 1990*, p. 1026, waar ook 'de onderneming' (eenmanszaak) als algemeenheid van goederen wordt aangemerkt. Bedoeld zal zijn 'het ondernemingsvermogen'. De algemeenheid van goederen wordt ook wel aangeduid met

de term 'universitas iuris'. Uitgebreid over de algemeenheid van goederen H. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (Onderneming en Recht nr. 92)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, hoofdstuk 3.

De bijzondere gemeenschap zoals bedoeld in titel 3.7 afd. 2 BW, vormt een *afgescheiden vermogen*. De betekenis van die kwalificatie is vooral gelegen in de exclusiviteit die schuldeisers, wier vorderingen corresponderen met tot de algemeenheid behorende schulden, genieten ten aanzien van hun verhaal op de tot die gemeenschap behorende goederen. Over het afgescheiden vermogen vooral nr. [10].

De bevoorrechte positie van de schuldeisers bij de bijzondere gemeenschap rechtvaardigt het onderscheid eenvoudige gemeenschap/bijzondere gemeenschap. Bij herhaling is daarop tijdens de parlementaire behandeling gewezen. Vergelijk *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 575 en 576; vergelijk ook p. 628. Het bij de bijzondere gemeenschap bestaande gemeenschappelijk vermogen pleegt in de praktijk gezien te worden als een afzonderlijk (afgescheiden) vermogen, hetgeen ertoe noopt de schuldeisers 'van die gemeenschap' in bescherming te nemen tegen de eigen schuldeisers van de deelgenoten. Vergelijk *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 576, en art. 3:192 BW.

Titel 3.7 afd. 2 BW is gereserveerd voor *bepaalde* bijzondere gemeenschappen. Gegeven de exclusiviteit ten aanzien van het verhaal mag geen onzekerheid bestaan over de toepasselijkheid van de betrokken afdeling. Een ondernemingsvermogen (eenmanszaak) vormt een algemeenheid van goederen. De enkele gemeenschap van een ondernemingsvermogen blijft in titel 3.7 afd. 2 BW echter buiten beeld, omdat het begrip 'ondernemingsvermogen' civielrechtelijk te veel ruimte laat. Bij een ontbonden personenvennootschappelijke gemeenschap zou dat minder spelen.

7 Van bijzondere gemeenschap naar eenvoudige gemeenschap

Met het oog op de toepasselijkheid van de regels van titel 3.7 afd. 2 BW is het van belang vast te stellen of oorspronkelijk tot een bijzondere gemeenschap, zoals een nalatenschap of ontbonden huwelijksgemeenschap, behorende goederen na verloop van tijd nog steeds als 'bijzonder' gemeenschappelijk kunnen gelden of dat zij inmiddels door de deelgenoten in eenvoudige gemeenschap worden bezeten. Het antwoord op deze vraag is ook interessant met het oog op de overdrachtsbelasting. Verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap of nalatenschap wordt niet aangemerkt als een verkrijging in de zin van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Vergelijk art. 3 letter b van die wet.

Als deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap of in een nalatenschap alles verdelen op een of enkele goederen na, zal niet direct zichtbaar zijn of de resterende gemeenschap nog een bijzondere gemeenschap is. Als zij elkaar ter zake van de verdeling van de huwelijksgemeenschap of de nalatenschap volledige kwijting verlenen, is aannemelijk dat de resterende gemeenschap een eenvoudige gemeenschap is geworden. Maar als een dergelijke kwijting ontbreekt, zal het van de omstandigheden afhangen hoe de gemeenschapsvlag erbij hangt.

Nadat erfgenamen een perceel 'warme' grond twintig jaar onverdeeld hebben gehouden, in de hoop dat een projectontwikkelaar met een zak geld langskomt, valt veel te zeggen voor het standpunt dat de ervengemeenschap geruisloos is getransformeerd in een eenvoudige gemeenschap. Louter tijdsverloop lijkt daarvoor niet voldoende. Of sprake is van

een transformatie hangt af van de beantwoording van de vraag of er een (stilzwijgende) verdelingsafspraken is gemaakt waar men van erfgenaam getransformeerd is in belegger. De gedragingen van de deelgenoten zijn derhalve van belang om tot de conclusie te komen dat de aard van de gemeenschap wijziging heeft ondergaan.

Hof Den Haag 8 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1535 lijkt de geruisloze transformatie en de visie van Van Mourik te aanvaarden voor een geval waar nog slechts één goed onverdeeld was. Hierbij wordt verwezen naar de zesde druk van dit werk. Over de 'transformatie' van gemeenschappen en de titelproblematiek Van Mourik, *WPNR* 2018/7190. In het algemeen Van Mourik e.a., *Preadvies KNB* 2012, p. 32 e.v. Zie ook Van der Geld & Stubbé, 'Overdrachtsbelasting en de opvolgende verdeling', *FBN* 2005/57. In lang vervlogen tijden werd aan het verschijnsel aandacht besteed door Van der Grinten, *AA* november 1970, nr. 10, p. 44, naar aanleiding van HR 14 november 1969, *NJ* 1970/283 (*Turfschuur*). Zie ook HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/292 (*mr. Hijmans q.q.*) en HR 30 maart 2001, *NJ* 2002/380. In laatstvermeld arrest oordeelt de Hoge Raad dat de rechtsverhouding tussen de deelgenoten beslissend is voor het antwoord op de vraag hoe de gemeenschap dient te worden gekwalificeerd. Is men van mening dat de overgang van bijzondere naar eenvoudige gemeenschap niet ten nadele kan uitpakken van schuldeisers die zich exclusief op de tot de bijzondere gemeenschap behorende goederen konden verhalen, dan zou dat betekenen dat er toch een bijzondere gemeenschap blijft bestaan.

In de casus van Hof 's-Hertogenbosch 16 september 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF5205, werden tot een nalatenschap behorende zaken ingebracht in een ruilverkaveling. Het hof besliste dat de origineire verkrijging ingevolge een toedeling bij ruilverkaveling tot gevolg heeft dat de nieuw verkregen zaken niet behoren tot de nalatenschap. De gemeenschap was een eenvoudige gemeenschap geworden ten aanzien waarvan art. 3:190 BW niet van toepassing was.

Over de opvolgende verdeling in het kader van de overdrachtsbelasting, Van Mourik e.a., *Preadvies KNB* 2012, p. 87 e.v. en B. Schols, 'De "opvolgende verdeling" vervolgd en gevolgd', *FBN* 2020/54. Zie ook Hof Den Bosch 14 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1720, waaruit blijkt dat de verdeling van een nalatenschap in meerdere fasen mogelijk is. In de eerste verdelingsakte werd gedeeltelijke kwijting verleend voor de partiële verdeling, maar uitdrukkelijk niet voor de 'voortdurende onverdeeldheid'. In de tweede akte werd gesproken over de definitieve verdeling. In de zaak die speelde bij HR 16 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2781, *BNB* 2005/368, was er bij de eerste verdeling opgemerkt dat de verdeling van de nalatenschap was voltooid. Zie ook T.H. Sikkema, 'Transformatieproblematiek bij een nalatenschap', *JBN* 2020/1. Anders Rechtbank Gelderland 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4003.

8 De kwaliteitsrekening als bijzondere eenvoudige gemeenschap

"Een kwaliteitsrekening is een door een tussenpersoon in eigen naam aangehouden bankrekening waarvan uit de tenaamstelling kenbaar is dat de tussenpersoon haar in hoedanigheid ('kwaliteit') aanhoudt ten behoeve van een of meer anderen (belanghebbenden)."

Aldus de omschrijving van A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen) 2005, p. 1.

De term 'bankrekening' duidt op het bestaan van een vorderingsrecht jegens een bank. De betrokken schuldeiser heeft geld tegoed van de instelling. Voormelde omschrijving laat in het midden aan wie het tegoed op de rekening toekomt. Wie een rekening aanhoudt 'ten behoeve van' een of meer anderen kan zeer wel de enige zijn aan wie de vordering toebehoort. Dat hij verplicht is opgenomen gelden door te betalen aan een of meer bepaalde anderen, doet daaraan niet af. De meest bekende kwaliteitsrekening is de 'derdengeldrekening' van de notaris.

Art. 25 lid 1 Wet op het notarisambt (WN) gebiedt de notaris 'een of meer rekeningen aan te houden op zijn naam met vermelding van zijn hoedanigheid, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt'. Ook deze tekst laat in het midden aan wie de tegoeden toebehoren. Het is dus niet overbodig dat lid 3 van voormeld art. 25 WN bepaalt dat het vorderingsrecht jegens de bank, voortvloeiende uit de bijzondere rekening, toebehoort aan de gezamenlijke rechthebbenden. Hoe bijzonder deze gemeenschap ook moge zijn, in juridische zin hebben we in essentie te maken met een eenvoudige gemeenschap, zij het met specifieke regels.

Het tegoed op de rekening vormt dus geen afgescheiden vermogen binnen het totale vermogen van de notaris. Het aandeel van iedere rechthebbende in de vordering wordt berekend naar evenredigheid van het bedrag dat te zijnen behoeve op de bijzondere rekening is gestort. De notaris treedt ingevolge art. 25 lid 2 WN ter zake van de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over de vordering op als privaat lasthebber in de zin van art. 7:423 BW. Art. 7:422 BW, dat de last doet eindigen bij faillissement van de rechthebbende, is niet van toepassing, omdat het zich niet verdraagt met de aard van de rechtsverhouding die in de kwaliteitsrekening tot uitdrukking komt en in die zin gebaseerd is op de wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. Vergelijk Bartels, *WPNR* 2006/6687. Derdenbeslag onder de bank op het aandeel van een rechthebbende in de vordering op de bank is niet mogelijk (art. 25 lid 5 WN).

De gezamenlijke rechthebbenden op de vordering kunnen geen verdeling van de gemeenschap vorderen. De aard van de kwaliteitsrekening verzet zich daartegen. Een gerechtigde tot de gemeenschappelijke vordering staat ook in een rechtsbetrekking tot de notaris. Deze rechtsbetrekking kan de notaris verplichten het aan de schuldeiser (de rechthebbende) toekomende uit te keren. Ook een derde – bijvoorbeeld het Kadaster – kan rechthebbende zijn 'indien een partij bij de overdracht van of de vestiging van een beperkt recht op een registergoed in direct verband met die rechtshandeling een geldbedrag ten behoeve van deze vorderingen van het Kadaster op die kwaliteitsrekening heeft bijgeschreven of heeft laten bijschrijven', aldus HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1720, *NJ* 2022/193, m.nt. S. Perrick. Deze derde is dan deelgenoot.

Naast algemene kwaliteitsrekeningen kan de notaris bijzondere kwaliteitsrekeningen aanhouden, bijvoorbeeld voor de afwikkeling van een bepaalde nalatenschap of een bepaalde onroerendezaaktransactie. Zo kunnen twee partijen, in afwachting van een beslissing in een geschil omtrent de gerechtigdheid tot een bepaald bedrag, dit deponeren op een bijzondere kwaliteitsrekening. Aangezien uiteindelijk of de een of de ander gerechtigd zal blijken te zijn, valt een gemeenschap niet direct te ontwaren.

Een gemeenschap valt ook niet te ontdekken als men aanneemt dat degene van wiens zijde het geld afkomstig is, de koper bijvoorbeeld, een rechthebbende onder ontbindende voorwaarde is en de ander, een verkoper bijvoorbeeld, een rechthebbende onder opschortende voorwaarde. Bij gemeenschap moet het immers gaan over een gezamenlijke gerechtigdheid tot hetzelfde recht. De vordering jegens de bank behoort de betrokken personen niet gezamenlijk toe.