

Verkrijgingstitel bij verdeling

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274 (mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Sniijders, G. de Groot en T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)

Op de grens van huwelijksvermogensrecht en erfrecht. Verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap en hiervan deel uitmakende nalatenschap. Woning verkregen door man deels uit nalatenschap van zijn vader (zonder uitsluitingsclausule) en deels uit verdeling met zijn moeder (met kwijtschelding onder uitsluitingsclausule van de schuld aan moeder uit overbedeling). Behoort de woning tot huwelijksgemeenschap van de man? Betekenis van artikel 3:186 lid 2 BW.

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

1 Op 17 juni 1985 is de vader van de man overleden, zonder bij testament over zijn nalatenschap te hebben beschikt. Als erfgenamen liet hij achter zijn echtgenote en de man.

2 De ouders van de man waren gehuwd in gemeenschap van goederen. Tot de door het overlijden van de vader ontbonden huwelijksgemeenschap behoorde een woning en een perceel landbouwgrond (hierna tezamen: de woning). De nalatenschap van de vader bestaat uit de helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

3 Bij notariële akte van verdeling van 1 oktober 1992 is de woning aan de man toegedeeld. In diezelfde akte hebben de man en zijn moeder verklaard dat de man in verband daarmee is overbedeeld met een bedrag van fl. 61.479,-, dat de daarmee overeenkomende schuld van de man wordt omgezet in een schuld uit geldlening en dat die schuld door de moeder wordt kwijtgescholden. Ten aanzien van deze kwijtschelding is de volgende bepaling opgenomen: ‘Gemeld kwijtgescholden bedrag, zomede de inkomsten en wederbeleggingen daarvan zal² nimmer vallen in enige vermogensrechtelijke gemeenschap waarin de verkrijger is of ooit zullen³ zijn gehuwd en zal⁴ evenmin deel uitmaken van enige verrekening krachtens huwelijksvoorwaarden of samenlevingsovereenkomst’.

4 De man en de vrouw zijn op 16 mei 1994 gehuwd in gemeenschap van goederen.

5 De moeder van de man is in 2010 overleden.

Het geding in feitelijke instanties⁵

In dit geding heeft de vrouw de rechtbank verzocht tussen partijen de echtscheiding uit te spreken. De man heeft bij wijze van zelfstandig verzoek verzocht de verdeling van de gemeenschap van goederen aldus vast te stellen dat de woning wordt toegescheiden aan de

¹ Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

² Lees: zullen.

³ Lees: zal.

⁴ Lees: zullen. De notaris die de verdelingsakte van 1 oktober 1992 heeft verleden, verdient een standje voor maar liefst drie taalfouten in slechts een paar regels tekst.

⁵ Ontleend aan de punten 3.2.1 en 3.2.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

man tegen betaling door de man aan de vrouw van een bedrag wegens overbedeling van € 49.750,- (de helft van een kwart van de waarde van de woning).

De rechtbank heeft de echtscheiding tussen partijen uitgesproken, bepaald dat de woning aan de man wordt toebedeeld en de man wegens overbedeling veroordeeld tot betaling aan de vrouw van een bedrag van €181.617,69 (de helft van de overwaarde van de woning).

In hoger beroep heeft de man, na wijziging van zijn verzoek, primair verzocht te bepalen dat de woning geen deel uitmaakt van de huwelijksgemeenschap en subsidiair de woning aan hem toe te delen tegen betaling aan de vrouw van de helft van een kwart van de waarde van de woning. Het hof heeft in zijn eindbeschikking de beschikking van de rechtbank vernietigd wat betreft het door de man aan de vrouw te betalen bedrag en de man veroordeeld tot betaling aan de vrouw van een bedrag van €159.117,69 (de helft van de overwaarde van de woning).

Daartoe heeft het hof in zijn tussenbeschikking als volgt overwogen (r.o. 5.3):

‘Vast staat dat de woning tot de huwelijksgoederengemeenschap van de ouders van de man behoorde. Vast staat eveneens dat de vader van de man is overleden zonder bij testament over zijn nalatenschap te hebben beschikt en dat de man en zijn moeder, op grond van het wettelijk versterkerrecht, de enige erfgenamen waren, ieder voor een gelijk deel. De nalatenschap van de vader maakte de helft uit van de onverdeelde gemeenschap van goederen van de vader en de moeder, tot welke gemeenschap ook de woning behoorde. Door het overlijden van zijn vader is de man tezamen met zijn moeder gerechtigd geworden tot die onverdeelde ontbonden gemeenschap en de daartoe behorende nalatenschap van zijn vader. Daarmee is de titel van verkrijging van het aandeel van de man en dat van zijn moeder daarin er een krachtens erfrecht. Deze verkrijging is ongeclausuleerd nu de vader van de man is overleden zonder bij testament over zijn nalatenschap te hebben beschikt en er derhalve geen uitsluitingsclausule op die verkrijging van toepassing is. De daarop volgende verdeling tussen de man en zijn moeder en hetgeen te dien aanzien tussen hem en zijn moeder is overeengekomen maakt dit niet anders. Immers ingevolge artikel 3:186 lid 2 Burgerlijk Wetboek (verder: BW) houdt een deelgenoot hetgeen hij verkrijgt onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden. Ook na de verdeling houdt de man derhalve de woning ten titel van erfrecht, zonder dat daarop een uitsluitingsclausule van toepassing is. Reeds hierom is het hof van oordeel dat de woning niet is verkregen onder uitsluitingsclausule en daarom voor het geheel tot de ontbonden gemeenschap van goederen van de man en de vrouw behoort. Het primaire verzoek van de man zal dan ook worden afgewezen. Dit ware anders geweest als de man en zijn moeder eerst de ontbonden gemeenschap van goederen van de ouders van de man hadden verdeeld en daarbij de woning zouden hebben toegedeeld aan de moeder, die deze vervolgens – onder uitsluitingsclausule – zou hebben toegedeeld aan de man. Het door de man aangehaalde arrest Erven Bal (HR 19/3/1982, NJ 1983/250) en de daarop nadien gebaseerde rechtspraak ziet dan ook niet op een situatie als de onderhavige. Het subsidiaire verzoek is hetzelfde lot beschoren als het primaire verzoek (...)’.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het middel als volgt.

‘3.3.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof in rov. 5.1 van zijn tussenbeschikking de in de notariële akte van verdeling opgenomen uitsluitingsclausule ten onrechte en op onbegrijpelijke wijze aldus heeft uitgelegd dat deze zich slechts uitstrekt tot het kwijtgescholden bedrag en niet mede tot het onverdeelde aandeel van de moeder in de woning.

3.3.2 Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 5.1 de desbetreffende uitsluitingsclausule niet uitgelegd, maar slechts woordelijk weergegeven.

Het heeft vervolgens in rov. 5.3 geoordeeld dat reeds art. 3:186 lid 2 BW eraan in de weg staat dat de man het aandeel van de moeder in de woning onder uitsluitingsclausule heeft verkregen. Het hof heeft derhalve in het midden gelaten hoe de uitsluitingsclausule moet worden uitgelegd.

3.4.1 Onderdeel 2.3 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 5.3 van de tussenbeschikking dat art. 3:186 lid 2 BW meebrengt dat de man de woning ook na de verdeling ten titel van erfrecht houdt en daarom niet onder uitsluitingsclausule heeft verkregen, zodat de woning voor het geheel tot de ontbonden gemeenschap van goederen van de man en de vrouw behoort. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat de man krachtens erfrecht slechts was gerechtigd tot een kwart van de ontbonden huwelijksgemeenschap van zijn ouders. De man heeft de woning derhalve slechts voor een kwart krachtens erfrecht verkregen en voor drie kwart uit hoofde van koop of schenking (onder uitsluitingsclausule) van de moeder (die bovendien zelf slechts voor een kwart krachtens erfrecht en voor het overige krachtens huwelijkvermogensrecht hield). Onderdeel 2.4 vervolgt met een klacht over het oordeel dat het verzoek van de man anders zou zijn beoordeeld als de man en zijn moeder eerst de ontbonden gemeenschap van goederen van de ouders van de man hadden verdeeld en daarbij de woning zouden hebben toegedeeld aan de moeder, en zij deze vervolgens – onder uitsluitingsclausule – zou hebben toegedeeld aan de man.

3.4.2 Art. 3:186 lid 1 BW, dat ook geldt bij de verdeling van een nalatenschap, bepaalt dat voor de overgang van het aan ieder van de deelgenoten toegedeelde een levering is vereist op dezelfde wijze als voor overdracht van het desbetreffende goed is voorgeschreven. Dat is, wat betreft de verdeling van een nalatenschap, anders dan onder het tot 1992 geldende recht. Ingevolge art. 1129 (oud) BW werd de erfgenaam die een goed kreeg toebedeeld, geacht dit goed rechtstreeks (dus met wegdenken van de verkrijging door de gezamenlijke erfgenamen) in zijn geheel van de erflater te hebben verkregen, zonder dat daartoe een afzonderlijke leveringshandeling nodig was (vgl. HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4810, NJ 1985/527 (Vier Huizen)). De verdeling van een nalatenschap is onder het huidige recht (zoals elke verdeling) een rechtshandeling van de gezamenlijke erfgenamen (deelgenoten) die tot levering verplicht. In die rechtshandeling kan mede een andere rechtshandeling besloten liggen, zoals een schenking van een deelgenoot aan een andere deelgenoot, aan welke schenking de voorwaarde kan worden verbonden dat hetgeen wordt verkregen buiten enige huwelijksgemeenschap zal vallen (art. 3:38 lid 1 BW en art. 1:94 lid 2, onder a, BW). Art. 3:186 lid 2 BW staat daaraan niet in de weg.

Dat is niet anders indien het de verdeling betreft van een nalatenschap waaraan de erflater geen uitsluitingsclausule heeft verbonden. Die bepaling houdt immers niet meer in dan dat een deelgenoot hetgeen hij (door verdeling en levering) verkrijgt, gaat houden onder dezelfde titel (waaronder begrepen: titels, zie voor een voorbeeld Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1298) als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.

3.4.3 Het oordeel van het hof dat art. 3:186 lid 2 BW tot gevolg heeft dat de man wordt geacht de woning in zijn geheel krachtens erfopvolging te hebben verkregen zonder dat daarop – bij gebreke van een testament van de vader – een uitsluitingsclausule van toepassing was, en dat om die reden geen rechtsgevolg kan toekomen aan de uitsluitingsclausule die de moeder aan haar schenking heeft verbonden, geeft, gelet op het voorgaande, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat zodanig rechtsgevolg slechts bewerkstelligd had kunnen worden door de woning eerst in het kader van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap aan de moeder toe te delen. De onderdelen 2.3 en 2.4 slagen.

3.4.4 Op grond van het voorgaande slaagt ook onderdeel 2.5, waarin de man betoogt dat het hof zijn primaire verzoek op onjuiste gronden heeft afgewezen.

3.5 Met het oog op de procedure na verwijzing wordt naar aanleiding van de onderdelen 2.1 en 2.2 nog het volgende overwogen. Indien, zoals de man in hoger beroep onder verwijzing naar HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199, NJ 2015/378, heeft betoogd en hij in onderdeel 2.2 bepleit, de akte aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen dat ertoe strekte de tegenprestatie voor de verkrijging van het aandeel van de moeder in de woning ten laste van het door de man van haar onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen te laten komen, leidt (analoge toepassing van) art. 1:124 lid 2 (oud) BW ertoe dat de woning buiten de huwelijksgemeenschap van de man en de vrouw is gebleven. In dat geval kan de vrouw aanspraak maken op een vergoeding aan de huwelijksgemeenschap ter zake van het aandeel in de woning dat de man zonder uitsluitingsclausule uit de nalatenschap van zijn vader heeft verkregen.

3.6 De klachten van onderdeel 3 behoeven geen behandeling.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikkingen van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 februari 2016 en 26 april 2016 en verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

Noot

1 Inleiding

De lezer van deze annotatie adviseer ik eerst kennis te nemen van mijn noot onder de beschikking van de Hoge Raad uit 2015,⁶ voordat hij of zij de onderhavige noot bestudeert. Dit omdat de thans aan de orde zijnde beschikking van de Hoge Raad uit 2017 geheel in de lijn ligt van zijn beschikking uit 2015, in het bijzonder wat ‘het samenstel van de gelijktijdig verrichte rechtshandelingen’ betreft,⁷ en ook omdat ik mij aldus niet schuldig hoef te maken aan overbodige herhalingen.

2 Toepasselijk recht

In het onderhavige geval gaat het om erfrecht, huwelijksvermogensrecht en verdelingsrecht. Welk recht is van toepassing, gegeven het feit dat de vader van de man is overleden op 17 juni 1985 en dat de door zijn overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap en zijn hiervan deel uitmakende nalatenschap door de man en de moeder van de man zijn verdeeld op 1 oktober 1992?

Het staat vast dat het oude erfrecht, dat heeft gegolden tot 1 januari 2003, van toepassing is. De vader van de man heeft geen uiterste wil gemaakt, zodat de man en de moeder van de man zijn erfgenamen bij versterf zijn op grond van de artikelen 4:899 en 899a BW (oud). Zij erven ieder de ½ van de nalatenschap (berekend in de ontbonden huwelijksgemeenschap is de man tot ¼ en de moeder van de man tot ¾ hiervan gerechtigd). Niet alleen de moeder van de man, maar ook de man zelf is in goederenrechtelijke zin tot de nalatenschap gerechtigd, omdat toen nog niet de wettelijke verdeling van de huidige artikelen 4:13 e.v. BW van toepassing was, want in dat geval zou de man zijn erfdeel hebben ontvangen in de vorm van een in beginsel niet-opeisbare geldvordering op zijn moeder (art. 4:13 lid 3 BW).

Het in dit verband relevante huwelijksvermogensrecht, in het bijzonder de in mijn annotatie uit 2015 behandelde en ook hierna nog even te noemen bepaling betreffende zaaksvervanging in de zin van artikel 1:124 lid 2 BW (oud), is het huwelijksvermogensrecht dat heeft gegolden vanaf 1 januari 1992 tot 1 januari 2012. Dit betekent met name dat de leer van de economische deelgerechtigdheid in de zin van artikel 1:87 BW toen nog niet gold, laat staan dat men toekomt aan de doorwerking hiervan in de vergoedingsrechten of -vorderingen (‘reprises’ en ‘récompenses’) op grond van artikel 1:96 lid 3 tweede volzin en lid 4 tweede

⁶ HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), *NJ* 2015/378, m.nt. L.C.A. Verstappen; *AA* 2015, afl. 9, p. 686-690, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20150686 (*woning, gefinancierd met grotendeels onder uitsluitingsclausule kwijtescholden geldlening, gemeenschappelijk of privé?*).

⁷ Punt 1 slot en punt 2 van mijn in de vorige voetnoot genoemde annotatie, *AA* 2015, afl. 9, p. 689 (AA20150686).

volzin BW, maar dat de nominaliteitsleer van het arrest *Kriek/Smit*⁸ in deze zaak aan de orde is.

Het verdelingsrecht, in het bijzonder het bepaalde in de artikelen 3:182 en 186 BW, heeft vanaf 1 januari 1992 onmiddellijke werking op grond van artikel 68a lid 1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

3 Wat is verdeling?

De wet bepaalt in artikel 3:182 eerste volzin BW dat als een verdeling wordt aangemerkt iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. Er is dus pas sprake van verdeling als de onverdeeldheid ten minste ten aanzien van één deelgenoot en ten minste ten aanzien van één goed is opgeheven.⁹ Hierbij worden goederen *in hun geheel* toegeedeeld aan de desbetreffende deelgenoot, die deze goederen exclusief, dus met uitsluiting van de overige deelgenoten, verkrijgt. Het is dus niet zo dat aandelen in goederen worden toegeedeeld of overgedragen aan de verkrijgende deelgenoot. Ik benadruk dit, omdat in het cassatiemiddel de indruk wordt gewekt dat de moeder van de man in het kader van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de hiervan deel uitmakende nalatenschap van de vader van de man haar $\frac{3}{4}$ onverdeeld aandeel in de tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorende woning heeft overgedragen aan de man, die krachtens erfrecht al was gerechtigd tot $\frac{1}{4}$ onverdeeld aandeel in deze woning.¹⁰ In het onderhavige geval wordt de woning dus *in haar geheel* aan de man toegeedeeld, ook al was hij hiertoe reeds voor een onverdeeld aandeel gerechtigd. Men zou dit – ik geef toe: niet zonder meer, maar met een beetje goede wil – kunnen afleiden uit het woord ‘goederen’ in artikel 3:182 eerste volzin BW: de desbetreffende deelgenoot aan wie wordt toegeedeeld, verkrijgt ‘goederen’, dus niet ‘een aandeel in goederen’. Zelf vind ik het altijd lastig om dit goed aan mijn studenten uit te leggen, zeker omdat het op het eerste gezicht niet logisch is dat het *gehele* goed wordt toegeedeeld, als de desbetreffende deelgenoot al een onverdeeld aandeel in dit goed heeft. Gemeenschapsrecht in het algemeen en verdelingsrecht in het bijzonder vormen nu eenmaal een zeer gecompliceerde en weerbarstige materie. Ook de Hoge Raad heeft de grootste moeite met het rechtskarakter van de verdeling, niet in de onderhavige beschikking uit 2017, maar wél in het arrest *Texelse woning* uit 2013.¹¹ Deze uitspraak is op z'n zachtst gezegd verwarrend, omdat de Hoge Raad in één en dezelfde rechtsoverweging van zijn arrest (3.5) zichzelf tegenspreekt blijkens twee tegenstrijdige passages, te weten: ‘het aandeel [...] wordt toegeedeeld’ en ‘zijn aandeel [...] over te dragen’. Hij miskent hiermee dat het *gehele* gemeenschappelijke goed wordt

⁸ HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2558 (concl. A-G A.M. Biegman-Hartogh), *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten; *AA* 1987, afl. 12, p. 780-785, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kriek/Smit*).

⁹ In dit verband ga ik niet in op het naar mijn oordeel wel degelijk bestaande onderscheid tussen de (obligatoire) overeenkomst *tot* verdeling en de (goederenrechtelijke) overeenkomst *van* verdeling. Zie daarover uitvoerig de hierna in voetnoot 12 te noemen literatuur.

¹⁰ Dit blijkt uit verschillende onderdelen van het cassatiemiddel, die uitvoerig zijn behandeld in de fraaie en van een uitvoerig notenapparaat voorziene conclusie van A-G E.B. Rank-Berenschot van 19 mei 2017; zie ECLI:NL:PHR:2017:464.

¹¹ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746 (concl. A-G E.B. Rank-Berenschot), *NJ* 2013/490, m.nt. S. Perrick (*Texelse woning*).

toegedeeld en dat toedeling van het aandeel en overdracht van het aandeel hier niet aan de orde zijn.¹²

Ook fiscaal maakt het nogal wat uit of er sprake is van een overdracht dan wel van een verdeling, zeker als het gaat om een onroerende zaak. Zo levert verdeling van een onroerende zaak die deel uitmaakt van een ontbonden huwelijksgemeenschap of een nalatenschap, een onbelaste verkrijging op in de zin van artikel 3 lid 1 aanhef en onder b Wet op belastingen van rechtsverkeer, zodat heffing van overdrachtsbelasting niet aan de orde komt. Wordt een (aandeel in een) onroerende zaak echter overgedragen, dan wordt in beginsel overdrachtsbelasting ter zake van deze verkrijging geheven op grond van artikel 2 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer. Wordt een tot een eenvoudige gemeenschap tussen samenwoners behorende onroerende zaak verdeeld, dan is de verkrijging krachtens deze verdeling vrijgesteld van overdrachtsbelasting indien is voldaan aan de voorwaarden van artikel 15 lid 1 aanhef en onder g Wet op belastingen van rechtsverkeer. Het verschil tussen een onbelaste verkrijging en een vrijstelling is dat op een vrijstelling een beroep moet worden gedaan en op een onbelaste verkrijging niet.

4 Twee te verdelen gemeenschappen

In het onderhavige geval moeten twee gemeenschappen worden verdeeld, te weten zowel de ontbonden huwelijksgemeenschap als de hiervan deel uitmakende nalatenschap. Theoretisch moet eerst de ontbonden huwelijksgemeenschap worden verdeeld en pas daarna de nalatenschap, maar in de praktijk worden beide gemeenschappen tegelijkertijd in één keer verdeeld. De A-G trekt terecht de conclusie dat het voor de werking van de door de moeder van de man aan haar gift aan de man verbonden uitsluitingsclausule niet uitmaakt 'of de woning bij de (althans in theorie) vóórafgaande verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap aan de nalatenschap van de vader wordt toegedeeld, om vervolgens aan de man te worden toegedeeld bij de verdeling van de nalatenschap, of dat de woning aan de (helft van de huwelijksgoederengemeenschap van de) moeder wordt toegedeeld en derhalve buiten de nalatenschap valt, om vervolgens door haar aan de man te worden overgedragen.¹³ Dat lijkt ook beter in overeenstemming te zijn met de praktijk, waarin na het overlijden van een in gemeenschap van goederen gehuwde erflater over het algemeen niet de huwelijksgoederengemeenschap bewust en apart wordt verdeeld, maar er

¹² Aldus M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015/141, in het bijzonder voetnoot 126. Zie over gemeenschap en verdeling in het algemeen S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, S. Perrick, 'De gemeenschapstitel is een geslaagd product van wetgeving', *WPNR* 2017, afl. 7133, p. 18-23 (themanummer 25 jaar *Nieuw Burgerlijk Wetboek*), alsmede M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Gemeenschap* (Monografieën BW, deel B9), Deventer: Wolters Kluwer 2016. Zie daarnaast ook de door A-G E.B. Rank-Berenschot in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:464) genoemde literatuur en jurisprudentie. W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, een rechtsvergelijkende studie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 298, geeft blijk van een opvatting die afwijkt van de heersende leer inzake de definitie van verdeling, waar hij opmerkt: 'men [zal] moeten aannemen dat de overige deelgenoten hun aandelen overdragen aan degene aan wie die zijn toegedeeld', waarover ook Asser/Perrick 3-V 2015/167.

¹³ Lees: 'om vervolgens door haar en de man te worden toegedeeld aan de man'. Zie immers punt 3 van deze noot.

veeleer sprake is van een (allesomvattende) verdeling en afwikkeling van het geheel van huwelijksgoederengemeenschap en nalatenschap in één'.¹⁴

5 Is de verdeling translatief of declaratoir?

Onder 'translatief' versta ik 'geschiedend door overdracht' en onder 'declaratoir' ('declaratief' mag ook) versta ik 'de wijze van verkrijging bevestigend'. De verdeling geschiedt niet door overdracht en is dus niet translatief. Wel bewerkstelligt zij, mits zij is gevolgd door een levering, een overgang van het toegedeelde. Artikel 3:186 lid 1 BW bepaalt immers dat voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toegedeelde een levering is vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven. Reeds uit deze wettekst blijkt dat de verdeling geen overdracht is. Er moet wél worden geleverd, maar levering is iets anders dan overdracht. Overdracht is de door levering bewerkstelligde rechtsovergang waarvoor – naast inachtneming van de leveringsformaliteiten van de artikelen 3:89-95 BW – een geldige titel en beschikkingsbevoegdheid zijn vereist op grond van artikel 3:84 lid 1 BW. Het leveringsvereiste van artikel 3:186 lid 1 BW zou men hooguit een 'translatief trekje' van de verdeling kunnen noemen. De bij de verdeling toegedeelde goederen worden weliswaar 'krachtens' de verdeling verkregen (vergelijk het woord 'krachtens' in art. 3:182 eerste volzin BW), maar de verdeling zelf is geen wijze van verkrijging.¹⁵ Dat is en blijft bijvoorbeeld erfopvolging of boedelmenging, zoals in deze zaak. Artikel 3:186 lid 2 BW bepaalt immers dat een deelgenoot hetgeen hij verkrijgt onder dezelfde titel houdt als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden. Onder 'titel' versta ik wijze van verkrijging. In het onderhavige geval was de man krachtens erfrecht (erfopvolging in de zin van – thans – art. 3:80 lid 2 i.v.m. art. 4:182 BW) tot ¼ van de ontbonden huwelijksgemeenschap gerechtigd en was de moeder van de man krachtens erfrecht tot ¼ én krachtens huwelijksvermogensrecht (boedelmenging in de zin van – thans – art. 3:80 lid 2 i.v.m. art. 1:94 lid 1 en lid 2 aanhef BW) tot ½, dus in totaal tot ¾, van de ontbonden huwelijksgemeenschap gerechtigd. De nalatenschap van de vader van de man maakte deel uit van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de woning was het belangrijkste boedelbestanddeel. Ik ga ervan uit dat de vader van de man geen privévermogen buiten de huwelijksgemeenschap had, althans hiervan blijkt niet uit de door de Hoge Raad genoemde feiten waarvan hij in cassatie is uitgegaan. Normaliter bestaat de nalatenschap van een in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde erflater uit de helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap plus diens privévermogen, waartoe hij is gerechtigd op grond van artikel 1:94 lid 2 onder a, b en c, en leden 3 en 4, alsmede artikel 1:95 lid 1 eerste volzin BW.¹⁶ In dit geval bestond de nalatenschap van de vader van de man echter slechts uit de helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

¹⁴ Conclusie A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2017:464, punt 2.23. De Hoge Raad is het eens met de A-G blijkens de voorlaatste volzin van rechtsoverweging 3.4.3 van zijn beschikking, waarin hij het oordeel van het hof aan het slot van rechtsoverweging 5.3 van zijn tussenbeschikking als onjuist bestempelt.

¹⁵ Verdeling is immers niet genoemd in art. 3:80 leden 2 en 3 BW. Alle wijzen van verkrijging van goederen zijn limitatief in deze twee bepalingen opgesomd. Verdeling valt ook niet onder de slotpassage van art. 3:80 lid 3 BW ('en voorts op de overige in de wet voor iedere soort aangegeven wijzen van rechtsverkrijging'), want die passage slaat op de wijzen van eigendomsverkrijging uit de titels 5.1, 5.2 en 5.3 BW, zoals o.a. natrekking, vermenging en zaaksvorming (art. 5:3, 14, 15, 16 en 20 BW).

¹⁶ Na de inwerkingtreding op 1 januari 2018 van de Wet beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen (Wet van 24 april 2017, *Stb.* 2017, 177) is van privévermogen sprake op grond van art. 1:94 lid 2 onder

Een en ander leidt mij tot de conclusie dat de verdeling – evenals de boedelscheiding of scheiding en deling onder vigeur van het oude recht blijkens artikel 1129 BW (oud) – declaratoir is. De verdeling bevestigt op grond van artikel 3:186 lid 2 BW immers slechts dat bijvoorbeeld erfopvolging of boedelmenging de wijze van verkrijging is voor de deelgenoot aan wie goederen zijn toegedeeld. Toch is dit lastig te begrijpen, want als men laatstgenoemde bepaling letterlijk op de man uit de onderhavige zaak toepast, betekent dit dat hij de woning onder dezelfde titel houdt als waaronder hij en zijn moeder deze tezamen vóór de verdeling hielden, dus zowel krachtens erfrecht (erfopvolging) als krachtens huwelijksvermogensrecht (boedelmenging). De beschikking van de Hoge Raad is op dit punt niet geheel duidelijk. In rechtsoverweging 3.4.3 lezen wij dat ‘[het] oordeel van het hof dat art. 3:186 lid 2 BW tot gevolg heeft dat de man wordt geacht de woning in zijn¹⁷ geheel krachtens erfopvolging te hebben verkregen [...] blijkt [geeft] van een onjuiste rechtsopvatting’. Wél vermeldt de Hoge Raad in de laatste alinea van rechtsoverweging 3.4.2 dat onder ‘titel’ in artikel 3:186 lid 2 BW ‘titels’ zijn begrepen en verwijst hij voor een voorbeeld van dit meervoud naar de parlementaire geschiedenis van deze bepaling.¹⁸ Het verschil tussen de onderhavige zaak en het voorbeeld in de parlementaire geschiedenis is echter dat in het eerste geval sprake is van twee algemene titels (erfopvolging en boedelmenging; zie art. 3:80 lid 2 BW) en dat in het tweede geval sprake is van een algemene en van een bijzondere titel (erfopvolging en overdracht; zie art. 3:80 leden 2 en 3 BW).

Overigens blijkt uit diezelfde parlementaire geschiedenis dat de wetgever niet zonder meer uitgaat van de declaratoire werking van de verdeling, maar van een ‘tussenfiguur’. Vanuit de Tweede Kamer was namelijk de vraag aan de minister gesteld of de conclusie juist is dat in titel 3.7 BW noch voor het zogenaamde translatieve stelsel, noch voor het zogenaamde declaratoire stelsel is gekozen, doch voor een tussenfiguur in die zin, dat de deelgenoot eerst verkrijgt door de leveringshandeling die op de verdeling volgt (translatief), doch dat die verkrijging krachtens artikel 3:186 lid 2 BW een verkrijging is onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten het goed tezamen vóór de verdeling hielden (declaratoir). De minister antwoordde hierop dat deze conclusie van de Tweede Kamer geheel wordt onderschreven en dat is getracht van beide oudtijds tegenover elkaar gestelde constructies de praktische voordelen zonder de nadelen over te nemen.¹⁹

6 De uitsluitingsclausule en het verband tussen de beschikking uit 2017 en die uit 2015

De vader van de man heeft geen uiterste wil gemaakt, zodat geen sprake is van een testamentaire uitsluitingsclausule in de zin van artikel 1:94 lid 2 onder a BW. De moeder van de man heeft echter in het kader van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap wél een gift onder uitsluitingsclausule aan haar zoon gedaan, nu zijn overbedelingsschuld in de akte van verdeling is omgezet in een schuld uit geldlening, waarna deze schuld uit

a, b en c (nieuw), en leden 4, 5 en 6 (nieuw), alsmede art. 1:95 lid 1 eerste volzin BW. Zou het onderhavige geval zich voordoen onder vigeur van het vanaf 2018 geldende huwelijksvermogensrecht, dan vallen het door de man van zijn vader krachtens erfrecht verkregene en de gift door de moeder aan de man buiten de huwelijksgemeenschap op grond van art. 1:94 lid 2 onder a BW (nieuw) behoudens een gemeenschaps- of insluitingsclausule in de zin van art. 1:94 lid 3 aanhef en onder b BW (nieuw).

¹⁷ Lees: haar.

¹⁸ MvA II Inv., *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1298.

¹⁹ *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1299.

vrijgevigheid is kwijtscholden. Een kwijtschelding uit vrijgevigheid is een gift en ook hierop is artikel 1:94 lid 2 onder a BW van toepassing. De wetgever spreekt in deze bepaling immers over goederen ten aanzien waarvan *bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift* is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen. In de litigieuze verdeling ligt een gift besloten, waaraan de moeder van de man een uitsluitingsclausule als voorwaarde in de zin van artikel 3:38 lid 1 BW heeft verbonden, zoals de Hoge Raad uitdrukkelijk overweegt in de tweede alinea van rechtsoverweging 3.4.2. Terecht voegt hij hieraan toe dat artikel 3:186 lid 2 BW daaraan niet in de weg staat.

Belangrijk is ook rechtsoverweging 3.5 van de beschikking van de Hoge Raad, waarin hij in een soort ‘obiter dictum’ (rechtsoverweging ten overvloede) het verband legt met zijn beschikking uit 2015.²⁰ Ook in laatstgenoemde beschikking ging het om de vraag of de woning, die was gefinancierd met een grotendeels onder uitsluitingsclausule kwijtscholden geldlening, gemeenschappelijk of privé was. Het verschil tussen de beschikking uit 2015 en die uit 2017 is dat in het eerste geval de schuld uit geldlening voor ongeveer 2/3 was kwijtscholden en dat in het tweede geval de schuld uit geldlening volledig was kwijtscholden. De Hoge Raad besliste in 2015 dat de woning buiten de gemeenschap blijft, omdat deze – in de bewoordingen van artikel 1:124 lid 2 BW (oud) – voor meer dan de helft van haar prijs ten laste van de desbetreffende echtgenoot persoonlijk komt.²¹ Het verbaast dan ook in het geheel niet dat de man in de zaak van 2017 in onderdeel 2.2 van het cassatiemiddel bepleit dat de akte van verdeling van 1 oktober 1992 aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen,²² dat ertoe strekte de tegenprestatie voor de verkrijging van het aandeel van de moeder in de woning ten laste van het door de man van haar onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen te laten komen, zodat (analoge toepassing van) artikel 1:124 lid 2 BW (oud) ertoe leidt dat de woning buiten de huwelijksgemeenschap van de man en de vrouw is gebleven. Maar omdat de vader van de man geen uitsluitingsclausule heeft gemaakt, moet de waarde van de erfrechtelijke verkrijging van de man tot de huwelijksgemeenschap worden gerekend, zodat zijn ex-echtgenote per saldo aanspraak kan maken op de helft van een kwart van de waarde van de woning.

7 Ten slotte

Ondanks het feit dat deze zaak nog onder de rechter is (de Hoge Raad heeft het geding immers verwezen naar het Bossche hof ter verdere behandeling en beslissing), kan ik de verleiding niet weerstaan om mijn persoonlijke mening te geven wat de afloop van deze procedure betreft. Het hof moet na de verwijzing door de Hoge Raad met name de uitsluitingsclausule in de akte van verdeling van 1 oktober 1992 gaan uitleggen. Het hof dat

²⁰ Zie voetnoot 6.

²¹ Zie thans – sinds 2012 – art. 1:95 lid 1 eerste volzin BW, waarin (anders dan in de periode vanaf 1992 tot 2012) is vereist dat de tegenprestatie ‘bij’, d.w.z. ‘ter gelegenheid van’, de verkrijging van het goed voor meer dan de helft ten laste komt van het eigen vermogen van de desbetreffende echtgenoot.

²² Terecht spreekt de man in dit onderdeel van het cassatiemiddel niet over een ‘samenstel van gelijktijdig verrichte rechtshandelingen’, omdat gelijktijdigheid niet is vereist (zoals gelijktijdigheid ook niet was vereist in de zaak uit 2015; zie de voetnoten 6, 7 en 21), al is in de zaak uit 2017 feitelijk wél sprake van gelijktijdigheid, nu (1) de verklaring van de man en zijn moeder dat de man in verband met de toedeling van de woning aan hem is overbedeeld met een bedrag van fl. 61.479,-, (2) de omzetting van de daarmee overeenkomende schuld van de man in een schuld uit geldlening en (3) de kwijtschelding van die schuld door zijn moeder alle drie op dezelfde dag, te weten op 1 oktober 1992, in de akte van verdeling hebben plaatsgevonden.

de beschikking a quo heeft gegeven, heeft deze uitsluitingsclausule immers niet uitgelegd, maar slechts woordelijk weergegeven, aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.2. Ik verwacht dat het Bossche hof de uitsluitingsclausule aldus gaat uitleggen, dat in dit geval sprake is van het door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5 bedoelde ‘samenstel van rechtshandelingen’,²³ waarop het hof vervolgens de meer-dan-de-helft-regel van artikel 1:124 lid 2 BW (oud) analoog zal toepassen, zodat de aan de man toegedeelde woning niet in de huwelijksgemeenschap, maar in zijn privévermogen moet worden gesitueerd. Omdat de vader van de man – anders dan de moeder van de man – echter geen uitsluitingsclausule heeft gemaakt, heeft de (inmiddels ontbonden) huwelijksgemeenschap van de man en zijn ex-echtgenote een ‘récompense’ op de man ter grootte van diens erfrechtelijke verkrijging. Men vergelijk artikel 1:96 lid 2 BW (oud), thans artikel 1:96 lid 4 BW en vanaf 2018 artikel 1:96 lid 5 BW (nieuw). Per saldo ontvangt de ex-echtgenote van de man dan de helft van een kwart, dus een achtste, van de waarde van de woning.

Dan resteert nog slechts de vraag wat de peildatum is voor de waardering van de aan de man toegedeelde woning, die niet in goederenrechtelijke, maar slechts in economische zin voor een kwart in de huwelijksgemeenschap met zijn vrouw is gevallen. Naar mijn oordeel is deze datum 16 mei 1994. Toen zijn de man en de vrouw namelijk met elkaar gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen en vanaf dit tijdstip is een kwart van de waarde van de woning in deze gemeenschap gevallen. Men moet hier uitgaan van de nominaliteitsleer van het arrest *Kriek/Smit*,²⁴ nu de leer van de economische deelgerechtigdheid van artikel 1:87 BW pas geldt vanaf 2012 op grond van de overgangsbepaling van artikel V lid 1 Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.²⁵ Waardefluctuaties ter zake van de woning, zowel waardestijgingen als waardedalingen, zijn dus niet relevant, ook niet voor de berekening van de zojuist genoemde ‘récompense’. Ook voor de vergoedingsrechten of -vorderingen (‘reprises’ en ‘récompenses’) geldt dat zij pas vanaf 2012 zijn gekoppeld aan de leer van de economische deelgerechtigdheid in de zin van artikel 1:87 BW, en wel op grond van artikel 1:96 lid 3 tweede volzin en lid 4 tweede volzin BW, alsmede de overgangsbepaling van artikel V lid 4 Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.²⁶

²³ Zie in het bijzonder de drie aan het slot van de vorige voetnoot genoemde gebeurtenissen.

²⁴ Zie voetnoot 8.

²⁵ Wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205, in werking getreden op 1 januari 2012.

²⁶ Zie de vorige voetnoot. Aldus ook conclusie A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2017:464, punt 2.30.