

**Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft.**

**Tegelijk een bijdrage over de Gesamthand in ons recht.**

*Ook al is het Tijdschrift voor privaatrecht sinds enkele jaren een stichtingsgoed in de juridische zin, doordat er daartoe een rechtspersoon werd opgericht, toch is het al 40 jaar een gezamenlijk erfgoed. De lezer zal wel begrijpen dat het voor mij als zoon van de Directeur met 40 jaar dienst van het Tijdschrift nog in een meer pregnante zin een erfgoed is – zij het ook dan nog altijd een collectief. Voor iemand die bovendien een Edmund Burke-adept is en als kerngedachte van diens en zijn eigen politieke filosofie beschouwt dat de gemeenschap niet enkel die is van de levenden, maar ook die van diegenen die ons zijn voorgedaan en van wie wij geërfd hebben en van de komende generaties opdat zij van ons mogen erven, diende een bijdrage aan dit Jubileumnummer dan ook mede over collectieve eigendom en erfgoed te gaan.*

1. Inleiding.....	1
2. Het declaratief karakter van de verdeling.....	3
a. “Declaratief”.....	3
b. Voortzetting van titel.....	4
c. Geen ruil van aandelen.....	5
d. Wel aanwas ten gevolge van afstand.....	6
3. De zogenaamde terugwerking van de verdeling: uitdrukking van de beschikkingsgebondenheid van goederen uit een gemeenschappelijk vermogen. ....	8
a. De zogenaamde terugwerking.....	8
b. Beschikkingsgebondenheid.....	10
4. De aard van het recht op de goederen van een gemeenschappelijk vermogen.....	12
a. Het recht van de mede-eigenaar is geen recht op aandelen in afzonderlijke goederen.....	12
b. De aard van het mede-eigendomsrecht en de twee niveaus die erin moeten worden onderscheiden.....	13
5. De mede-eigendom van een afzonderlijk lichamelijk goed (zaaksgemeenschap).....	16
6. De mede-eigendom van onlichamelijke goederen in het algemeen.....	18
a. Schuldvorderingen.....	18
b. Vruchtgebruik.....	19
7. Het aandeel in een gemeenschappelijk vermogen als afzonderlijk goed. ....	20

## 1. Inleiding

(1) Het klinkt allicht merkwaardig uit de pen van iemand die graag nieuwe woorden vormt en oude opdiept, en de heersende rechtsterminologie daarmee wel eens terzijde probeert te

schuiven, maar ik beschouw het als een van de taken van de rechtsgeleerde om overbodige begrippen en onderscheidingen te bestrijden, of anders gezegd het scheermes van Ockham toe te passen op het recht. Immers, één helder inzicht in afwijkende bewoordingen kan soms vele bestaande overbodig maken. Het kan gerust een bijkomend begrip zijn, een nieuwe onderscheiding, die tegelijk een einde kan maken aan meerdere onverklaarde fenomenen of een wildgroei aan sui generis verklaringen. Arrogant hoeft dat niet te zijn, althans niet als men ook toegeeft dat zulk inzicht in wezen toch maar is overgenomen uit de rijke schatkist van de geschiedenis, al heeft men daarbij altijd toch de hoop een dwerg te zijn op de schouders van reuzen (d.i. het inzicht toch weer net iets hoger op te tillen, al zijn de eigen verdiensten klein vergeleken met die van de personen op wie men voortbouwt).

En dan slaat de twijfel toe, wanneer men na vele jaren reflectie een inzicht heeft verworven dat eenmaal verworven zo helder en duidelijk voor de geest staat dat men zich de vraag stelt: is dit nu een evidentie die al mijn collegae al lang hebben ingezien, maar desondanks nooit in die termen hebben neergepend (misschien omdat ze het zo evident vinden), is het de verdwazing die zich van mij meester heeft gemaakt en onzin inzicht doet lijken, of is het toch zo dat eenvoudige en glasheldere ideeën het resultaat zijn van veel intellectueel gewroet. Ik laat het oordeel over aan wie deze bijdrage leest.

(2) De stelling die hierin verdedigd wordt, is verkort in de titel weergegeven: bij aanwas of verdeling verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Ik wil er onmiddellijk aan toevoegen dat ik hierbij uitga van de hypothese dat niet één enkele zaak, maar wel een geheel van goederen het voorwerp is van de mede-eigendom waarop de aanwas betrekking heeft of waaruit goederen worden toebedeeld. Verderop zullen we zien dat deze stelling niet in dezelfde mate opgaat voor de onverdeeldheid van één enkele zaak.

Daarmee wil deze bijdrage ook verderbouwen op mijn eerdere bijdrage in TPR 1998, 703 v. onder de titel “Van trust gespeend”, en in het bijzonder op de in randnr. 144 e.v. (p. 795 v.) reeds summier uitgewerkte onderscheiding tussen enerzijds de mede-eigendom van een als dusdanig erkende algemeenheid van goederen (de boedelgemeenschap, die een zgn. afgescheiden vermogen vormt) enerzijds, en die van afzonderlijke goederen “*ut singuli*” anderzijds (zaaksgemeenschap). In de Belgische rechtsleer blijft die onderscheiding immers verwaarloosd<sup>1</sup>. Dat heeft onder meer te maken met een te sterke gerichtheid op het Franse recht, gerichtheid die onder meer leidde tot een onevenredige aandacht voor de draagwijdte van art. 815 B.W. (een vals probleem, zoals ik eerder al mocht aantonen) en een verwaarlozing van de hier besproken onderscheiding – die in het Franse recht omwille van verschillende jurisprudentiële en wetgevende ontwikkelingen<sup>2</sup> nauwelijks een rol speelt. Daardoor worden

---

<sup>1</sup> Een uitzondering vormen de bijdragen van H. CASMAN, o.a. “Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Story scientia Antwerpen 1997, 3 v.

<sup>2</sup> Onder meer een ruimere toepassing van het begrip rechtspersoonlijkheid, een nieuwe wettelijke regeling (sinds

de verschillende vormen van mede-eigendom van een algemeenheid van goederen - zoals bv. de maatschap of de huwgemeenschap, en meer nog de ervengemeenschap - te vaak beschouwd als een “gewone” mede-eigendom waarvoor enkel een aantal bijzondere regels gelden. Het is zoals vaak de rechtsvergelijking die ons hier op het juiste spoor zet. De hier besproken onderscheiding is in één of andere vorm gemeengoed in vele rechtsstelsels (al zullen de precieze, technische regels vaak verschillen), zoals het Staats-Nederlandse (zaaksgemeenschap tegenover boedelgemeenschap), het Duitse en Zwitserse (*Bruchteilsgemeinschaft* of *Gemeinschaft nach Bruchteilen* tgo. *Gesamthand* of *Gesamteigentum*) of het Anglo-Amerikaanse (*ownership* of *tenancy “in common”* tgo. *“joint” tenancy* of *“joint” ownership*)<sup>3</sup>.

Vele vragen worden in deze bijdrage niet behandeld. Ik hoop ze in een latere publicatie te behandelen. Zo bv. wordt niets gezegd over de gevolgen van onze analyses voor het verhaalsrecht van de schuldeisers, voor de aansprakelijkheid voor gemeenschappelijke lasten, en nog vele andere belangrijke vragen. He is enkel een bezinning op de fundamenten waarop vele rechtsfiguren worden opgebouwd of kunnen worden gebouwd.

We vertrekken daarbij zoals gezegd van de verdeling, en met name van de kenmerking ervan als “declaratieve” rechtshandeling.

## 2. Het declaratief karakter van de verdeling.

### a. “Declaratief”

(3) Ons zakenrecht maakt traditioneel een onderscheid tussen overdragende of translatieve rechtshandelingen, constitutieve of vestigende handelingen, abdicatieve handelingen (afstand) en declaratieve of aanwijzende handelingen (zie bv. art. 1 Hyp.W.). We zullen hieronder bespreken dat behalve rechtshandelingen ook bepaalde rechtsfeiten een declaratief gevolg hebben (zo kan de aanwas m.i. het declaratieve gevolg zijn van onder meer een overlijden).

Bij translatieve handelingen wordt een bestaand zakelijk recht overgedragen in uitvoering van een daartoe strekkende verbintenis, bij constitutieve een nieuw zakelijk recht gevestigd krachtens een daartoe strekkende verbintenis, en bij afstand gaat een zakelijk recht teniet. Wat de kern is van een declaratieve handeling is in de meeste doctrine echter niet te vinden. Over de betekenis van dit begrip bestaat veel verwarring. Zo wordt een declaratieve handeling vaak verward met een retro-actieve overdracht, terwijl er juist helemaal geen overdracht plaatsvindt,

---

1976) die een soort mengvorm oplevert tussen beide vormen van mede-eigendom in, en minder ruimte voor de wilsautonomie, zoals die in 1924 bij ons werd geschapen in art. 577-2 B.W.

<sup>3</sup> Vaak heeft men het onderscheid tussen beide hoofdvormen gezien als een tegenstelling tussen een Romeinsrechtelijke en een Germaansrechtelijke mede-eigendom; dat is een erg grove vereenvoudiging gaat, die enkel enige “pedagogische” waarde heeft.

en de handeling evenmin retro-actief werkt.

(4) Om voetangels te vermijden vertrekken we van de meest vertrouwde declaratieve handeling, de verdeling, en kunnen we nadien op zoek gaan of de kenmerken die we daar vinden ook bij andere operaties te vinden zijn. De zogezegde terugwerking van de verdeling kan daarbij niet het vertrekpunt zijn, niet alleen omdat die terugwerking er niet echt is – *quod iam est demonstrandum* – maar op de eerste plaats omdat men geen terugwerking kan toekennen aan rechtsgevolgen zonder eerst te bepalen wat die rechtsgevolgen zijn.

Waarvan kunnen we dan wel vertrekken? Van de erkende rechtsgevolgen van een verdeling, zoals we die ook vinden bij andere gevallen waarin een goed uit een boedel wordt toebedeeld. Zakenrechtelijk is het zonder belang of alle goederen aan één van de deelgenoten toekomen (waarbij de anderen al dan niet een vergoedingsaanspraak verkrijgen) dan wel sommige goederen aan de ene en andere aan de andere. Zakenrechtelijk is het voor de rechtstoestand van een goed verkregen uit verdeling ook zonder belang of alles reeds verdeeld is, dan wel een deel van de boedel nog onverdeeld blijft.

#### b. Voortzetting van titel

(5) Wat is de zakelijke rechtstoestand van de goederen afkomstig uit een verdeling of gelijkaardige declaratieve toebedeling? We gaan er eenvoudigheidshalve van uit dat het goed in volle gerechtigdheid wordt toebedeeld aan één enkele deelgenoot. Resultaat is dat hij exclusief een goed verkrijgt dat voorheen gemeenschappelijk was. Wat is nu de allereerste betekenis van het feit dat hij dat goed “declaratief” verkrijgt en niet door overdracht, “translatief”? Eenvoudigweg dat er geen sprake is van enige – zelfstandige - titel van overdracht of verkrijging. De titel waaronder de deelgenoot het hem toebedeelde goed houdt is niet de verdeling, maar de titel waaronder de gezamenlijke deelgenoten het goed vóór de verdeling hielden (en wanneer de gezamenlijke deelgenoten het goed op hun beurt onder algemene titel verkregen hebben, bv. door erfenis, de titel waaronder hun rechtsvoorganger het goed hield)<sup>4</sup>. Anders gezegd, na de verdeling – en bij uitbreiding ook andere declaratieve operaties – zet de deelgenoot aan wie het goed wordt toebedeeld gewoon de titel zowel als het bezit voort<sup>5</sup>. De titel verandert niet, alleen het aantal personen dat dat goed onder die titel houdt verandert (vermindert)<sup>6</sup>; de deelgenoot die verkrijgt is één van de personen die het goed

<sup>4</sup> Zie reeds Cass. fr. 24 april 1850, *S.* 1850, I, 513. Vgl. art. 3:186 lid 2 NBW, dat bepaalt dat "hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen voor de verdeling hielden". Anders dan sommige andere auteurs leidt M.J.A. van MOURIK daaruit af dat het zonder twijfel niet om een overdracht gaat, al is deze overgang in Nederland grotendeels - veel meer dan bij ons - aan dezelfde regels onderworpen ("Boedelscheiding zonder levering, in het bijzonder bij onroerend goed", *WPNR* (1991) nr. 6030, p. (890) 892).

<sup>5</sup> Vgl. R.J. POTHIER, *Traité des fiefs*, nr. 452.

<sup>6</sup> Die vermindering is niet wezenlijk voor een declaratieve operatie, maar enkel voor de verdeling en de aanwas. Bij een inbreng in een gemeenschap vermeerderd het aantal gerechtigden, bij zakelijke subrogatie (ook een

voordien reeds onder die titel hield.

Aldus is de verdeling géén wettige titel in de zin van art. 2265 B.W. (de bepaling die een wettige titel vereist om van de 10- of 20-jarige verkrijgende verjaring te kunnen genieten). Meer nog, de persoon die een goed toebedeeld krijgt uit een verdeling in plaats van geleverd krachtens een daartoe strekkende verbintenis, is géén derde t.o.v. de persoon die het goed aan de gemeenschap (of de erflater ervan) heeft overgedragen. Hij wordt dus ook niet als derde-verkrijger beschermd tegen personen met een ouder zakelijk recht, voor zover niet ook voordien de mede-eigenaars als derde-verkrijger beschermd werden. Anders dan bij een overdracht is de publiciteit die aan de akte wordt gegeven (overschrijving bv.) dan ook zonder belang in geval van conflict met derden met een ouder zakelijk recht dan de deelgenoot<sup>7</sup>. Ook fiscaal wordt de verdeling – terecht – niet met een overdracht gelijkgesteld<sup>8</sup>.

### c. Geen ruil van aandelen

(6) Om te weten wat een verdeling niet is, kan men vervolgens kijken wat de gevolgtrekking zou zijn indien de verdeling translatief ware. Wat zou de verdeling inhouden indien ze translatief was ? Nemen we het eenvoudige geval waarin elke deelgenoot een deel van de goederen toebedeeld krijgt. Een translatieve operatie zou dan inhouden dat elke deelgenoot een aandeel in elk van de goederen die hem niet worden toebedeeld zou ruilen voor de aandelen van de anderen in de goederen die hem wel worden toebedeeld. Ruil is een titel van overdracht. In het geval waarin een van de deelgenoten geen goederen uit de gemeenschap toebedeeld krijgt, maar enkel een vergoeding, zou het om een verkoop gaan, een andere titel van overdracht.

Deze opvatting van de verdeling als een soort ruil van aandelen in afzonderlijke goederen noemt men de Romeinse (waarbij ik in het midden laat of dit ook daadwerkelijk de opvatting was van het klassieke of naklassieke romeins recht). Zij is duidelijk niet die van ons recht. Dit vinden we reeds duidelijk bij POTHIER : “*Le partage n’est donc pas considéré comme un titre d’acquisition par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu’ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés dans son lot*”<sup>9</sup>.

Nochtans, als het erom gaat de aard te bepalen van de rechten van de deelgenoten voor de verdeling, dan gaan de meeste auteurs in ons recht wél van die opvatting uit – ten onrechte. Zij gaan er namelijk ten onrechte van uit dat de mede-eigenaars van een boedel een aandeel

---

declaratieve operatie) blijft ze meestal gelijk.

<sup>7</sup> Dit sluit niet uit dat de levering zelf aan publiciteit kan onderworpen zijn om ze te kunnen tegenwerpen aan personen met een jonger zakelijk recht (d.w.z. om te vermijden dat latere verkrijgers te goeder trouw zouden zijn).

<sup>8</sup> Dit was voor POTHIER het allereerste rechtsgevolg van het feit dat de verdeling geen titel van overdracht is - *Traité des successions*, Ch. IV art. V § 1, p. 497 in uitg. Dupin, Brussel 1830.

<sup>9</sup> *Traité des successions*, Ch. IV art. V § 1, p. 497 in uitg. Dupin, Brussel 1830.

hebben in elk van de goederen van die boedel afzonderlijk.

d. Wel aanwas ten gevolge van afstand

(7) Bekijken we het resultaat nu vanuit het oogpunt van de deelgenoten aan wie het goed niet wordt toebedeeld. Zij dragen niets over aan de deelgenoot aan wie het wordt toebedeeld, dus ook geen aandeel in het goed. Maar zij verliezen wel hun rechten in het goed, en wel door een rechtshandeling. In hunnen hoofde is die rechtshandeling dan ook abdicatief, een afstand van de rechten die ze hadden in dat goed.

De deelgenoot aan wie een goed wordt toebedeeld verkrijgt dus géén rechten van de andere deelgenoten aan wie het niet wordt toebedeeld, maar zijn recht wordt wel sterker doordat het recht van die anderen op dat goed wegvallen. Waar hij voordien samen met die anderen eigenaar was van het goed, is hij nadien exclusief eigenaar. We noemen deze versterking aanwas. Deze aanwas vindt automatisch, van rechtswege plaats en vereist dus géén verkrijging door de persoon die ervan geniet (en als dusdanig evenmin zijn toestemming). Daarmee is niet in strijd dat de afstand heel vaak maar geschiedt onder voorwaarde van een afstand door de andere deelgenoten van hun rechten in andere goederen. De verdeling in enge zin, impliceert immers een verbintenisrechtelijke overeenkomst onder bezwarende titel, en dus ofwel afstand door de andere deelgenoten van hun rechten in andere goederen, ofwel een verplichting door een of meer andere deelgenoten aangegaan om een opleg te betalen (NB. de betaling daarvan houdt dan wél een overdracht in krachtens de oplegverbintenis, en is dus geenszins declaratief).

(8) Die aanwas – die in genoemde zin van rechtswege plaatsvindt - vinden we niet uitsluitend bij de verdeling. Het is immers geen gevolg van de verdeling in enge zin, maar van de combinatie van enerzijds bestaande mede-eigendom en anderzijds afstand van recht. We vinden het bv. ook wanneer een mede-erfgenaam de nalatenschap verwerpt, of wanneer hij kosteloos afstand doet van zijn rechten op een welbepaald goed. Afstand percipiëren we zelfs op de eerste plaats als een handeling om niet. Maar er blijkt dus dat er ook een afstand onder bezwarende titel mogelijk is: de verdeling is daar een toepassing van.

(9) Naast de aanwas die het gevolg is van mede-eigendom kennen we ook nog andere gevallen van aanwas in ons recht, met name door het wegvallen van een beperkt zakelijk recht: wanneer het vruchtgebruik wegvalt, het opstalrecht wegvalt e.d.m., groeit het recht van de eigenaar evenzeer aan, en ook hier verkrijgt de eigenaar niets van de vruchtgebruiker of opstalhouder maar gaat het alleen om de versterking van een recht dat hij reeds had.

Nu zijn er wel belangrijke verschillen tussen de ene en de andere situatie. Die verschillen hebben betrekking op de situatie voor de aanwas: de respectieve rechten van een mede-eigenaar verschillen duidelijk van die van enerzijds een blote eigenaar en anderzijds een vruchtgebruiker. Ook kan het vruchtgebruik wel aanwassen bij de eigendom, maar niet omgekeerd. Op die regel zijn er wel bepaalde uitzonderingen bij sommige vormen van erfrechtelijk en huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik - meer bepaald van de langstlevende echtgenoot<sup>10</sup>; krachtens uitdrukkelijke wetsbepalingen bestaat daar wél de mogelijkheid om het vruchtgebruik op declaratieve wijze om te zetten in de volle eigendom van een deel van de desbetreffende goederen<sup>11</sup> (art. 745<sup>quater</sup> v. BW). Opgemerkt kan worden dat het hier steeds gaat om goederen die voor de totstandkoming van de opsplitsing in blote eigendom en vruchtgebruik deel uitmaakten van een groter geheel van goederen. Indien de goederen van bij het begin (d.i. het openvallen van de nalatenschap c.q. de ontbinding van de huwgemeenschap) in volle eigendom waren toebedeeld, zou het dus ook een declaratieve toebedeling zijn geweest. Nu vindt die onder bepaalde voorwaarden met vertraging plaats, in wijziging van een oorspronkelijk andere wijze van toebedeling van die goederen (nl. opgesplitst in blote eigendom en vruchtgebruik). Dat het om een wijziging achteraf gaat verklaart allicht dat de wetgever gemeend heeft aan deze omzetting géén zgn. “terugwerkende kracht” te moeten verlenen. Zoals uit de bespreking van die zgn. terugwerkende kracht hierna moge blijken, betekent dit eigenlijk dat zolang de omzetting niet heeft plaatsgehad, de blote eigenaar en de vruchtgebruiker wel elk afzonderlijk bevoegd zijn om te beschikken over hun recht op de goederen.

(10) Keren we terug naar de aanwas uit mede-eigendom. Bij het begrip aanwas denken we immers niet alleen aan het aanwassen van rechten in één bepaald goed, maar aan aanwasbedingen of –regelingen waarbij het recht van één van de mede-eigenaars in het geheel van de goederen (de gehele boedel, bv. ook een huwgemeenschap of een maatschap) aangroeit. De vraag rijst of een dergelijke aanwas aan hetzelfde schema beantwoordt: is zij evenmin translatief? Vindt er dus evenmin een overdracht plaats tussen de partij die uitscheidt en zijn deelgenoten bij wiens aandeel dat van de eerstgenoemde aanwast?

Vooraleer hierop te kunnen antwoorden moeten we eerst nagaan wat de aard is van de rechten van een mede-eigenaar of deelgenoot. En we zullen zien dat er een belangrijk verschil is tussen die rechten bij de mede-eigendom van een afzonderlijk goed enerzijds en deze bij de mede-eigendom van een geheel van goederen (een boedel) anderzijds.

---

<sup>10</sup> In het Franse recht geldt dit op veel ruimere schaal. In de France Code Civil worden samen met de overeenkomsten betreffende onverdeeldheden ook overeenkomsten tussen vruchtgebruikers en blote eigenaars behandeld. En de regels betreffende overeenkomsten inzake mede-eigendom zijn volgens art. 815-18 CC van overeenkomstige toepassing.

<sup>11</sup> Zie hierover H. CASMAN, “De omzetting van het vruchtgebruik”, *TPR*, 1991, 803 v.; BROHEE-MANNES, “La conversion de l’usufruit du conjoint survivant”, *RNB* 1986, 218 v.

Om daartoe te komen beginnen we met het tweede traditionele kenmerk van de verdeling: de terugwerkende kracht ervan.

### 3 De zogenaamde terugwerking van de verdeling: uitdrukking van de beschikingsgebondenheid van goederen uit een gemeenschappelijk vermogen.

#### a. De zogenaamde terugwerking

(11) Inderdaad dient men het *declaratieve karakter in enge zin* goed te onderscheiden van de zogezegde *retro-activiteit* van de verdeling. Los van mogelijke verbintenisrechtelijke vragen (die uit de onderliggende verdelings- of andere overeenkomst voortvloeien, en die hier niet besproken worden), begrijpt men onder het declaratieve karakter van de verdeling traditioneel immers twee zaken die vaak worden verward<sup>12</sup>:

- enerzijds het declaratieve karakter in enge zin, dat hierboven werd besproken, en op de eerste plaats inhoudt dat wie uit verdeling verkrijgt slechts de bestaande titel voortzet. Zakenrechtelijk heeft die voortzetting van titel met name te maken met de rechten van derden die reeds bestonden op het ogenblik van het ontstaan van de gemeenschap (rechten waartegen bij verdeling, anders dan bij overdracht geen derdenbescherming kan worden aangevoerd);

- anderzijds de *zogezegde terugwerkende kracht* van een toebedeling uit een gemeenschap, die daarentegen te maken heeft met de rechten die derden tijdens de gemeenschap kunnen verkrijgen of zouden verkregen hebben op goederen van de gemeenschap, dus met het lot van *beschikkingen* die tijdens de duur van de gemeenschap hebben plaatsgevonden.

(12) Ik spreek hier van de zogezegde terugwerkende kracht, omdat het niet om een echte terugwerkende kracht gaat, maar om twee samenhangende regels, die achter deze zogezegde terugwerkende kracht schuilgaan, maar minder ver strekken dan een volledige terugwerkende kracht.

Een echte terugwerkende kracht zou immers alle beschikkingen ongedaan maken die in de tussentijd zijn gedaan. Echter :

- een beschikking over een goed uit de gemeenschap die bevoegdlijk voor gemene rekening is gebeurd (in overeenstemming met de bestuursregels van die gemeenschap) wordt niet tenietgedaan door de terugwerking;

---

<sup>12</sup> Zie voor het onderscheid tussen de terugwerking en de declaratieve werking terecht onder meer MARTY & RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey Paris 1983, nr. 806; MALAURIE & AYNES, *Les successions. Les libéralités*, Cujas Paris 1989, nr. 982-986, en in navolging daarvan G. VANDENBERGHE, "Onderscheid tussen overeenkomsten gelijkgesteld met verdeling of verkoop", *Not & Fisc. M.* 1992-10, (215) 221. Als elementen van declarativiteit zien deze schrijvers wel voornamelijk verbintenisrechtelijke vragen (regels betreffende de benadeling, het voorkeopsrecht van de pachter, e.d.). Aan de hier behandelde zakenrechtelijke vraag (voortzetting van titel en aanwas) wordt eigenlijk nauwelijks aandacht besteed.

- een beschikking over het aandeel in de gemeenschap als geheel wordt evenmin aangetast door de terugwerking van de verdeling : bij overdracht van het aandeel als geheel is het de verkrijger ervan die deelgenoot wordt en dus partij bij de verdeling, en wiens recht op de hem toebedeelde goederen zal aanwassen;
- de verplichtingen van de mede-eigenaars, meer bepaald tot bijdrage in de lasten van de mede-eigendom tijdens de duur ervan, gaan niet retro-actief teniet door de toedeling van het goed aan één van hen<sup>13</sup>.

Het is wél zo dat zo een deelgenoot zou willen beschikken over het aandeel dat hij zou hebben in een afzonderlijk goed van de gemeenschap (bv. door “zijn” helft van een onroerend goed uit een ruimere gemeenschap te hypothekeren), het volgende gevolg intreedt :

- wordt dat goed uiteindelijk niet aan hem toebedeeld, dan is die beschikking niet tegenwerpelijk aan de andere deelgenoten (hierin ziet men een "terugwerkende kracht");
- wordt dat goed uiteindelijk wél aan hem toebedeeld, dan is die beschikking perfect geldig.

Hieruit kan men m.i. niets anders afleiden dan :

- 1) dat een onbevoegde beschikking convalesceert wanneer de partij die ze verricht heeft ingevolge de verdeling toch bevoegd wordt;
- 2) in die gevallen waarin de verdeling zozeggd retro-actief werkt deelgenoten gewoon niét bevoegd zijn om voor eigen rekening te beschikken over een aandeel in een afzonderlijk goed van een ruimere (gebonden of ontbonden) gemeenschap.

(13) Beide regels zijn geen regels die uit de aard van de verdeling voortvloeien, maar die afhankelijk zijn van de aard van de mede-eigendom waaruit men toebedeeld heeft.

Deze zogenaamde retro-actieve werking vinden we namelijk in beginsel enkel wanneer de mede-eigendom betrekking heeft op een geheel van goederen (een boedel) – en niet wanneer de mede-eigendom eigendom betrekking heeft op een afzonderlijk goed (*ut singuli*). En dat hangt gewoon samen met de bevoegdheid die mede-eigenaars al dan niet hebben om te beschikken over gemeenschappelijke goederen:

- heeft de mede-eigendom betrekking op een geheel van goederen (een boedel), dan kunnen de mede-eigenaars afzonderlijk mogelijks wel over hun aandeel in het geheel beschikken, maar

---

<sup>13</sup> Zie onder meer Cassatie 4 mei 2001: “De bepaling krachtens welke iedere mede-erfgenaar geacht wordt alleen en onmiddellijk te zijn opgevolgd in alle goederen die in zijn kavel zijn begrepen of die hem bij veiling zijn ten deel gevallen en nooit de eigendom van de andere goederen van de nalatenschap te hebben gehad, heeft enkel betrekking op de verwerving van de eigendom van de goederen, alsmede het tenietgaan van op onverdeelde goederen gevestigde zakelijke rechten en de niet-tegenwerpelijkheid van daarop gevestigde persoonlijke rechten in het geval het goed wordt toebedeeld aan een andere mede-erfgenaar dan degene die het recht heeft gevestigd, maar bevat geen afwijkende regeling betreffende het toekomen van de vruchten van de onverdeelde goederen aan de deelgenoten en sluit dus niet uit dat de deelgenoot die alleen het onverdeelde goed heeft gebruikt of het exclusieve genot ervan heeft gehad een vergoeding verschuldigd is die tussen de deelgenoten dient verdeeld te worden”.

niet over een aandeel in de afzonderlijke goederen;

- maakt het goed echter geen deel uit van een ruimere gemeenschap, dan is een beschikking van een mede-eigenaar over zijn aandeel in de gehele mede-eigendom tegelijk ook een beschikking over zijn aandeel in het ene goed dat er het voorwerp van is, en kan hij dus daarover beschikken<sup>14</sup>.

Die zozegde terugwerkende kracht is eigenlijk niets anders dan de - erachter verscholen - beschikkingsonbevoegdheid over de (aandelen in) afzonderlijke goederen van de boedel, die we vinden telkens wanneer het aandeel van de deelgenoten slechts een abstract of onbepaald karakter heeft<sup>15</sup>.

#### b. Beschikkingsgebondenheid

(14) Het is dan ook merkwaardig dat er in ons recht nog getwijfeld wordt aan deze beschikkingsonbevoegdheid, behalve dan bij de niet ontbonden huwgemeenschap, maatschap, en de feitelijke vereniging (de zgn. gebonden gemeenschappen). Laat ons deze dan ook even nader bekijken.

Een gebonden gemeenschap impliceert een "beschikkingsgebondenheid". Tijdens de duur van een dergelijke gemeenschap mag over de goederen van deze gemeenschap slechts worden beschikt overeenkomstig de regels die voor het bestuur van die gemeenschap gelden. Dit geldt voor alle gemeenschappelijke goederen.

De bestuursbevoegdheid houdt de mogelijkheid in om "voor gemene rekening" over de goederen te beschikken. Deze bevoegdheid houdt op zichzelf nog geen vertegenwoordigings-

---

<sup>14</sup> Dit is bv. ook het geval wanneer het niet om een mede-eigendom gaat, maar om een opsplitsing in vruchtgebruik van de langstlevende en blote eigendom: de blote eigenaar c.q. vruchtgebruiker zijn juist wél beschikkingsbevoegd over hun recht ten aanzien van het geheel zowel als elk van de goederen; vandaar is het logisch dat art. 745 *sexies* § 4 bepaalt dat de omzetting van dit vruchtgebruik geen terugwerkende kracht heeft.

<sup>15</sup> Vgl. eerder onder meer J. KOHLER, "Le code civil dans la théorie et la pratique allemandes", in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Parijs 1904, p. (617) 619, - met verwijzing naar J. KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen zum gemeinem und französischen Civilrecht*, Mannheim 1883, p. 466 v., die aantoont dat deze regel precies de vertaling is van de regels van de *Gesamthand* en daaruit stamt, en niet uit de romeinsrechtelijke opvatting van de onverdeeldheid (waarbij geen terugwerking gold).

De uitwerking van de terugwerkende kracht van de verdeling in het oud-franse recht was dus duidelijk in strijd met de zgn. Romeinsrechtelijke opvatting van de mede-eigendom en hield tevens een keuze in voor een geheel andere opvatting van het aandeel in een boedel. Over de ontwikkeling van de regel van de terugwerkende kracht, zie, W.H. van HEMEL, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap*, Kluwer Deventer 1998, en verder onder meer G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, th. Parijs, LGDJ Parijs 1922, p. 48 v. (op p. 49-50 stelt hij dat de terugwerking van de verdeling oorspronkelijk slechts een noodzakelijk gevolg was van de bijzondere aard van de ervengemeenschap, maar op een bepaald ogenblik niet langer vandaaruit werd begrepen, wat grote moeilijkheden heeft veroorzaakt); P. VAN BEMMELEN, "Regtsgemeenschap", in *Regtsgeleerde opstellen*, I (1885-1889), Brill Leiden 1891, 296 v.

bevoegdheid in enge zin in<sup>16</sup>, waarmee bedoeld wordt de bevoegdheid om ook verbintenissen aan te gaan voor de andere deelgenoten, d.w.z. de anderen ook persoonlijk te verbinden.

(15) De bevoegdheid om, al dan niet in eigen naam, bestuurshandelingen te stellen is enkel een bevoegdheid om dit voor gemene rekening te doen (voor rekening van het gemeenschappelijk vermogen), en géén bevoegdheid om dit voor eigen rekening te doen (d.i. op rekening van zijn privé-vermogen) (noch om dit ten dele voor eigen en ten dele voor andermans rekening te doen).

Dit geldt zowel op verbintenisrechtelijk als op zakenrechtelijk vlak. Op verbintenisrechtelijk vlak betekent dit dat de bevoegdheid in het belang van de gemeenschap moet worden uitgeoefend (en niet in louter eigen belang).

Het bijzondere is dat bij de door het recht erkende gemeenschappen dit ook gevolgen heeft op zakenrechtelijk vlak: wanneer de handeling erin bestaat over de gemeenschappelijke goederen te beschikken of goederen te verkrijgen, is men niet enkel verplicht om dit voor gemene rekening te doen, maar wordt men ook geacht dit te hebben gedaan. Aan het verbintenisrechtelijk “niet anders mogen” beantwoordt in beginsel een zakenrechtelijk “niet bevoegd zijn”<sup>17</sup>. Men noemt dit ook de “beschikkingsgebondenheid” van de deelgenoten aan de gemeenschap: er is een gebondenheid aan het doel en de bestemming van het vermogen en aan de gemeenschappelijke bestemming van de goederen.

(16) Naast de beschikkingsbevoegdheid in enge zin houdt de bestuursbevoegdheid over de

---

<sup>16</sup> Uitvoeriger over het onderscheid tussen beide, in het kader van de maatschap : J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap", in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Biblio Kalmthout 1999, (205) 231 v. nr. 33 v.

<sup>17</sup> Dit is bij nader toezien niet zo eenvoudig verklaarbaar. In ons recht geldt, omwille van de *numerus clausus* van zakelijk werkende rechten, immers in beginsel juist dat verbintenisrechtelijke verplichtingen ten aanzien van goederen géén zakelijke werking hebben, tenzij ze in de vorm van een zakelijk recht kunnen worden gegoten. Zo bv. heeft een vervreemdingsverbod in beginsel geen zakelijke werking (en houdt het dus nog geen zakenrechtelijke onvervreemdbaarheid in). We moeten echter vaststellen dat het bij mede-eigendom van een algemeenheid van goederen anders is. Verderop wordt dit in verband gebracht met het onlichamelijk karakter van het aandeel, maar dit is natuurlijk geen verklaring : het gaat immers om twee facetten van hetzelfde verschijnsel. Positiefrechtelijk gezien is de verklaring dan ook gewoon dat blijkbaar ons recht het mede-eigendomsrecht van erkende algemeenheden van goederen ook als een bijzondere vorm van zakelijk recht beschouwt. Rechtstheoretisch anderzijds kan men wijzen op de gelijkenis met andere toestanden, waarin aan het niet mogen in beginsel eveneens een niet kunnen wordt gekoppeld; een mooi voorbeeld daarvan is de regel dat men in beginsel de titel van zijn bezit, juister de titel waaronder men een goed houdt, niet kan veranderen (“*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*”) - tenzij dan door de openlijke *interversio tituli* - (zie hiervoor art. 2231, 2236 en 2238 B.W.). De verklaring daar is dat de houder een “gebonden wil” heeft om te blijven houden voor wie hij heeft aangevangen te houden, en deze juridische wil kan slechts worden veranderd op de wijze door de wet bepaald (zie hierover A. PITLO, “Het binden van den wil in verband met de verkrijging van roerend goed”, *WPNR* 1940 nr. 3691). Een dergelijke verklaring kan m.i. ook worden gegeven voor de beschikkingsgebondenheid bij de gebonden gemeenschappen.

gemeenschappelijke goederen ook de bevoegdheid in om schulden aan te gaan die op de gemeenschappelijke goederen verhaalbaar zijn, en dus - omgekeerd gezien – de bevoegdheid om de gemeenschappelijke goederen te bestemmen tot onderpand van voor rekening van de gemeenschap aangegane schulden ("gemeenschappelijke schulden" c.q. "boedelschulden").

Door goederen in een dergelijke gemeenschap in te brengen en daarbij één of meer personen bestuursbevoegdheid te geven over die goederen onderwerpt men ze *ipso facto* aan verhaal voor dergelijke gemeenschapsschulden - en dit los van de vraag of de bestuurder van het vermogen verbintenisrechtelijk zichzelf bindt of niet, of al dan niet bevoegd is om andere gerechtigden persoonlijk te verbinden<sup>18</sup>. Ook dit is een aspect van de zgn. "beschikkingsgebondenheid" betreffende de goederen in een gebonden gemeenschap.

(17) Het feit dat er gemeenschapsschulden of boedelschulden zijn zoals hierboven aangegeven, wijst er reeds op dat de gemeenschap of boedel naast goederen (baten) ook lasten (schulden) "omvat", met andere woorden dat deze inderdaad een afgescheiden vermogen vormt ("omvat" is eigenlijk geen correcte uitdrukking: de schulden zijn niet zozeer bestanddelen van het vermogen, als lasten die erop kunnen worden verhaald). Een kenmerk daarvan is o.a. dat de schuldeisers van gemeenschappelijke schulden op de activa van dat vermogen voorrang hebben op die van eigen schulden van een mede-eigenaar. Dit aspect en enkele andere heb ik eerder beknopt uitgewerkt in mijn genoemde bijdrage "Van trust gespeend ?", TPR 1998, p. 795 v. en wordt hier niet verder behandeld.

#### 4. De aard van het recht op de goederen van een gemeenschappelijk vermogen

##### a. Het recht van de mede-eigenaar is geen recht op aandelen in afzonderlijke goederen

(18) Deze twee aspecten (beschikkingsgebondenheid en bestaan van activa en passiva) kunnen ons ook reeds tonen wat de aard is van het recht dat de gerechtigde (of mede-gerechtigde) heeft op dit vermogen: het is géén recht op elk van de goederen afzonderlijk (bv. een onverdeeld aandeel in elk van die goederen), maar enkel een recht op – en met name een "aandeel" in - dat vermogen als geheel (met activa én onderworpen aan passiva).

Het onderbrengen van goederen in een dergelijke gemeenschap houdt immers ook in dat een deelgenoot niet alleen slechts dan voor gemene rekening kan beschikken over een goed of een deel ervan indien hij daartoe (bestuurs)bevoegdheid heeft, maar ook dat hij helemaal níet voor eigen rekening kan beschikken over een gemeenschapsgoed en ook niet over een (met zijn globaal aandeel in de gemeenschap overeenstemmend) aandeel in zo'n goed<sup>19</sup>. Zijn mede-

<sup>18</sup> Zie voor wat betreft de maatschap J. VANANROYE, in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, (205) 284 v.

<sup>19</sup> Juister gezegd: hij heeft daartoe niet de zakenrechtelijk vereiste beschikkingsbevoegdheid. Dit sluit natuurlijk niet uit dat zo dit ondanks onbevoegdheid toch gebeurt, de derde-verkijgers te goeder trouw onder bepaalde

eigendomsrecht is dus onderworpen aan de (beschikkings)gebondenheid van de gemeenschap<sup>20</sup>. Het gaat hier niet enkel om een inwendige verplichting tussen deelgenoten, die louter verbintenisrechtelijk zou werken, maar om een onbevoegdheid die uit de zakenrechtelijke positie, namelijk mede-eigendom van een algemeenheid, voortvloeit<sup>21</sup>. Het bestuur van een gemeenschap, die een geheel van goederen omvat, wordt immers onmogelijk, wanneer de afzonderlijke deelgenoten zouden kunnen beschikken over een aandeel in afzonderlijke goederen van die gemeenschap<sup>22</sup>. Bovendien zou het een inbreuk zijn op de regel dat de gemeenschappelijke goederen in hun geheel onderworpen zijn aan het verhaal voor gemeenschapsschulden.

Een aandeel in een gemeenschappelijk goed afzonderlijk bekeken blijft dus iets gemeenschappelijks; over een dergelijk aandeel kan natuurlijk wel worden beschikt zoals over een gemeenschappelijk goed (zie hierboven)<sup>23</sup>.

Dit is dus de regel die verborgen zit achter de zogenaamde retro-activiteit van de verdeling.

Uit het feit dat die retro-activiteit precies ook voor niet-gebonden mede-eigendom van een geheel van goederen geldt (de ontbonden huwgemeenschap, maatschap, enz.), en verder in het bijzonder de ervengemeenschap (nalatenschap) geldt, blijkt dat dezelfde beginselen ook daar gelden.

#### b. De aard van het mede-eigendomsrecht en de twee niveaus die erin moeten worden onderscheiden

(19) Met andere woorden, het recht van de deelgenoot van een gemeenschappelijk vermogen heeft géén betrekking op aandelen in afzonderlijke goederen (*ut singuli*), maar betreft een aandeel in het geheel van de goederen. Het gaat om een “abstract” of “onbepaald” aandeel

---

voorwaarden zullen worden beschermd.

<sup>20</sup> Zie voor de maatschap K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht dooreengeschied voor de eeuwwende”, in *De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, Biblo Kalmthout 1995, (13) 28; K. GEENS e.a., “Overzicht van rechtspraak vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, randnr. 41. Vgl. eerder onder meer L. JOSSERAND, “Essai sur la propriété collective”, in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Parijs 1904, I, p. (355 v.) 375. Men kan een toepassing daarvan zien in art. 26 Wb. Venn. (voorheen art. 1849 B.W.). Zie voor Nederland ASSER-MAEIJER, *Asser's handleiding 5 : Bijzondere overeenkomsten, deel V. Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap*, Tjeenk Willink Zwolle (6) 1995, nr. 165 v.; PITLO-CAHEN, *Korte uitleg*, 11e uitg. 1988, 71.

<sup>21</sup> Men zou ook kunnen zeggen dat dit voortvloeit uit de aard van het mede-eigendomsrecht in een algemeenheid, dat krachtens onze wetgeving een onlichamelijk zakelijk recht is.

<sup>22</sup> Dit verklaart waarom deze regel ook na de ontbinding van de gemeenschap kan blijven gelden, zie verder.

<sup>23</sup> Theoretisch is het ook mogelijk dat bevoegd wordt beslist het goed uit de gemeenschap te halen en tot voorwerp van een eenvoudige onverdeeldheid van één enkel goed te maken. Dat vereist natuurlijk wel instemming van alle deelgenoten of bestuursbevoegdheid.

in het geheel van goederen<sup>24</sup>, dat gekwalificeerd moet worden als een "onlichamelijk goed" (dit blijkt *a fortiori* uit art. 1696 v. B.W.)<sup>25</sup>.

Dit spoort ook met de analyse van de verdeling als declaratieve handeling. Daaruit moeten we namelijk afleiden dat de deelgenoot aan wie een bepaald goed uit een boedel wordt toebedeeld zakenrechtelijk niets verkrijgt van de andere deelgenoten. Voordien was hij reeds eigenaar van het goed samen met anderen, nu is hij door het wegvallen van die rechten van de anderen de enige eigenaar van dat goed geworden. Dat betekent eigenlijk dat gedurende de gemeenschap elke deelgenoot in zekere zin eigenaar is van elk van de gemeenschappelijke goederen in zijn geheel, zij het samen met anderen. Wanneer een van die anderen wegvalt, verkrijgt de deelgenoot echter niets wat hij niet al had: hij was reeds eigenaar van de zaak in zijn geheel, en zet dat eigendomsrecht voort.

(20) Dit lijkt strijdig met het feit dat elk van de mede-eigenaars tijdens de gemeenschap dan toch maar een aandeel in die gemeenschap heeft, en, meer nog, in vele gevallen ook over dat aandeel kan beschikken.

Die paradox kan men maar oplossen door een onderscheid te maken tussen de rechten op de afzonderlijke goederen en de rechten op het gemeenschappelijk vermogen als geheel. Enkel het recht op het vermogen als geheel, dat een onlichamelijk recht is, bestaat uit aandelen. Het recht op elk van de afzonderlijke goederen, dat aan alle mede-eigenaars toekomt, heeft ondeelbaar (onsplitsbaar) betrekking op dat goed in zijn geheel, niet op een aandeel in dat goed. Voor en na de verdeling heeft dat recht precies hetzelfde voorwerp.

(21) Aldus corresponderen die vormen van mede-eigendom in ons recht in grote mate met de Duitse *Gesamthand* - in Zwitserland *Gesamteigentum* – of de Engelse *joint ownership*<sup>26</sup>. In het Duitse en het Zwitserse recht bestaan er volgens vele schrijvers, anders dan in een *Miteigentum* of *Bruchteils-gemeinschaft*, in een gezamenlijke eigendom géén aandelen die een zakelijk recht op de goederen zouden vertegenwoordigen, maar enkel “*Anwartschaftsquoten*”<sup>27</sup>. Evenzeer bestaat er in het Anglo-Amerikaanse recht bij “*joint onwership*” maar één enkel ondeelbaar “*legal right*” op elk van de goederen die eronder vallen, maar hebben de deelgenoten wel afzonderlijke “*equitable interests*” in dat recht of het

<sup>24</sup> POTHIER, *Successions*, IV. 5 § 1 spreekt van een “*droit indéterminé*”.

<sup>25</sup> A. KLUYSKENS, *Zakenrecht* (1940), p. 103 nr. 92.

<sup>26</sup> Voor een erg beknopt overzicht van de regeling van de gezamenlijke eigendom of *Gesamthand* in ons recht, zie mijn genoemde bijdrage in TPR 1998, p. 795-801; bepaalde aspecten ervan zijn ook uitgewerkt in mijn syllabi Algemeen zakenrecht op <http://www.storme.be/zakenrecht.html>, Deel I, en Inleiding Zekerheden, <http://www.storme.be/zekerhedenpub.html>, deel I.

<sup>27</sup> Hierover zijn in het verleden in de rechtsleer felle discussies gevoerd. Nader over deze discussie J.B. VEGTER, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht*, Kluwer Deventer 1989, p. 88 v.; G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, p. 91 v. met verwijzingen. Zie bv. P. VAN BEMMELLEN, in *Regtsgeleerde opstellen*, I, (255) 259 v.

geheel van die rechten.

Achter deze termen schuilen gedeeltelijk verschillende regels, maar toch evenzeer een in zijn grondtrekken gemeenschappelijke rechtsfiguur. Het is door een reeks misverstanden in de negentiende eeuw dat het begrip van de gezamenhandse eigendom in ons recht in de verdrukking is gekomen, hoewel het er in zekere mate altijd deel heeft van uitgemaakt<sup>28</sup>. Het is daarom niet zo dat deze vorm van mede-eigendom in ons recht alle regels kent die in andere landen bij deze vorm van eigendom te vinden zijn, maar wel dat de grondtrekken dezelfde zijn - zodat het geen zin heeft om de zgn. *propriété collective* tegenover de *propriété en main commune* te stellen, zoals DE PAGE deed<sup>29</sup>. Natuurlijk gaat het bij de hedendaagse *Gesamthand* niet om de primitieve Germaanse rechtsfiguur, waarin het collectief familiaal vermogen zijn uitdrukking vond, maar om de *Gesamthand* zoals die zich in de loop der eeuwen in heel Europa in verschillende varianten heeft ontwikkeld (onder meer ook onder gedeeltelijke invloed van het Romeinse recht), en die dus zoals omzeggens alle rechtsfiguren een gemengde oorsprong heeft, en in de negentiende-eeuwse rechtsleer (en sommige wetgeving) vaste vorm heeft gekregen. De *propriété collective* van DE PAGE is niets anders dan die moderne *Gesamthand*. Het algemeen kenmerk van die figuur is immers juist de onbevoegdheid over aandelen in afzonderlijke goederen te beschikken<sup>30</sup>. Andere kenmerken daarentegen - zoals de niet-overdraagbaarheid van het aandeel, of het beginsel van aanwas bij uitscheiden van een deelgenoot (ook zonder dat die bedongen is) - vinden we slechts bij bepaalde vormen, maar niet bij andere.

Dit onderscheid tussen twee niveaus vinden we natuurlijk nog duidelijker bij vennootschappen met rechtspersoonlijkheid; in dit bestek kan ik echter niet verder ingaan op de gelijkenissen en

---

<sup>28</sup> Zie voor deze geschiedenis o.m. J. CALLEWAERT, "Réflexions sur les préalables à une harmonisation globale du droit des sociétés en Europe", *R.Prat.Soc.* 1989, 5 v. nr. 6502, meer bepaald p. 12 v. met verwijzing naar de werken van SALEILLES; Joseph RICOL, *La copropriété en main commune (Gesammte hand) et son application possible en droit français*, doct. pr. Toulouse 1907, passim; J. BONNECASE, "L'institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du droit matrimonial français", *Ann. Univ. Grenoble* 1909, XXI-3 p. 607 v. en 1910, XVII-1, p. 1 v.; S.J. FOCKEMA ANDREAE, "De gezamenhand naar de Oud-Nederlandsche rechten", in *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde*, reeks 3 deel IV (1887), 15 v. In de Nederlandse rechtsleer bleef de onderscheiding overigens, net als in de Duitse, ook in de negentiende eeuw bekend en voorwerp van discussie. Zie bv. GRATAMA, "Aard en wezen der gemeenschap", *Themis* 1856, 1 v.; P. VAN BEMMELEN, "Regtsgemeenschap", in *Regtsgeleerde opstellen*, I, (255) 280 v. en verwijzingen bij NABER, *Een nieuwe studie over de mede-eigendom*, overdruk uit *W. Not.* 1913-1914. Voor de kenmerking van de huwgemeenschap als *Gesamthand* in de Franse rechtsleer, zie onder meer MASSE, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, pr. Parijs 1902, en J. BONNECASE, "L'institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du droit matrimonial français", *Ann. Univ. Grenoble* 1909-1910, m.b. 1909, p. 626 v.

<sup>29</sup> H. DE PAGE, *Traité* V nr. 1151 v. Volgens hem zou de *propriété collective* in ons recht zou bestaan, en de *propriété en main commune* niet. In het klassieke artikel van L. JOSSERAND, "Essai sur la propriété collective" in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, gebruikt deze de term evenwel duidelijk in de zin van *Gesamthand*.

<sup>30</sup> Vgl. G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, p. 98.

verschillen tussen de vennootschappen met en zonder rechtspersoonlijkheid<sup>31</sup>. In het zakenrechtelijk statuut van de aandelen zijn er naast gelijkenissen (zoals het onlichamelijk karakter) ook belangrijke verschillen (aandelen in een vennootschap zijn rechten jegens de vennootschap, die in een maatschap rechten tussen de maten onderling), zodat hetgeen verder in deze bijdrage wordt gezegd over aandelen in gebonden gemeenschappen niet zomaar geldt voor aandelen in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

(22) Samenvattend kunnen we stellen dat bij een gemeenschappelijk vermogen het recht op de afzonderlijke bestanddelen ervan aan alle deelgenoten “gezamenlijk”, of zo men wil “ondeelbaar” of “onsplitsbaar”, toekomt, en dus slechts kan worden uitgeoefend voor gemene rekening door diegene die daartoe bevoegd is, maar anderzijds elke deelgenoot afzonderlijk wel beschikt over een “aandeel” in dat vermogen, dat een onlichamelijk recht is waarover hij in de meeste gevallen onder bepaalde voorwaarden afzonderlijk kan beschikken.

##### 5. De mede-eigendom van een afzonderlijk lichamenlijk goed (zaaksgemeenschap)

(23) Vooraleer iets meer te kunnen zeggen over de aard van het aandeel van elke mede-eigenaar als recht op het geheel (en niet op afzonderlijke goederen), en wat de gerechtigde daar al dan niet mee kan doen (bv. overdragen, laten aanwassen bij dat van een andere deelgenoot, e.d.m.), moeten we eerst even onze basishypothese verlaten en een kijkje nemen bij de mede-eigendom van één enkele zaak. Bij een dergelijke mede-eigendom bestaat er immers géén onderscheid tussen het aandeel in het geheel en dat in een afzonderlijke zaak, aangezien er maar één zaak is<sup>32</sup>.

De gevolgen van die vorm van mede-eigendom zijn dan ook in meerdere opzichten anders.

(24) Op de eerste plaats staat buiten kijf dat de mede-eigenaar zijn aandeel in de gemeenschappelijke zaak kan overdragen en bezwaren met zakelijke rechten (zie art. 577-2 B.W.).

(25) Vervolgens zal er meestal geen eigenlijke “verdeling” kunnen plaatsvinden, aangezien er maar één zaak is, en kan men dan slechts uit onverdeeldheid treden door de gehele zaak toe te

---

<sup>31</sup> Zie vrij overtuigend K. GEENS en J. VANANROYE, "De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen", in *Rechtspersonenrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1998-99*, W. van Eeckhoutte (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1999, 425-487.

<sup>32</sup> Bij een boedelgemeenschap is het ook mogelijk dat deze in het begin maar uit één goed bestaat; het gaat echter wel om een boedelgemeenschap of gemeenschappelijk vermogen (en niet slechts om een onverdeeldheid van één enkele zaak) wanneer die gemeenschap potentieel op een veelheid van goederen kan slaan, bv. ingevolge zakelijke subrogatie. Zie hierover H. CASMAN, "Gemeenschap beperkt tot één goed?", in *Liber amicorum Edmond Bouttiau & Jacques Demblon* (1987), 27 v., i.h.b. 37 nr. 16.

bedelen aan één van de mede-eigenaars (al dan niet tegen opleg) of aan een derde (al dan niet tegen betaling van een prijs, die dan kan worden verdeeld).

Verder heeft een dergelijke toebedeling van het goed aan één van de mede-eigenaars geen terugwerkende kracht; de zgn. terugwerkende kracht geldt enkel voor de verdeling van een geheel van goederen<sup>33</sup>. Dit is ook gemakkelijk te verklaren vanuit onze reeds gemaakte analyse: die zogenaamde terugwerking drukt immers uit dat de mede-eigenaar van een boedel slechts over zijn aandeel in de gehele gemeenschap kan beschikken en niet over een aandeel in de afzonderlijke goederen. Bij de onverdeelde van een enkele zaak is het aandeel in de gehele gemeenschap echter tegelijk ook het aandeel in die zaak. De mede-eigenaar kan dus in beginsel wel beschikken over zijn aandeel in die zaak, zonder dat dit door de zogenaamde terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt.

Wel is het mogelijk dat een afzonderlijke zaak niet echt onverdeeld is, maar is aangekocht door elk van beide kopers onder ontbindende voorwaarde van vooroverlijden. Dit is één van de mogelijke varianten van de zgn. tontine (een andere komt hieronder nog aan bod), overigens een variëteit die tot veel problemen leidt (tijdens het leven van beiden weet men niet wie er achteraf gezien retro-actief de enige eigenaar is<sup>34</sup>; bij het eerste overlijden komt dat vast te staan en dient de langstlevende het deel van de prijs dat hij niet betaald heeft aan de nalatenschap van de eerststervende te betalen<sup>35</sup>, e.d.m.). Hier is dus wel sprake van retro-activiteit, maar niet van mede-eigendom. Het zakenrechtelijk statuut wordt hier enkel bepaald door de bedingen in de verkrijgingstitels, niet door een overeenkomst tussen mede-eigenaars.

(26) Tenslotte moeten we de vraag stellen of de toebedeling van zo'n gemeenschappelijke zaak aan één van de mede-eigenaars declaratief kan gebeuren, dan wel enkel door overdracht van het aandeel van de ene aan de andere.

Welnu, indien men ervan uitgaat dat de mede-eigenaars tijdens de duur van de mede-eigendom geen "beperkt" recht hebben op de zaak, maar wel een "volledig" recht op een onverdeeld aandeel van de zaak, dan kan de toekenning van de volledige zaak aan één van de onverdeelde

---

<sup>33</sup> Zo o.m. (met argumentatie) H. CASMAN, "Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken", in *Liber Amicorum G. Baeteman*, (3) 8 v. Anders in het huidige Franse recht, waar men enkel de zaaksgemeenschap kent, maar toch de uit de boedelgemeenschap afkomstige regeling heeft behouden. De zgn. terugwerkende kracht was in het Romeinse recht (dat in beginsel enkel de zaaksgemeenschap kende) onbekend, en werd in het oud-Franse recht in beginsel enkel toegepast bij de boedelgemeenschap, m.b. tussen erfgenamen - zie voor deze geschiedenis o.m. P. VAN BEMMELEN, "Regtsgemeenschap", in *Regtsgeleerde opstellen*, I, (255) 297 v. POTHIER lijkt de regels inzake ervengemeenschap te veralgemenen naar elke mede-eigendom (*Vente*, nr. 630), doch in de Code civil is daarvan geen spoor te vinden, noch in de daaropvolgende commentaren van bv. DELVINCOURT, TOULLIER of DURANTON.

<sup>34</sup> Dit probleem kan gedeeltelijk opgevangen worden door alle beschikkingen over de zaak gezamenlijk te laten plaatsvinden of door de ene krachtens volmacht van de andere.

<sup>35</sup> Dit probleem kan gedeeltelijk opgevangen worden door los van de aankoop door beiden ook onderling een kansovereenkomst te sluiten, waarbij de langstlevende de gehele waarde krijgt.

mede-eigenaars slechts door middel van een overdracht geschieden (de hogergenoemde “romeinse” opvatting). De afstand door een mede-eigenaar van zijn aandeel kan dan immers geen louter uitdovende afstand zijn, maar slechts een afstand *in favorem*, die een translatieve handeling is. Ook art. 577-2 §§ 4 en 9 heeft het over het overdragen en/of met zakelijke rechten bezwaren van het aandeel in de gemeenschappelijke zaak.

Onder voorbehoud van bijzondere regels bij de mede-eigendom van onlichamelijke goederen, besluit ik dan ook dat de toebedeling van een gemeenschappelijke zaak aan één van de mede-eigenaars géén declaratieve, maar een translatieve handeling is, nl. de overdracht van een aandeel. Voor dat overgedragen aandeel is de overeenkomst krachtens dewelke die overdracht gebeurt de verkrijgingstitel, en niet de overeenkomst krachtens dewelke het goed eerder door de mede-eigenaars elk voor hun aandeel werd verkregen. Het is dan ook ten onrechte dat de regel van art. 577-2 § 8 (die de gewone mede-eigendom van een afzonderlijk goed betreft) in het algemeen verwijst naar de regels inzake verdeling, daar althans de zakenrechtelijke regels betreffende de verdeling niet van toepassing zijn<sup>36</sup>.

(26) Dit sluit niet uit dat de mede-eigenaars kunnen overeenkomen dat de langstlevende eigenaar wordt van de gehele zaak. Enkel zal een dergelijke aanwasbeding een overeenkomst tot overdracht van een aandeel onder opschortende voorwaarde én termijn inhouden (de verbintenis is onderhevig aan een voorwaarde van vooroverlijden, de overdracht zelf geschiedt onder termijn van overlijden en dus niét retro-actief). Hte is geen aanwas in declaratoire zin, maar slechts in oneigenlijke zin. De gevolgen van een dergelijke overeenkomst in zo'n geval moeten dan ook vanuit die kwalificatie worden bepaald. Tenzij de overeenkomst een kansovereenkomst is, gaat het hier om een overeenkomst om niet.

## 6. De mede-eigendom van onlichamelijke goederen in het algemeen

Gelden deze regels nu ook voor de mede-eigendom van een afzonderlijk onlichamelijk goed? We bespreken twee vormen van onlichamelijke goederen in het bijzonder: de schuldvordering en het vruchtgebruik. Nadien gaan we na of de daarbij gewonnen inzichten ook gelden voor het aandeel in een gemeenschappelijk vermogen als een aparte vorm van onlichamelijk goed.

### a. Schuldvorderingen

(27) Het zakenrechtelijk statuut van onlichamelijke goederen wordt in ons recht in beginsel beheerst door dezelfde regels als dat van lichamelijke goederen, evenwel met belangrijke nuances. Ik heb dit, met de genoemde schakeringen, voor schuldvorderingen eerder uitgewerkt in bijdragen waar ik hier gemakshalve naar verwijst<sup>37</sup>. Daaruit blijkt meer bepaald dat de

<sup>36</sup> Vergelijkbaar Vgl. H. CASMAN, “Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, 3 v.

<sup>37</sup> “Van trust gespeend”, *TPR* 1998, 703 v., i.h.b. 724 v. randnr. 25 en v., verder uitgewerkt in “De drievoudige

normale regels van zakenrecht bij schuldvorderingen terzijde kunnen worden geschoven in zoverre dit gebeurt door de inhoud zelf van de schuldvordering te wijzigen, d.i. in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. De modaliteiten van een schuldvordering (bv. overdraagbaarheidsbeperkingen, ondeelbaarheid, onbeschikbaarheid, enz.) die tussen schuldeiser en schuldenaar zijn overeengekomen, hebben externe werking omdat zij tot de inhoud zelf van het recht behoren (dit onder voorbehoud van abstractie die daarvan zou worden gemaakt wanneer de schuldvordering in een waardepapier wordt belichaamd).

(28) Passen we deze beginselen toe op de schuldvordering in mede-eigendom. In beginsel gelden daarvoor dus dezelfde regels als voor de onverdeeldheid van een enkele zaak. De mede-eigenaars kunnen elk afzonderlijk over hun aandeel in de schuldvordering beschikken, dit innen, overdragen, in pand of vruchtgebruik geven, e.d.m. De toebedeling van zo'n vordering in haar geheel aan één van de mede-eigenaars werkt niet retro-actief, en is geen declaratieve maar een translatieve handeling. Waar deze regels gelden spreken we traditioneel van deelbare schuldvorderingen (*créances divisibles, several claims*).

(29) Een schuldvordering in mede-eigendom kan evenwel ondeelbaar zijn ingevolge een beding tussen schuldeisers en schuldenaar of krachtens de wet (niét door middel van een overeenkomst tussen de schuldeisers onderling). In dat geval zijn de rechtsgevolgen zeer gelijkaardig aan die van de gezamenlijke eigendom (*Gesamthand, joint property*), ook al betreft de eigendom hier slechts één enkel goed en geen geheel van goederen<sup>38</sup>. De schuldeisers kunnen enkel gezamenlijk over de schuldvordering beschikken, of althans enkel voor gemene rekening (dus eventueel wel een enkele schuldeiser met volmacht van de andere), en niet elk afzonderlijk over hun aandeel. Indien een van de schuldeisers afstand doet van zijn recht, of – bij een schuldvordering *intuitu personae* – sterft, dan wast zijn aandeel aan aan dat van de andere schuldeiser(s). De toebedeling van de schuldvordering in zijn geheel aan één van de mede-eigenaars werkt dan ook declaratief en zogenaamd retro-actief. Niet toevallig heet de ondeelbare schuldvordering in het Engelse recht een *joint claim*.

#### b. Vruchtgebruik

(30) Vervolgens rijst de vraag of deze nuance ook geldt bij vruchtgebruik op een lichamelijk goed. Nu is het ook daar in beginsel zo dat de mede-eigendom van vruchtgebruik aan dezelfde regels onderworpen is als die van een zaak. De vruchtgebruikers kunnen elk afzonderlijk over hun aandeel in het vruchtgebruik beschikken, dit overdragen, in pand geven, e.d.m. De toebedeling van zo'n vruchtgebruik in haar geheel aan één van de mede-eigenaars werkt niet

---

gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming", *Feestbundel Walter van Gerven*, Kluwer Antwerpen 2000, 329-342 (ook op <http://www.storme.be/3voudigegelaagdheid.html>) en meest recent in mijn *Algemeen zakenrecht IA*, op <http://www.storme.be/zakenrechtpub.html>, hoofdstuk VI.

<sup>38</sup> Ons recht kent naast de deelbare en de ondeelbare schuldvordering ook nog de hoofdelijke schuldvordering. Uitwerking daarvan zou ons evenwel te ver leiden.

retro-actief, en is geen declaratieve maar een translatieve handeling.

(31) Doch daarnaast kent ons recht ook een andere vorm van gemeenschappelijk vruchtgebruik, wanneer dit namelijk ondeelbaar op meerdere hoofden is gevestigd. Ook hier zijn de rechtsgevolgen gelijkaardig aan die van de gezamenlijke eigendom (*Gesamthand, joint property*), ook al betreft de eigendom ook hier slechts één enkel goed en geen geheel van goederen. De vruchtgebruikers kunnen enkel gezamenlijk over het vruchtgebruik beschikken, of althans enkel voor gemene rekening (dus eventueel wel een enkele vruchtgebruiker met volmacht van de andere), en niet elk afzonderlijk voor hun aandeel. Doet een van de vruchtgebruikers afstand van zijn recht, of overlijdt hij, dan wast zijn aandeel aan aan dat van de andere vruchtgebruiker(s).

Wanneer de aanwas van het meerhoofdig vruchtgebruik van de eerstoverledene bij dit van de langstlevende wel eens geconstrueerd wordt als een last van de verkrijger van de blote eigendom, opdat het niet zou gaan om een overdracht tussen echtgenoten, waarvan de geldigheid betwistbaar zou zijn, is dit dus een overbodige constructie. In zoverre immers in de rechtsverhouding met de blote eigenaar (en niet louter tussen de vruchtgebruikers onderling) overeengekomen is dat het vruchtgebruik meerhoofdig of gezamenlijk is, gelden de zopas genoemde regels.

#### 7. Het aandeel in een gemeenschappelijk vermogen als afzonderlijk goed.

(32) Dezelfde vragen rijzen tenslotte bij het aandeel in een gemeenschappelijk vermogen op zichzelf bekeken, waarvan we hoger reeds vaststelden dat het om een onlichamelijk goed gaat. Om de uiteenzetting beperkt te houden, gaan we er van uit dat het om aandelen in mede-eigendom gaat, al bestaan er natuurlijk ook andere vormen van gezamenlijke rechten waarin meerdere rechthebbenden een aandeel hebben (bv. mede-vruchtgebruik over een vermogen, de saisine van de erfgenamen, het collectief pandrecht van de samenlopende schuldeisers, het collectief *Anwartschaftsrecht* van de certificaathouders van gecertificeerde effecten). Bekijken we de aard van zo'n aandeel in een gemeenschappelijk vermogen even nader.

(33) In mijn genoemde eerdere bijdrage ben ik niet ingegaan op de vraag of de nuances die we vonden bij schuldvorderingen ook gelden voor aandelen in gemeenschappelijke vermogens als een andere vorm van onlichamelijke goederen. Aangezien de gebonden gemeenschap meestal niet enkel schuldvorderingen omvat, maar ook roerende zaken en/of onroerend goed, kan de regel die geldt bij schuldvorderingen niet zomaar worden overgedragen: bij een dergelijk aandeel is er, anders dan bij een aandeel in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, géén “schuldenaar” met wie dergelijke afspraken zouden worden gemaakt. De afspraken en

bedingen waar het hier over gaat (overdraagbaarheidsbeperkingen, verblijvens- en voorzettingsbedingen e.d.) zijn niet gemaakt met de schuldenaars van de goederen, maar met de mede-eigenaars ervan.

Desondanks stellen we vast dat ook hier de interne afspraken - en intern betekent hier “tussen de mede-eigenaars” en niet “tussen schuldeiser en schuldenaar” – bij sommige vormen van gemeenschap een soort zakelijke werking hebben. Dit is ook begrijpelijk. Waar de schuldvordering een onlichamelijk goed is dat tegen een of meer bepaalde personen, nl. de schuldenaar, wordt uitgeoefend, is het mede-eigendomsrecht in dergelijke gemeenschappen een onlichamelijk goed dat eveneens tegen een of meer bepaalde personen wordt uitgeoefend, nl. de mede-eigenaars in hun geheel (als *collectivité* of *Gesamtheit*).

Net zoals andere onlichamelijke goederen zijn ook dergelijke aandelen in beginsel aan de klassieke beginselen van het zakenrecht onderworpen, maar vloeien uit de aard van het recht belangrijke schakeringen voort. Aldus zijn aandelen in een vermogen in beginsel overdraagbaar, beslagbaar en vatbaar voor bezwaring met zakelijke rechten (met name vruchtgebruik en in zekere mate ook pand), zij het dat er toch een reeks bijzondere regels gelden. Zo zijn er een reeks beperkingen aan de overdraagbaarheid van dergelijke rechten. Vele daarvan vloeien voort uit de uitwendige werking van de interne verhouding en komen dadelijk ter sprake. Andere zijn gerechtvaardigd omwille van gelijkaardige bekommernissen als sommige overdraagbaarheidsbeperkingen bij schuldvorderingen, in het bijzonder de bescherming van de gerechtigde zelf. Dat verklaart bv. mede de niet-overdraagbaarheid en onbeslagbaarheid van rechten op niet opengevallen nalatenschappen.

(34) Net zoals andere onlichamelijke goederen – en anders dan zaken – bestaat een aandeel in een gemeenschappelijk vermogen immers niet zomaar, maar slechts voor zover er inderdaad een vermogen is van een bepaalde aard, waarvoor een bepaald regime geldt. Sommige van die vermogens zijn in ons recht “gebonden gemeenschappen”, en omdat het aandeel in zo’n gemeenschap daardoor gespecificeerd wordt tot wat het is, kan deze gebondenheid ook externe werking hebben.

De bij de rechtsverhouding betrokken partijen - dit zijn de verschillende mede-eigenaars of andere gerechtigden op het gemeenschappelijk vermogen - kunnen binnen de grenzen van de dwingende bepalingen die voor de betrokken rechtsfiguur (huwgemeenschap, maatschap, nalatenschap) gelden, deze interne verhouding dan ook nader bepalen bij consensus van alle gerechtigden, of misschien juist, voor zover zij beschikkingsbevoegd zijn (wat in beginsel de medewerking van alle gerechtigden vereist). Dit bepaalt mede de (on)overdraagbaarheid van de aandelen, de (on)deelbaarheid ervan, het plaatsvinden van aanwas, e.d.m. De klassieke

beginselen van zakenrecht – zoals het beginsel van overdraagbaarheid, het eenheids- en het specialiteitsbeginsel - zijn ook bij dergelijke rechten dus uitermate “betrekkelijk”.

Anderzijds geldt die externe werking enkel voor modaliteiten die voortvloeien uit de interne verhouding zelf, uit het statuut van de goederen als voorwerp van een gebonden vermogen. Het aandeel zoals het door die interne verhouding gespecificeerd is, is wel onderworpen aan de klassieke beginselen: overeenkomsten tussen een mede-eigenaar en een derde, of zelfs een andere mede-eigenaar die niet de enige andere is, hebben geen dergelijke externe werking.

(35) Nemen we bv. de (on)overdraagbaarheid van de aandelen. In sommige vormen van gemeenschap is de onoverdraagbaarheid dwingend voorgeschreven, bv. bij de huwgemeenschap, omdat deze essentieel *intuitu personae* is. Erfdelen daarentegen (aandelen in een nalatenschap) zijn wel overdraagbaar, maar onderworpen aan een uitkooprecht van de mede-erfgenamen, uitkooprecht dat ook geldt voor de mede-vennoten in een ontbonden maatschap (alsook bij een niet-ontbonden maatschap indien zulks overeengekomen is). Bij de maatschap zijn de aandelen in het maatschapsvermogen immers in beginsel eveneens *intuitu personae* en dus niet overdraagbaar (zie art. 39, 42 Wb.Venn.), maar deze regel is niet dwingend, en partijen kunnen dus de overdraagbaarheid overeenkomen, al dan niet onder bepaalde modaliteiten (onder meer "voortzettingsbedingen"). Bij een beleggingsfonds, dat een bijzonder soort maatschap is, zijn de aandelen zonder meer overdraagbaar. Een aandeel in een feitelijke vereniging is in beginsel evenmin overdraagbaar<sup>39</sup>, maar er kan wel afstand van worden gedaan. Aandelen in een giraal effectendepot (nog een vorm van gemeenschappelijk vermogen) tenslotte zijn steeds overdraagbaar voor zover de effecten waarop het aandeel betrekking heeft dat zijn.

(36) Ook de vraag of een deelgenoot de verdeling kan vorderen van het vermogen, en wat de gebonden gemeenschappen betreft, daartoe voorafgaandelijk de ontbinding kan vorderen, wordt bepaald door die interne verhouding. Voor de nalatenschap geldt een dwingende beperking in tijd aan bedingen om in onverdeeldheid te blijven (art. 815 B.W.), en deze geldt naar analogie ook voor andere ontbonden gemeenschappelijke vermogens (zoals de ontbonden maatschap of de ontbonden huwgemeenschap).

(37) Wat valt hieruit af te leiden ? M.i. het volgende. Het uitgangspunt in ons recht, zo men wil het gemeen recht inzake gemeenschappelijke vermogens, zoals dat in ons B.W. voor de ervengemeenschap (de gemeenschappelijke nalatenschap) is uitgewerkt, houdt in dat aandelen in gemeenschappelijke vermogens in beginsel, net zoals schuldvorderingen, van elkaar losstaan, “*several*” zijn: ze zijn als een afzonderlijke zaak overdraagbaar en beslagbaar; wordt het aandeel van de ene toebedeeld aan een andere deelgenoot, dan gaat het om een overdracht

---

<sup>39</sup> DE PAGE, *Traité*, IV-2 nr. 34.

van een aandeel en niet om een declaratieve toebedeling.

Evenwel kent ons recht bepaalde vormen van gemeenschap waar ofwel van rechtswege ofwel krachtens een overeenkomst tussen alle betrokkenen aan het aandeel van de deelgenoten een andere aard wordt gegeven, vergelijkbaar met die van de ondeelbare schuldvordering. Dat geldt met name voor de niet-ontbonden huwgemeenschap, de niet-ontbonden maatschap en de feitelijke vereniging.

Bij de huwgemeenschap en de maatschap kunnen de partijen aan hun aandeel een ondeelbaar (“*joint*”) karakter geven door middel van een aanwasbeding (meestal verblijvensbeding genoemd). Bij de feitelijke vereniging volgt dit van rechtswege uit die kwalificatie. Bij de ervengemeenschap (nalatenschap) kan dit niet, en kan enkel een beperkte ondeelbaarheid bedongen worden (art. 815 B.W.), zij het dus ook met externe werking.

Anders dan bv. in het Duitse recht van de *Gesamthand*<sup>40</sup> of het Engelse van de *joint tenancy*, alsook in het oud-vaderlandse recht<sup>41</sup> is de aanwas (in het Engels *right of survivorship*) in de maatschap bij ons slechts het gevolg van een bijzonder beding, en niet de regel. Bij ons volgt de aanwas wel vaak uit de uitleg van de maatschapsovereenkomst, ook indien ze niet uitdrukkelijk is bedongen (de meeste afspraken in verband met het uitscheiden van een vennoot impliceren een verblijvensregeling). De aanwas is anders wel sinds oudsher een typisch kenmerk van de meeste vormen van gezamenlijke eigendom<sup>42</sup>.

(38) Een dergelijke aanwas van het ene aandeel bij het andere werkt declaratief. Het aandeel van de verblijvende of langstlevende groeit aan, niet door een overdracht van een aandeel, maar door het wegvallen van het recht van de deelgenoot. De partij die uitscheidt verliest zijn rechten op de goederen van de gemeenschap (zowel op de goederen afzonderlijk als op de gemeenschap als geheel), maar draagt ze niet over aan de deelgenoten; zijn onlichamelijk recht dooft uit, op dezelfde wijze waarop een vruchtgebruik uitdooft bij het overlijden van de persoon op wiens hoofd het gevestigd is. Dit verklaart ook dat het aandeel van de eerststervende in zo’n geval nooit in diens nalatenschap terechtkomt en het aanwasbeding in die gevallen ook geen beding over een niet opengevallen nalatenschap kan vormen (evenmin als een overdracht met voorbehoud van vruchtgebruik dat is).

(39) Bij een ander soort regeling, die we in maatschappen vinden, nl. het voortzettingsbeding, rijst de vraag of de nieuwe deelgenoot rechtstreeks verkrijgt van de uitgescheiden deelgenoot,

---

<sup>40</sup> Zie bv. BGB § 738.

<sup>41</sup> Zie S.J. FOCKEMA ANDREAE, “De gezamende hand naar de Oud-Nederlandsche rechten”, in *Verslagen en mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, Afdeling letterkunde*, reeks 3 deel IV (1887), 15 v.

<sup>42</sup> Het is n.a.v. de weergave van de aanwasregel in het costumiere recht dat M.J. BRITZ, *Code de l’ancien droit belge*, Brussel 1847, II, p. 856 beschrijft dat de huwgemeenschap een gezamenlijke eigendom vormt. Weliswaar gebruikt BRITZ de term (actieve) solidariteit veler dan *Gesamthand*, maar hoe dan ook wijst hij op het feit dat het geen “onverdeeldheid” is waarin beiden een echt aandeel hebben.

dan wel door overdracht door de overblijvende deelgenoten, aan wie het aandeel door aanwas was toegekomen bij het overlijden. In werkelijkheid komen beide situaties voor. In het eerste geval zal de overnemer de scheidende deelgenoot (of zijn erfgenamen) moeten uitbetalen, in het tweede geval betaalt de gemeenschap een scheidingsaandeel, en dient de voortzettende deelgenoot zich in te kopen door betaling aan de gemeenschap.

Bij een huwgemeenschap is een voortzettingsbeding niet mogelijk. Het overlijden van een echtgenoot leidt noodzakelijk tot ontbinding: ook bij een (wettelijke of conventionele) verblijvensregeling, aangezien er maar 1 echtgenoot overblijft. Ons recht kent immers niet - het m.i. nochtans erg aantrekkelijke stelsel van - de voortgezette gebonden gemeenschap tussen de langstlevende en de (andere) erfgenamen<sup>43</sup> (waarbij de erfgenamen gezamenlijk een abstract aandeel hebben van de helft in de huwgemeenschap)<sup>44</sup>. Bij die “voortgezette huwgemeenschap” gaat het eveneens om een toetreding tot de gemeenschap, niet om een rechtstreekse overname van het aandeel van de overledene<sup>45</sup>.

(40) Daardoor maakt zowel bij een aanwasregeling, als bij een voortzettingsregeling van het tweede type, in het geval waarin die aanwas of voortzetting plaatsvindt bij het overlijden van een deelgenoot, het aandeel géén deel uit van de nalatenschap van de vooroverledene, en gaat het wel degelijk om een verkrijging door aanwas (verblijvensbeding) dan wel door overdracht vanwege de overlevenden (bij voortzettingsbeding van het tweede type). Het overlijden van de vooroverledene is slechts het rechtsfeit waardoor de opschortende voorwaarde vervuld wordt en doet de eerder overeengekomen regeling in werking treden. De verkrijging geschiedt niet *mortis causa*, niet krachtens erfrecht, *iure hereditario* -. Gaat het om een verblijvensbeding, dan is het een verkrijging door aanwas van de rechten die men op grond van de reeds bestaande rechtsverhouding reeds had op die goederen - *iure non decrescendi* -. Wel zal gebeurlijk moeten worden nagegaan of de handeling op grond waarvan de aanwasregeling ontstond een verkrijging om niet of onder bezwarende titel inhoudt (dit met het oog op de

---

<sup>43</sup> De *communio bonorum prorogata*. Zie bv. in het Duitse recht BGB § 1483 v. (*fortgesetzte Gütergemeinschaft*) evenals in het Zwitserse recht Art. 229 v. ZGB. Bij de hervormingen van het huwelijksvermogensrecht in de 20e eeuw - met o.a. de invoering van de volledige bevoegdheid van de gehuwde vrouw en de hervorming van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot - werd deze mogelijkheid bij ons niet ingevoerd, en evenmin in Frankrijk - ondanks bv. het vurige pleidooi van J. BONNECASE, “L’institution de la communauté continuée. Contribution à l’étude de la réforme du droit matrimonial français”, *Ann. Univ. Grenoble* 1909, XXI-3 p. 607 v. en 1910, XVII-1, p. 1 v.

<sup>44</sup> De wetgever heeft een andere oplossing verkozen door ofwel - bij gebreke aan afstammelingen - de huwgemeenschap in beginsel geheel aan de langstlevende toe te kennen (art. 745bis § 1 lid 2 B.W. - de verblijvensregeling is dan dus de wettelijke regel), ofwel, wanneer er nakomelingen zijn, en geen conventionele verblijvensregeling, de langstlevende het vruchtgebruik toe te kennen (art. 745bis § 1 lid 1 B.W.); dit vruchtgebruik verschaft weliswaar geen beschikkingsbevoegdheid over de goederen zelf, dit i.t.t. de voortgezette huwgemeenschap. Om dat op te lossen bestaat dan weer de mogelijkheid tot omzetting van vruchtgebruik.

<sup>45</sup> Vgl. onder meer - bij zijn bespreking van het Duitse recht - J. BONNECASE, “L’institution de la communauté continuée. Contribution à l’étude de la réforme du droit matrimonial français”, *Ann. Univ. Grenoble* 1910, XVII-1, p. 12.

mogelijke inkorting ervan door reservataire erfgenamen); de handeling is zowel onder bezwarende titel wanneer daartegenover een vergoeding staat (scheidingsaandeel) als wanneer de oorspronkelijke overeenkomst een kansovereenkomst was met min of meer gelijkwaardige kansen; bij manifeste ongelijkheid in de onderscheiden overlevingskansen van partijen (die ook niet wordt gecompenseerd door een even onderscheiden aandeel in de goederen) gaat het om een handeling om niet<sup>46</sup>.

Maar in ieder geval is het ook hier zo dat de begunstigde van de aanwas niets krijgt wat hij niet in zekere zin al had. *Quod erat demonstrandum*.

---

<sup>46</sup> Zie hierover o.m. D. MICHIELS, “Bedingen van tontine en aanwas”, *R.W.* 1995-96, 969 v.