



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke  
titel en gift: bespreking van het proefschrift van mr. T.M. Subelack  
Weijers, H.J.**

**Citation**

Weijers, H. J. (2024). De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke  
titel en gift: bespreking van het proefschrift van mr. T.M. Subelack. *Tijdschrift Relatierecht  
En Praktijk*, 2024(7), 34-41. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4178584>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4178584>

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

# 582. De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift

## Bespreking van het proefschrift van mr. T.M. Subelack

MR. H.J. WEIJERS

Op 22 april 2024 promoveerde Thomas Subelack in Utrecht op zijn dissertatie getiteld *De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift*.<sup>1</sup> Het proefschrift gaat, zoals de titel ook doet vermoeden, met name over de omvang van de huwelijksgemeenschap. Daarnaast bevat de dissertatie ook enkele hoofdstukken waarin meer in algemene zin onder andere het recht op eigendom (art. 5:1 BW) wordt besproken. Ook wordt veel aandacht besteed aan de goederenrechtelijke structuur van zowel de eenvoudige gemeenschap (art. 3:166 e.v. BW) als de huwelijksgemeenschap (art. 1:93 e.v. BW).

In deze boekbespreking wordt eerst een globaal overzicht gegeven van de onderwerpen die in het proefschrift worden behandeld. Op een aantal onderdelen van het proefschrift wordt vervolgens nader ingegaan.

### 1. Inleiding en overzicht

Om maar meteen met de deur in huis te vallen: het proefschrift is behoorlijk dik. In net geen 600 pagina's komen talloze onderwerpen langs die met name te maken hebben met de Nederlandse huwelijksgemeenschap. Toch hoeft de omvang de lezer niet af te schrikken, want het boek is helder opgebouwd en voorzien van een zeer uitvoerige indeling in een tweetal delen, een tiental inhoudelijke hoofdstukken gevolgd door een samenvattend hoofdstuk en een bijna ontelbare hoeveelheid (deel)paragrafen.<sup>2</sup> In hoofdstuk 1 wordt het onderwerp geïntroduceerd. Daarna volgen drie hoofdstukken die vallen onder het eerste deel van het proefschrift, waarin Subelack met name *alternatieve beschouwingen* over eigendom en gemeenschap uiteenzet (*Deel I*).<sup>3</sup> In hoofdstuk 2 komen de structuur van het goederenrecht en de positie van het eigendomsrecht daarbinnen aan bod. Bekende leerstukken, zoals het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten, passeren daarbij de revue. Het volgende hoofdstuk staat in het teken van de

goederenrechtelijke structuur inzake de aard van de breukdelengemeenschap (hoofdstuk 3). Met de term *breukdelengemeenschap* bedoelt Subelack gemeenschappen zoals bedoeld in titel 3.7 BW; het gaat zowel om de eenvoudige (art. 3:166 e.v. BW) als de bijzondere gemeenschappen (art. 3:189 e.v. BW).<sup>4</sup> In het duidelijk op hoofdstuk 3 voortbouwende hoofdstuk 4 spitst het onderzoek zich toe op de goederenrechtelijke structuur van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap van art. 1:93 e.v. BW. Daarin behandelt Subelack onder meer de in dit verband bekende 'breukdelensvisie' versus de 'gezamenhandse visie', waarover hierna meer in paragraaf 4.3. Met dit hoofdstuk wordt het eerste gedeelte van het proefschrift afgerond. De overige inhoudelijke hoofdstukken – de hoofdstukken 5 tot en met 10 – vormen onderdeel van het deel van het proefschrift dat in de kern gaat over de *omvang* van de huwelijksgemeenschap en dan vooral over de vraag of vermogensbestanddelen daar in bijzondere situaties al dan niet 'invallen' en daar dan onderdeel van uitmaken (*Deel II*).<sup>5</sup> In hoofdstuk 5 wordt de focus gelegd op de rechtsfiguur van de verdeling (art. 3:182 BW) en opvolgende deelverkringingen.<sup>6</sup> In het hoofdstuk wordt onder meer het rechtskarakter van

1 T.M. Subelack, *De huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift* (diss. Utrecht; Recht en Praktijk nr. PFR10), Deventer: Wolters Kluwer 2024 (hierna: Subelack 2024).

2 Wel een waarschuwing: het betreft geregeld zeer ingewikkelde materie voor gevorderden. De lezer dient zijn of haar hoofd er dan ook goed bij te houden. Gelukkig vat Subelack meer dan gemiddeld zijn bevindingen en visies samen, hetgeen de leesbaarheid en begrijpelijkheid ten goede komt.

3 De omschrijving van het eerste deel luidt: 'Alternatieve beschouwingen over eigendom en gemeenschap'.

4 Subelack 2024, p. 56. Deze benaming ziet in dit verband (nog) niet op het karakter van de actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap van art. 1:93 e.v. BW.

5 De omschrijving van het tweede deel luidt: 'Enige (huwelijks)vermogensrechtelijke onderwerpen met betrekking tot de wettelijke huwelijks-gemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift'.

6 Hierover heeft mijn voormalig Leidse collega Sikkema ook veel geschreven. Zie bijv. T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling* (diss. Leiden; Ars Notariatus nr. 168), Deventer: Wolters Kluwer 2018, T.H. Sikkema, 'Transformatieproblematiek bij een nalatenschap', *JBN 2020/1* (afl. 1), p. 4-6, en T.H. Sikkema, 'Is de regeling van de verdeling in het Burgerlijk Wetboek een succes?', in: P.C. van Es e.a. (red.), *Hulde aan Huijgen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.G. Huijgen ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 241-251.

de verdeling, het verschil tussen declaratieve en translatieve werking van de verdeling en de betekenis van art. 3:186 lid 2 BW behandeld. Hoofdstuk 6 staat in het teken van verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel – denk hierbij aan een verkrijging onder een uitsluitingsclausule – en verkrijgingen krachtens gift (art. 7:186 lid 2 BW). In het volgende hoofdstuk staat de ingewikkelde figuur van de zaaksvervanging centraal (hoofdstuk 7). Daarna besteedt Subelack aandacht aan gemeenschappelijke verkrijgingen krachtens erfrecht of gift (hoofdstuk 8) en worden diverse vormen van tweetrapsmakingen behandeld (hoofdstuk 9).<sup>7</sup> In hoofdstuk 10 komen het girale betalingsverkeer en de complicaties die daarbij kunnen optreden ter sprake.<sup>8</sup> Het proefschrift sluit af met de bevindingen van het onderzoek en een korte samenvatting in het Nederlands (hoofdstuk 11).

Het proefschrift heeft daarmee veel te bieden, maar kan uiteraard niet alle vermogensrechtelijke aspecten van de huwelijksgemeenschap behandelen. Zo wordt bijvoorbeeld de problematiek van de vergoedingsrechten (art. 1:87, 1:95 en 1:96 BW) vrijwel niet behandeld.<sup>9</sup> Daarnaast is het belangrijk om op te merken dat de twee delen van het proefschrift los van elkaar gelezen kunnen worden. Het eerste deel (de hoofdstukken 2-4) bevat *een alternatieve visie* op eigendom en gemeenschap die – in het algemeen – niet het geldende recht weergeeft.<sup>10</sup> Subelack gebruikt deze alternatieve visie(s) in de latere hoofdstukken om diverse problemen waar onder meer notarissen en advocaten tegenaan lopen bij met name de verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen op te lossen of althans tot nadere gedachtevorming aan te

zetten.<sup>11</sup> In het tweede deel (de hoofdstukken 5-10) staat het geldende positieve recht centraal en wordt steeds bezien wat de omvang is van de huwelijksgemeenschap in verband met allerlei verkrijgingen krachtens erfrecht of gift.<sup>12</sup> Voor de praktijkjurist zal dan ook met name het tweede gedeelte van Subelacks dissertatie relevant en bruikbaar zijn.

## In net geen 600 pagina's komen talloze onderwerpen langs die met name te maken hebben met de Nederlandse huwelijksgemeenschap

In deze boekbespreking van Subelacks proefschrift kan vanzelfsprekend niet aan elk aspect aandacht worden besteed. In het vervolg van deze bijdrage besteed ik daarom slechts aan enkele deelonderwerpen uit het proefschrift nader aandacht.

### 2. Onderzoeksvraag en -methode

Toen per 1 januari 2018 de Wet beperking wettelijke gemeenschap van goederen in werking trad,<sup>13</sup> nam Nederland gedeeltelijk afscheid van de reeds vele jaren bestaande algehele gemeenschap van goederen.<sup>14</sup> Een van de wijzigingen die deze wet met zich meebracht, ziet op verkrijgingen krachtens erfrecht en gift: waar deze tot 2018 in beginsel in de huwelijksgemeenschap vielen (art. 1:94 lid 2 aanhef BW (oud)), blijven deze sinds 2018 in beginsel buiten de huwelijksgemeenschap (art. 1:94 lid 2 sub a BW). Tijdens de parlementaire wetsbehandeling is vrijwel geen aandacht besteed aan de gevolgen van deze wijziging in het basisstelsel voor gehuwden. Hierdoor zijn verschillende ingewikkelde vragen niet beantwoord. Wanneer valt bijvoorbeeld een vermogensbestanddeel wel en wanneer niet in de huwelijksgemeenschap? Dat lijkt op het eerste gezicht eenvoudig, maar is het niet. Het is echter wel van groot belang om dat vast te kunnen stellen. Iedere huwelijksgemeenschap wordt immers ooit ontbonden (art. 1:99 BW) en bij de daaropvolgende verdeling is het cruciaal om de juiste omvang van de dan inmiddels *inactieve* huwelijksgemeenschap van goederen in werking trad, nam Nederland gedeeltelijk afscheid van de reeds vele jaren bestaande algehele gemeenschap van goederen.

7 In met name hfdst. 8 komt ook het goederenrechtelijke *eenheidsbeginsel* aan bod. Dat blijft hier buiten beschouwing, maar men zie daarover uitvoerig onder meer T.H. Sikkema, 'Zaaksvervanging en vermogensallocatie in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 2021/7351, p. 971-978, B.E. Reinhartz, 'Het eenheidsbeginsel bij erfrechtelijke verkrijgingen en giften nader beschouwd', *JBN* 2021/9 (afl. 3), p. 4-6, en P. Blokland, 'Uitsluitingsclausule en eenheidsbeginsel; enige gedachten naar aanleiding van HR 8 september 2017', in: J.H.M. ter Haar e.a. (red.), *Met grootse passen door het recht. Footprints in law* (Ars Notariatus nr. 183), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 11-18.

8 Zie hierover reeds T.M. Subelack, 'Vergoedingsrechten en bankrekening', in: A. Heida e.a. (red.), *EB Klassiek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 71-89, en T.M. Subelack, 'Giraal goed, vergoeden moet?', in: J. Tighelaar (red.), *Actuele Ontwikkelingen in het familierecht* (UCERF-symposium nr. 15), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 15-26.

9 Subelack 2024, p. 7. Over de vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht verscheen eerder dit jaar een fraai en uitvoerig proefschrift. Zie J.H. Lieber, *Vergoedingen in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht* (diss. Groningen; Recht en Praktijk nr. PFR9), Deventer: Wolters Kluwer 2024, waarover ik eerder in dit tijdschrift schreef (zie H.J. Weijers, 'Vergoedingen in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. Bespreking van het proefschrift van mr. drs. J.H. Lieber', *REP* 2024/416 (afl. 5), p. 30-37).

10 Overigens bevat ook deel I geregeld een beschrijving en bespreking van het geldende recht; zo komt bijv. uitgebreid aan de orde welke bevoegdheden de eigenaar van een zaak heeft, alsmede het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten (zie Subelack 2024, p. 16-24). Meestal wordt het geldende recht van Subelacks alternatieve visie goed onderscheiden. Af en toe is dat minder duidelijk. Zo geldt hetgeen hij beschrijft in het kader van de boedelmenging (Subelack 2024, p. 155-163) voor zowel het geldende recht als zijn alternatieve visie. Dat wordt slechts in één zin benoemd. Dit maakt deel I van het proefschrift af en toe wel enigszins lastig te volgen.

11 Dit wordt de lezer vele malen op het hart gedrukt. Zie bijv. Subelack 2024, p. 8, 15, 55, 83-84 en 96.

12 Subelack 2024, p. 7-9.

13 Wet van 18 april 2011 tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), *Stb.* 2011, 177.

14 Gedeeltelijk, want op grond van het overgangsrecht (art. IV lid 1 van de wet uit *Stb.* 2011, 177) blijft onder meer het oude art. 1:94 BW gelden voor de reeds bestaande huwelijksgemeenschappen. Bovendien kunnen echtgenoten ook na 2018 bij huwelijkse voorwaarden voor de algehele huwelijksgemeenschap kiezen. Tot slot merk ik op dat ook de algehele huwelijksgemeenschap natuurlijk niet 'algeheel' was: ook toen waren er uitzonderingen voor bepaalde vermogensbestanddelen die niet in de huwelijksgemeenschap vielen.

meenschap te kennen.<sup>15</sup> In het licht van het voorgaande staat in het onderzoek van Subelack de volgende onderzoeksvraag centraal:

‘Wat is de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen in verhouding tot verkrijgingen krachtens erfrechtelijke titel en gift, alsmede hetgeen daarvoor in de plaats is getreden?’

Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, is het onderzoek opgebouwd uit twee delen (zie reeds par. 1). De gebruikte onderzoeksmethode verschilt volgens Subelack per deel. In het eerste deel heeft Subelack een eigen, alternatieve visie op de figuren van *eigendom* en *gemeenschap* ontwikkeld. Voor het ontwikkelen van deze visie zijn de traditionele juridische bronnen – te weten: de wet, de wetsgeschiedenis, de literatuur en de jurisprudentie – geraadpleegd.<sup>16</sup> Voor het tweede gedeelte wordt de bekende klassiek juridisch-dogmatische onderzoeksmethode gebruikt.<sup>17</sup> Dat is overigens deels ook al het geval bij het eerste deel, nu ook daar geregeld eerst het geldende recht wordt beschreven voordat de alternatieve visie wordt besproken. Opvallend is dat het in het proefschrift aan zowel interne als externe rechtsvergelijking ontbreekt.<sup>18</sup> In een eerdere boekbespreking merkte ik daarover op dat het geheel begrijpelijk is dat niet alles in een onderzoek behandeld en meegenomen kan worden, maar dat enige toelichting op de gemaakte keuzes wel nodig en voor de lezer ook verhelderend is.<sup>19</sup> Die ontbreekt helaas in het geheel. Gelukkig wordt de rechtsvergelijking als zodanig in de dissertatie niet gemist en doet dit ook niets af aan datgene wat wel is onderzocht. Daarbij zij aangetekend dat het proefschrift wat mij betreft ook meer dan voldoende diepgang heeft. Er worden inhoudelijk behoorlijk ingewikkelde leerstukken, al dan niet in onderlinge samenhang, zeer uitvoerig besproken en uitgediept. Enigszins verwarrend is voorts dat Subelack in zijn noten artikelen uit de literatuur volledig weergeeft, maar dat met boeken en dissertaties niet doet (deze worden deels verkort weergegeven en alleen dissertaties zijn in de literatuurlijst terug te vinden, terwijl artikelen en andere boeken daar ontbreken).<sup>20</sup> Wat mij betreft verdient een eenduidige manier van verwijzen de voor-

keur. Tot slot zij opgemerkt dat het onderzoek van Subelack op 1 september 2023 is afgesloten; met nadien verschenen bronnen is geen rekening meer gehouden.<sup>21</sup>

### 3. De te bespreken onderwerpen

Zoals in paragraaf 1 reeds is opgemerkt, kan niet aan elk aspect van het proefschrift aandacht worden besteed. Gelukkig hoeft dat ook niet: de geïnteresseerde lezer kan het proefschrift immers ook zelf ter hand nemen en dat kan ik ook aanbevelen. Het is de bedoeling van deze boekbespreking om de kern van het proefschrift weer te geven en daar enkele kanttekeningen bij te plaatsen.<sup>22</sup> In het vervolg van dit artikel zal daarom eerst worden stilgestaan bij de kern van Subelacks alternatieve visie(s) uit het eerste gedeelte van diens dissertatie (par. 4). Voor wat betreft het tweede gedeelte van het proefschrift geldt dat in ieder hoofdstuk in beginsel enkele op zichzelf staande vormen van verkrijgingen krachtens erfrecht of gift worden behandeld. Het voert zoals gezegd te ver om deze allemaal te behandelen.<sup>23</sup> Wat komt dan wel ter sprake? In paragraaf 5 zal in het algemeen aandacht worden besteed aan enkele algemene aspecten inzake de omvang van de huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrecht of gift. Zoals daar zal blijken, schuwt Subelack actuele discussies niet en neemt hij geregeld eigen standpunten in. Hiervan worden enkele voorbeelden gegeven. Deze boekbespreking sluit af met een korte conclusie in paragraaf 6.

### 4. Subelack's alternatieve visie(s)

#### 4.1 Het eigendomsrecht

In hoofdstuk 2 bespreekt Subelack de positie van het eigendomsrecht binnen de structuur van het goederenrecht. Volgens het geldende positieve recht is het eigendomsrecht een absoluut subjectief vermogensrecht.<sup>24</sup> De belangrijkste regels daaromtrent zijn uitgewerkt vanaf art. 5:1 BW. Het eigendomsrecht kent de eigenaar een aantal *bevoegdheden* toe. Deze zijn deels in de wet omschreven (zoals de bevoegdheid tot revindicatie in art. 5:2 BW). Sommige

15 Het ‘verdelen’ van goederen die niet tot een ontbonden (huwelijks) gemeenschap behoren kan immers de nodige problemen opleveren. Zie bijv. T.H. Sikkema, ‘Fundamentele totstandkomingsvereisten en nulliteiten bij de contractuele verdeling van een gemeenschap’, *FtV* 2022/11 (afl. 4), p. 9-11, en de recente uitspraak van rb. Oost-Brabant 27 maart 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:1199, *Notamail* 2024/76. Zie over het belang van kennis over de omvang van een (ontbonden) (huwelijks)gemeenschap ook Subelack 2024, p. 5-6.

16 De door Subelack ontwikkelde alternatieve visie is echter niet uit die bronnen af te leiden; deze bronnen hebben Subelack naar eigen zeggen slechts tot het ontwikkelen van zijn visie aangezet en/of geïnspireerd. Zie Subelack 2024, p. 9-10 en 15-16.

17 Subelack 2024, p. 10.

18 Daarbij kan worden toegegeven dat van enige interne rechtsvergelijking wel sprake is, nu de auteur bijv. diverse aspecten uit het erfrecht toepast in het huwelijksvermogensrecht. Dat is echter niet wat ik hier bedoel.

19 H.J. Weijers, ‘Vergoedingen in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. Bespreking van het proefschrift van mr. drs. J.H. Lieber’, *REP* 2024/416 (afl. 5), p. 31.

20 Subelack 2024, p. 10.

21 Subelack 2024, p. 11.

22 Een uitgebreidere samenvatting kan men vinden in Subelack 2024, p. 577-591.

23 In hoofdstuk 10 van Subelacks proefschrift komt onder meer de zogenaamde *vermengingsproblematiek* van privé- en gemeenschapsgelden op één bankrekening, naar aanleiding van HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, *NJ* 2019/225, m.nt. Verstappen, en HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96, *NJ* 2023/146, m.nt. Verstappen, uitvoerig aan de orde. Deze arresten, alsmede Subelacks visie daarop (die reeds kenbaar was uit diverse eerdere publicaties; Subelack 2024, p. 520), werden onder andere al besproken in D.J. Saija & H.J. Weijers, ‘Enkele civiel- en fiscaalrechtelijke (on)duidelijkheden omtrent vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht’, *KWEP* 2023/17 (afl. 4), p. 3-15, en deels in H.J. Weijers, ‘Vergoedingen in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. Bespreking van het proefschrift van mr. drs. J.H. Lieber’, *REP* 2024/416 (afl. 5), p. 33-34. Zie recent over deze materie ook G.G.B. Boelens, ‘Is op echt op? Over privégeden, vermenging met gemeenschapsgelden, (consumptieve) bestedingen en vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht’, *EB* 2024/62, p. 168-175.

24 Subjectief omdat het recht in iemands vermogen valt en absoluut omdat het recht onder meer jegens derden kan worden ingeroepen.

bevoegdheden zijn echter ongeschreven (zoals de bevoegdheid om over de zaak waarop het eigendomsrecht ziet te beschikken; dit vloeit uit het *wezen* van het eigendomsrecht voort). In dit verband geldt als uitgangspunt dat de eigenaar met uitsluiting van anderen *exclusief* van deze bevoegdheden gebruik mag maken (vgl. art. 5:1 lid 2 BW).<sup>25</sup> Het eigendomsrecht is daarom ook een absoluut recht dat tegen derden kan worden ingeroepen.<sup>26</sup>

### Voor de praktijkjurist zal dan ook met name het tweede gedeelte van Subelacks dissertatie relevant en bruikbaar zijn

Daartegenover stelt Subelack zijn eigen alternatieve opvatting, die in het kort op het volgende neerkomt. In die opvatting is ‘eigendom’ geen absoluut subjectief vermogensrecht, maar slechts een *aanduiding* van het absolute of exclusieve effect van de *verkrijging* van goederen.<sup>27</sup> Daarbij geldt dat de bevoegdheden van de ‘eigenaar’ niet in het afzonderlijke eigendomsrecht besloten liggen, maar deze liggen, aldus Subelack, ‘in het *wezen* van ieder rechtssubject, alsmede in de aard/inhoud van ieder goed zélf, besloten.’<sup>28</sup> Dit geldt zowel voor zaken (art. 3:2 BW) als voor vermogensrechten (art. 3:6 BW).<sup>29</sup> Dat de ‘eigenaarsbevoegdheden’ slechts aan de eigenaar toekomen is het effect van de *verkrijging* van de goederen, aldus Subelack.<sup>30</sup> Enige bladzijdes verder duidt Subelack dit als volgt:

‘In de alternatieve opvatting over de structuur van het goederenrecht is eigendom of toebehoren geen afzonderlijk recht op een goed, maar is het de aanduiding van het absolute/exclusieve effect van de verkrijging van goederen. Door verkrijging komt vast te staan wie met uitsluiting van ieder ander de bevoegdheden mag uitoefenen die in de aard/inhoud van een bepaald goed besloten ligt en wie over dat goed mag beschikken.’<sup>31</sup>

Dit alles betekent dan ook dat ‘eigendom’ geen recht is dat slechts exclusief aan één eigenaar kan toekomen. In deze opvatting kan een goed meerdere eigenaren hebben als het goed door meerdere rechtssubjecten is verkregen; Subelack spreekt dan van ‘meervoudige eigendom’.<sup>32</sup> Het goed behoort dan als zodanig tot het vermogen van iedere eigenaar, waarover hierna meer in paragraaf 4.2.<sup>33</sup> Ook dit is naar geldend recht niet het geval: het is uiteraard wel mogelijk om een aandeel in een goed te verkrijgen, maar zo’n aandeel kwalificeert vervolgens zelf als een zelfstandig vermogensrecht dat als afzonderlijk goed tot het vermogen van de rechthebbende van het aandeel toebehoort.<sup>34</sup>

Deze alternatieve visie wijkt duidelijk af van het geldende recht en is op het eerste gezicht eerder verwarrend dan verhelderend. In hoofdstuk 2 maakt Subelack ook niet duidelijk welk voordeel deze alternatieve invulling van het eigendomsbegrip oplevert. Dit blijkt bijvoorbeeld ook niet uit een of meer concrete voorbeelden.<sup>35</sup> Het nut van deze alternatieve visie wordt pas later, te weten halverwege hoofdstuk 3, duidelijk. In paragraaf 4.2 wordt daar nu aandacht aan besteed.

#### 4.2 De breukdelengemeenschap (Boek 3 BW)

De goederenrechtelijke structuur van de *breukdelengemeenschap* staat centraal in hoofdstuk 3 van Subelacks dissertatie. Zoals in de inleiding reeds is opgemerkt, doelt Subelack met deze term op gemeenschappen zoals bedoeld in titel 3.7 BW (art. 3:166 e.v. BW).<sup>36</sup> Met betrekking tot het geldende recht geldt dan het volgende.<sup>37</sup> Iedere deelgenoot in een dergelijke gemeenschap heeft een (onverdeeld) aandeel in ieder van de tot de gemeenschap behorende goederen. Volgens het geldende recht is een dergelijk aandeel een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW. Verder gelden voor de rechthebbende van een aandeel in beginsel dezelfde kenmerken (van de *rechthebbendheid*) en bevoegdheden als welke hiervoor in paragraaf 4.1 met betrekking tot het eigendomsrecht aan bod kwamen. Daar-

25 S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/114. Zie ook P.C. van Es, *De actio negatoria: een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden; Meijers-reeks nr. 92), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 207 e.v.

26 Zie uitvoerig bijv. S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/14 e.v.

27 Subelack 2024, p. 27 en 52.

28 Subelack 2024, p. 30 en 52-53.

29 Ook dat is anders bij het eigendomsbegrip volgens het geldende recht. Men kan immers slechts zaken in eigendom hebben (art. 5:1 lid 1 BW). Ten aanzien van vermogensrechten duiden we ‘eigendom’ daarvan aan als ‘rechthebbendheid’. Dit onderscheid kent de alternatieve visie niet. Vgl. Subelack 2024, p. 34 en 53.

30 Subelack 2024, p. 33-34 en 53.

31 Subelack 2024, p. 44. Vgl. voor een soortgelijke formulering ook p. 50, 53 en 84 aldaar.

32 Volgens Subelack is ook naar geldend recht al in andere situaties sprake van meervoudige eigendom, te weten na het splitsen van registergoederen in appartementsrechten (hij verwijst naar art. 5:114 BW) en bij vormen van voorwaardelijke eigendom (waarbij hij verwijst naar het bekende *Rabobank/Reuser*-arrest uit 2016). Zie Subelack 2024, p. 85.

33 Subelack 2024, p. 55.

34 Zie art. 3:6 BW. Over een aandeel in een goed kan men in beginsel zelfstandig beschikken en een aandeel kan ook zelfstandig worden geleverd (zie art. 3:96 BW).

35 Er wordt in hfdst. 2 wel een voorbeeld behandeld om het verschil tussen absolute en relatieve vermogensrechten te verduidelijken (een recht van vruchtgebruik versus een recht van bruikleen). Dit heeft met de alternatieve visie als zodanig echter weinig te maken. Zie Subelack 2024, p. 41.

36 Subelack 2024, p. 56-59. Dit omvat zowel de eenvoudige (afdeling 1 van titel 3.7 BW) als de bijzondere (afdeling 2 van titel 3.7 BW) gemeenschappen, want bij beide typen gemeenschappen hebben de deelgenoten volgens het geldende recht ieder een aandeel in onder meer de afzonderlijke goederen die tot de gemeenschap behoren.

37 In zijn dissertatie uit 2006 heeft Th.F. de Jong een enigszins afwijkende opvatting uiteengezet (Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht: over het afschaffen van het begrip van de onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006). Deze wordt door Subelack 2024, p. 65-67 kort besproken en blijft hier verder buiten beschouwing.

bij gelden natuurlijk wel de bijzondere regels en beperkingen die in art. 3:166 e.v. BW beschreven zijn. Dat is nodig omdat er ook andere rechthebbenden in het spel zijn met betrekking tot de gemeenschappelijke goederen.<sup>38</sup> Daarbij moet worden opgemerkt dat er in de literatuur wel wordt getwist over de status van de (onderliggende) eigendomsrechten van de goederen die onderdeel van een gemeenschap zoals hiervoor omschreven uitmaken. Volgens sommigen gaan de zelfstandige eigendomsrechten van dergelijke goederen teniet (de *volledig-splitsingstheorie*), terwijl anderen betogen dat de eigendomsrechten blijven bestaan als ware het ‘blote rechten’ zoals na de vestiging van beperkte rechten op een eigendomsrecht het geval is (de *niet-volledig-splitsingstheorie*). Ik ga daar op deze plaats niet nader op in, maar wijs er slechts op dat deze theorieën volgens Subelack diverse (dogmatische) complicaties veroorzaken die met name betrekking hebben op de positie van beperkt gerechtigden en beslagleggers.<sup>39</sup>

Tegenover het geldende recht zet Subelack opnieuw een alternatieve visie uiteen. In deze alternatieve visie, die voortbouwt op hetgeen daarover in paragraaf 4.1 reeds is opgemerkt, is een breukdelengemeenschap een vorm van ‘meervoudige eigendom’. Dit brengt met zich mee dat een aandeel in een gemeenschapsgoed *geen afzonderlijk vermogensrecht* is, maar slechts de aanduiding van het absolute/exclusieve effect van de verkrijging van ieder gemeenschappelijk goed *als zodanig* per afzonderlijke deelgenoot.<sup>40</sup> Het goed behoort dan in zijn geheel tot ieders vermogen, ongeacht de wijze van het ontstaan van deze meervoudige eigendom.<sup>41</sup> De vraag komt dan op hoe bijvoorbeeld slechts één van de eigenaars nog iets met zijn ‘recht’ kan doen. In de alternatieve visie heeft hij immers geen zelfstandig aandeel om over te beschikken. Dit probleem lost Subelack als volgt op:

‘Uitgangspunt is dat ieder van de meervoudige eigenaren slechts over het effect van zijn *eigen* verkrijging van het goed kan beschikken. Iedere eigenaar kan de meervoudig verkregen zaak of vermogensrecht dus aan een derde vervreemden of met een beperkt recht belasten, maar daarbij kan hij het effect van de verkrijging van de andere eigenaren in beginsel niet aantasten. Dat effect blijft ongewijzigd.’<sup>42</sup>

Subelack spreekt in dat verband over ‘regulering met absolute werking’.<sup>43</sup> Dit heeft inhoudelijk dan hetzelfde effect als de ‘aandelenbenadering’ van het geldende recht. Wat voegt deze geknutselde alternatieve visie dan concreet toe? Ook hier lijkt deze alternatieve visie slechts verwarring te scheppen. Volgens Subelack lost deze alternatieve visie in

de eerste plaats de door hem geconstateerde complicaties op die de hiervoor kort aangestipte verschillende visies met zich meebrengen.<sup>44</sup> In de tweede plaats past de goederenrechtelijke structuur van een gemeenschappelijk vorderingsrecht in deze visie beter in hetgeen art. 6:15 lid 2 BW bepaalt.<sup>45</sup> Een andere vraag die naar aanleiding van deze alternatieve visie opkomt is de vraag hoe deze alternatieve visie zich verhoudt tot de wettelijke regels zoals die zijn neergelegd in art. 3:166 e.v. BW. Dat is zoals eerder opgemerkt niet Subelacks doel met de alternatieve visie, maar hij werkt het antwoord op deze vraag wel uitgebreid uit om de verhoudingen tussen de deelgenoten in de meervoudige eigendom nader vorm te geven.<sup>46</sup> Hij bespreekt welke bepalingen analoog zouden kunnen worden toegepast en welke bepalingen enige aanpassing behoeven om in de alternatieve visie te passen. Het derde hoofdstuk van Subelacks proefschrift eindigt in paragraaf 7 met een korte conclusie waarin het geldende recht tegenover zijn alternatieve visie wordt geplaatst.

#### 4.3 De actieve, niet-ontbonden huwelijksgemeenschap (Boek 1 BW)

In hoofdstuk 4 van het proefschrift staat de goederenrechtelijke structuur van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap van art. 1:93 e.v. BW centraal.<sup>47</sup> Op de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap zijn art. 1:93 e.v. BW van toepassing (en niet art. 3:166 e.v. BW).<sup>48</sup> Zoals steeds, begint Subelack met een bespreking van het geldende recht en dit roept bij Subelack dan ook de vraag op of de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap ook kwalificeert als een breukdelengemeenschap.<sup>49</sup> Over het antwoord op die vraag is in de literatuur geen eenduidig en helder antwoord te vinden, maar er zijn wel twee *hoofdtheorieën* te onderscheiden. Dit betreft de zogenaamde *breukdelenvisie* (iedere echtgenoot heeft een aandeel in de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap) en de zogenaamde *gezamenhandse visie* (iedere echtgenoot is gerechtigd tot het geheel van de goederen die tot de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap behoren onder respectering van het gelijke recht van de andere echtgenoot). Deze

38 Zie Subelack 2024, p. 56-65.

39 Deze theorieën worden door Subelack 2024, p. 67-74 besproken, maar laat ik hier verder rusten. Dat geldt ook voor hetgeen Subelack tegen beide opvattingen zelf inbrengt (zie Subelack 2024, p. 74-83).

40 Subelack 2024, p. 83 en 88.

41 Subelack 2024, p. 84-85, 88 en 94.

42 Subelack 2024, p. 86. Vgl. ook p. 94-95 aldaar.

43 Subelack 2024, p. 87-88 en 95.

44 Subelack 2024, p. 89.

45 Daarin staat: ‘Is de prestatie ondeelbaar of valt het recht daarop in een gemeenschap, dan hebben zij gezamenlijk één vorderingsrecht.’ Zie Subelack 2024, p. 95.

46 Zie Subelack 2024, p. 96-119.

47 Hetzelfde geldt met betrekking tot de gemeenschap van geregistreerd partners (art. 1:80b BW).

48 De ontbonden huwelijksgemeenschap (art. 1:99 BW) kent een bijzonder regime. Daarop zijn zowel de regels van art. 1:100-1:108 BW als de regels die gelden voor de bijzondere gemeenschap (art. 3:189 lid 2 BW) van toepassing. Daarin is ook een goed voorbeeld van de *gelaagde structuur van het BW* te herkennen.

49 Mede naar aanleiding van het inmiddels bekende *Breukdelengemeenschap*-arrest van de Hoge Raad is deze discussie weer actueel. Zie HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111, m.nt. Verstappen, BNB 2024/41, m.nt. Van Vijfeijken (*breukdelengemeenschap*), waarover recent bijv. P. Blokland, ‘Een civielrechtelijke kanttekening bij het HR-arrest over de breukdelengemeenschap: de legitimar is heeft het nakijken!’, JBN 2024/21 (afl. 5), p. 7-8, en D.J. Saija & H.J. Weijers, ‘‘Jij een beetje meer dan ik!’’ Het *Breukdelengemeenschap*-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief bezien, KWEP 2024/9 (afl. 3), p. 4-18.

theorieën zullen de lezers ongetwijfeld bekend voorkomen. Verstappen is bijvoorbeeld een voorstander van de breukdelensie, terwijl Nuytinck een aanhanger van de gezamendehandse visie is.<sup>50</sup> Subelack bespreekt beide visies – en de arresten van de Hoge Raad waarop deze (mede) zijn gebaseerd – uitvoerig.<sup>51</sup> In een tussenconclusie merkt Subelack op dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad niet duidelijk valt af te leiden voor welke visie de Hoge Raad heeft gekozen en kennelijk maakt het als zodanig ook weinig uit.<sup>52</sup> Wel leveren beide visies volgens Subelack dogmatische knelpunten op. Zo past de breukdelensie volgens hem niet goed in het wettelijk systeem, omdat in titel 1.7 BW nergens duidelijk is gemaakt dat er gedurende het bestaan van de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap aandelen te onderscheiden zijn. Bij de gezamendehandse visie vindt Subelack het onduidelijk op welke wijze de rechten van beide echtgenoten *gelijk* kunnen zijn.<sup>53</sup> Aan de belangrijke vraag wat het eigenlijk voor de praktijk uitmaakt welke visie men volgt, besteedt Subelack geen aandacht.

In de kern vloeit de hierboven genoemde onduidelijkheid met betrekking tot de verschillende visies volgens Subelack voort uit het karakter van het eigendomsrecht en de goederenrechtelijke kwalificatie van aandelen in een gemeenschap. Hij stelt zich dan ook de vraag of, en zo ja hoe, de hiervoor in paragraaf 4.1 en 4.2 ontwikkelde alternatieve visie ook toegepast kan worden op de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap. Kort samengevat stelt Subelack dat de alternatieve visie goed toegepast kan worden op de niet-

ontbonden huwelijksgemeenschap. Dit is volgens hem niet anders dan bij de breukdelengemeenschappen (zie par. 4.2). Wel kent de nadere uitwerking een verschil, omdat op de niet-ontbonden huwelijksgemeenschap niet de regels uit titel 3.7 BW, maar die uit titel 1.7 BW van toepassing zijn.<sup>54</sup> Dit betreft in de kern echter slechts beperkte afwijkingen die ook naar het geldende recht niet anders zijn.

## Iedere huwelijksgemeenschap wordt immers ooit ontbonden (art. 1:99 BW) en bij de daaropvolgende verdeling is het cruciaal om de juiste omvang van de dan inmiddels *inactieve* huwelijksgemeenschap te kennen

In latere hoofdstukken maakt Subelack steeds gebruik van zijn alternatieve visie om bepaalde (dogmatische) problemen op te lossen. Zo komt Subelack in hoofdstuk 5 tot de conclusie dat de rechtshandeling van verdeling (art. 3:182 BW) een *translatief karakter* heeft.<sup>55</sup> Dat betekent dat de verdeling wordt gezien als een verkrijging uit handen van de gezamenlijke deelgenoten. Die opvatting staat echter op gespannen voet met onder meer art. 3:182 en 3:186 lid 1 BW, maar heeft volgens Subelack toch de beste papieren voor het geldend recht. Volgens hem kunnen de ‘systematische onvolkomenheden’ die hierdoor ontstaan worden opgelost als zijn alternatieve visie wordt gevolgd. In die visie zijn de aandelen in de zich in de gemeenschap bevindende gemeenschappelijke goederen immers geen zelfstandige vermogensrechten.<sup>56</sup> Dit zorgt ervoor dat diverse, dogmatisch lastige problemen worden opgelost. Dat is winst, maar of de alternatieve visie daarmee als zodanig verder bruikbaar zal zijn is wel de vraag. De ingewikkeldheid van de alternatieve visie maakt het lastig om deze op praktische toepasbaarheid te toetsen. Bovendien leert de ervaring dat dergelijke, ingrijpende alternatieve visies niet of nauwelijks ingang vinden in de wetenschap en de praktijk. Toch is dat wat mij betreft niet het hoofddoel. Juist proefschriften zijn immers bij uitstek geschikt om dieper over de daarin te bespreken materie na te denken en eigen visies beargumenteerd uit te werken. In zoverre is Subelack daarin wat mij betreft zeker geslaagd.

## 5. De omvang van de huwelijksgemeenschap en verkrijgingen krachtens erfrecht of gift

In het tweede deel van Subelacks dissertatie staat de omvang van de huwelijksgemeenschap centraal (zie par. 1).

50 Zie o.m. de annotatie van L.C.A. Verstappen bij HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111, par. 7 (*breukdelengemeenschap*), M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen & W. Burgerhart (m.m.v. J.G. Knot), *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding Deel A* (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 37 en 107-108 met nadere verwijzingen, A.J.M. Nuytinck, ‘Gerechtigdheid voor het geheel in geval van wettelijke gemeenschap’, *WPNR* 2012/6955, p. 932-934, en A.J.M. Nuytinck, ‘Breukdelensie of gezamendehandse visie?’, *WPNR* 2017/7155, p. 477-478. Zie voorts hierover J.C. van Straaten, ‘Rechtskarakter huwelijksgemeenschap (civiel en fiscaal)’, *FtV* 2017/46, afl. 10, p. 5-13 (met name de op p. 6 vermelde (fiscale) jurisprudentie), A.R. de Bruijn/W.G. Huijgen & B.E. Reinhardt, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 107-113, M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Relatievermogensrecht* (Monografieën Privaatrecht nr. 12), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 72-75, M.J.A. van Mourik, ‘Kent het Nederlands burgerlijk recht aandeelloze en/of gezamendehandse eigendom?’, *WPNR* 2019/7237, p. 343-345, en W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/267.

51 Subelack 2024, p. 122-127 en 130-140. Hij bespreekt ook nog enkele visies die op bepaalde onderdelen van de twee hoofdvisies afwijken (Subelack 2024, p. 127-130). Zie ook D.J. Saija & H.J. Weijers, ‘“Jij een beetje meer dan ik!” Het *Breukdelengemeenschap*-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief bezien’, *KWEP* 2024/9 (afl. 3), p. 10-12.

52 Bij Subelack 2024, p. 155, wordt duidelijk dat Subelack ten aanzien van het geldende recht meent dat de breukdelensie de sterkste papieren heeft. Een nadere motivering ontbreekt echter. Zie anders D.J. Saija & H.J. Weijers, ‘“Jij een beetje meer dan ik!” Het *Breukdelengemeenschap*-arrest van 16 februari 2024 vanuit civiel en fiscaal perspectief bezien’, *KWEP* 2024/9 (afl. 3), p. 11-12.

53 Subelack 2024, p. 141.

54 Dit wordt uitgewerkt in Subelack 2024, p. 143-154 en 163. Voorts bespreekt hij ook de rechtsgrond voor het ontstaan van de huwelijksgemeenschap, namelijk de boedelmenging (vgl. art. 3:80 lid 2 BW). Zie Subelack 2024, p. 155-163.

55 Zie enigszins anders M.J.A. van Mourik, ‘Verdeling van een eenvoudige gemeenschap: de transformatie- en titelproblematiek’, *WPNR* 2018/7190, p. 318-319. Hij stelt dat beide opvattingen naast elkaar kunnen bestaan.

56 Subelack 2024, p. 212-213. Hij werkt dit vervolgens nader uit.

Het gaat daarbij vooral om het zoeken naar het antwoord op de vraag of vermogensbestanddelen in bijzondere situaties al dan niet in de huwelijksgemeenschap vallen en daar dan onderdeel van uitmaken of dat deze privé-eigendom blijven of worden van een echtgenoot. In deze hoofdstukken staat met name het geldende recht centraal.

Zoals bekend mag worden verondersteld, dient daarbij – met name in het kader van verkrijgingen krachtens erfrecht en gift<sup>57</sup> – steeds een onderscheid te worden gemaakt tussen het tot 2018 geldende wettelijke stelsel van de *algehele* gemeenschap van goederen (art. 1:94 BW (oud)) en het sinds 2018 geldende wettelijke stelsel van de *beperkte* gemeenschap van goederen (art. 1:94 BW). In het oude systeem vielen erfrechtelijke verkrijgingen en giften in beginsel in de huwelijksgemeenschap, tenzij aan die verkrijging een uitsluitingsclausule was verbonden (art. 1:94 lid 2 sub a BW (oud)). Dat is in het nieuwe systeem anders: ook zonder uitsluitingsclausule blijven goederen die krachtens erfrecht of gift worden verkregen in beginsel buiten de huwelijksgemeenschap (art. 1:94 lid 2 sub a BW).

Het is interessant om te zien dat Subelack in de diverse hoofdstukken geregeld een eigen, van de heersende leer afwijkend, standpunt inneemt. Als voorbeeld kan worden gewezen op goederen die onder een testamentair bewind (art. 4:153 e.v. BW) worden verkregen door een echtgenoot. Vallen dergelijke goederen in de huwelijksgemeenschap of wordt dit door het bewind voorkomen? Volgens de heersende leer vallen deze goederen in de huwelijksgemeenschap, *maar* zullen deze bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap (art. 1:99 BW) aan de echtgenoot-erfgenaar die de goederen heeft geërfd moeten worden toegedeeld.<sup>58</sup> In de literatuur is echter ook wel betoogd dat de onder bewind gestelde goederen ‘goederenrechtelijk bezien’ niet in de huwelijksgemeenschap vallen en in privé eigendom blijven van de echtgenoot-erfgenaar, maar dat de waarde daarvan na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap *verrekend* moet worden. Wordt echter de huwelijksgemeenschap ontbonden als gevolg van het overlijden van de echtgenoot-erfgenaar, dan vallen de goederen alsnog volledig in de huwelijksgemeenschap.<sup>59</sup> Volgens Subelack zijn beide opvattingen onjuist. Hij wijst erop dat er geen bezwaar bestaat – en de wet sluit dat ook niet uit – om de goederen op de gebruikelijke wijze in de huwelijksgemeenschap te laten vallen. Bovendien moet het bij de verdeling ook mogelijk zijn om de goederen aan de andere echtgenoot toe te delen. Voor toedeling van de onder bewind gestelde

goederen aan de andere echtgenoot zal uiteraard wel medewerking van de bewindvoerder nodig zijn.<sup>60</sup>

Ook andere actuele discussies gaat Subelack niet uit de weg. Zo wordt in de literatuur bijvoorbeeld gediscussieerd over het antwoord op de vraag of men zowel voorwaardelijke in- als uitsluitingsclausules (met goederenrechtelijke werking) kan maken (art. 3:38 lid 1 BW).<sup>61</sup> De meerderheid van de auteurs lijkt dit standpunt ondertussen in te nemen.<sup>62</sup> Volgens Subelack bestaat deze mogelijkheid echter helemaal niet en hij werkt dit op p. 310-317 nader uit. Het wettelijk stelsel verzet zich tegen ‘een dergelijke voorwaardelijke werking van boedelmenging’, aldus Subelack.<sup>63</sup>

Tot slot vraagt de regeling van de *zaaksvervang*ing in het huwelijksvermogensrecht enige aandacht.<sup>64</sup> Dat is een ingewikkeld leerstuk. Het Burgerlijk Wetboek kent geen algemene omschrijving van zaaksvervang<sup>ing</sup>,<sup>65</sup> maar in onder meer art. 1:95 lid 1 BW is wel een specifieke regeling voor zaaksvervang<sup>ing</sup> in het kader van de huwelijksgemeenschap neergelegd.<sup>66</sup> Op grond van art. 1:95 lid 1 BW blijft een goed buiten de huwelijksgemeenschap indien de tegenprestatie (vaak de koopprijs) bij de verkrijging van dit goed voor meer dan de helft ten laste komt van het eigen vermogen van een echtgenoot. In hoofdstuk 7 bespreekt Subelack deze regeling uitvoerig en ook in latere hoofdstukken komt art. 1:95 lid 1 BW geregeld om de hoek kijken. Hij besteedt daarnaast onder meer ook aandacht aan de ratio van de zaaksvervang<sup>ing</sup>, de regeling van art. 1:94 lid 6 BW en de vraag of de huidige regels van zaaksvervang<sup>ing</sup> tot dezelfde uitkomsten leiden als de analoge toepassing van art. 1:124 lid 2 en 3 BW (oud) zoals deze tot 2012 werden gehanteerd.<sup>67</sup> Kortom: veel aspecten komen voorbij.

57 Er zijn uiteraard meer verschillen. Zie bijv. Subelack 2024, p. 236. Zie ook R.E. Brinkman, ‘De beperkte gemeenschap van goederen: het lot van voorhuwelijks verkrijgingen, waaronder met name die krachtens erfrecht en gift’, *FtV* 2023/38 (afl. 12), p. 10-15.

58 Zie bijv. A.R. de Bruijn/W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 126.

59 Zie bijv. S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/739.

60 Subelack 2024, p. 258-260, en vgl. art. 4:167 lid 1 en 4:170 BW. Zie in gelijke zin ook C.A. Kraan & S.H. Heijning, *Handboek huwelijksvermogensrecht* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 110-111.

61 Volgens bijv. Huijgen kan dit niet. Zie W.G. Huijgen, ‘Enkele opmerkingen over voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules’, *WPNR* 2019/7247, p. 531-537. Anderen betogen dat dit wel kan. Zie bijv. C.C.M. van Oorschot, ‘Goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke werking van de voorwaardelijke uitsluitingsclausule’, *WPNR* 2022/7354, p. 29-38.

62 Zie de auteurs die worden vermeld in noot 270 bij Subelack 2024, p. 311 (en in noot 282 op p. 313).

63 Subelack 2024, p. 313.

64 Zie bijv. L.H.M. Zonnenberg, ‘Vergoedingsvordering en zaaksvervang<sup>ing</sup>: een voortdurend onrecht!’, in: A. Heida e.a. (red.), *EB Klassiek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 91-105, en W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/301-303.

65 Zie over de zaaksvervang<sup>ing</sup> uitgebreid J.B. Spath, *Zaaksvervang<sup>ing</sup>* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 55), Deventer: Kluwer 2010, en S. Perrick, *Zaaksvervang<sup>ing</sup>. Een verhandeling over de verschillende in het BW geregelde gevallen van zaaksvervang<sup>ing</sup> mede in hun onderlinge samenhang* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom juridisch 2016.

66 Zie bijv. ook T.H. Sikkema, ‘Zaaksvervang<sup>ing</sup> bij gezamenlijke verkrijging door echtgenoten’, *FtV* 2020/28 (afl. 9), p. 6-10, en T.H. Sikkema, ‘Zaaksvervang<sup>ing</sup> en vermogensallocatie in het huwelijksvermogensrecht’, *WPNR* 2021/7351, p. 971-978.

67 Subelack 2024, p. 331-350. Zie bijv. ook Subelack 2024, p. 376-382, waar Subelack de interessante vraag bespreekt of art. 1:95 lid 1 BW ook van toepassing is bij een *gemeenschappelijke verkrijging* door de echtgenoten.

Ik stip hier slechts nog de vraag aan of echtgenoten door middel van huwelijkse voorwaarden van art. 1:95 lid 1 BW kunnen afwijken. Op grond van art. 1:93 (jo. 1:121) BW kan dat in beginsel, tenzij de aard van art. 1:95 lid 1 BW zich daartegen zou verzetten, of het bepaalde in art. 1:95 lid 1 BW dwingend recht vormt.<sup>68</sup> Volgens onder meer Verstappen kan men inderdaad afwijken van de zaaksvervangingsregeling uit art. 1:95 lid 1 BW.<sup>69</sup> Anderen menen echter dat de zaaksvervangingsregeling van dwingend recht is, zodat afwijken niet mogelijk is.<sup>70</sup> Subelack verdedigt een tussenweg. Hij schrijft:

‘Die tussenweg houdt in dat echtgenoten bevoegd zijn om bij huwelijkse voorwaarden af te wijken van de regeling van artikel 1:95 lid 1 BW, maar niet voor zover deze afwijking een versoepeling inhoudt van de voorwaarden die artikel 1:95 lid 1 BW aan het ingrijpen in de gebruikelijke werking van boedelmenging stelt. (...). Naar mijn mening kunnen zij dat echter wél, wanneer zij met hun afwijking een strengere norm voor toepassing van artikel 1:95 lid 1 BW introduceren dan de wetgever voor ogen heeft gestaan.’<sup>71</sup> (cursivering auteur)

Concreet betekent dit dat echtgenoten volgens Subelack dus niet kunnen afspreken dat goederen buiten de huwelijksgemeenschap vallen als deze bijvoorbeeld voor ten minste 30% zijn betaald met privégeduld van een echtgenoot (dat is immers een *versoepeling* ten opzichte van het ‘meer dan de helft-criterium’ uit art. 1:95 lid 1 BW). Een *strenger* criterium mag wel, zoals het verhogen van dit vereiste naar bijvoorbeeld 80%.

### Deze uitleg is met name gerechtvaardigd door het belang om schuldeisers te beschermen tegen uitholling van de huwelijksgemeenschap

Waarom mag dat wel? Deze uitleg is met name gerechtvaardigd door het belang om schuldeisers te beschermen tegen uitholling van de huwelijksgemeenschap.

Al met al biedt Subelacks proefschrift dan ook veel moois en is het boek wat mij betreft zeer lezenswaardig. Een breed palet aan onderwerpen komt voorbij en deze worden steeds grondig besproken. De praktijkjurist die zich bijvoorbeeld bezighoudt met de verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen, wordt lezing van het proefschrift dan ook aanbevolen.

## 6. Conclusie

In deze boekbespreking is Subelacks dissertatie besproken. Dat was niet eenvoudig; het boek bespreekt zoveel interessante onderwerpen dat het maken van een selectie met betrekking tot hetgeen hierboven is besproken geen gemakkelijke opgave was. In zoverre doet deze korte bespreking dan ook geen recht aan Subelacks werk. Mede daarom kan ik de dissertatie van Subelack aan een ieder aanbevelen die zich vanuit wetenschappelijk perspectief met de (omvang van) de huwelijksgemeenschap – en allerlei daarbij behorende en aanpalende thema’s – bezighoudt. Hetzelfde geldt voor de praktijkjurist die hier beroepsmatig mee te maken heeft, zoals advocaten en rechters bij de afwikkeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen en notarissen bij de advisering aan de ‘voorkant’. Dat geldt met name voor het tweede deel van het proefschrift. Daarin worden niet alle problemen opgelost en discussies beslecht, maar het boek zet aan tot nadenken en geeft het geldende recht overzichtelijk weer. Ondanks dat de besproken materie vaak ingewikkeld en soms ook stug en taai is, weet Subelack dit meestal op een toegankelijke wijze te ontsluiten. Hij vat de verschillende standpunten ten aanzien van de verschillende onderwerpen en zijn eigen visie(s) vaak kort samen, hetgeen de leesbaarheid van het boek ten goede komt. Hoewel men de aandacht er dus goed bij moet houden, is de dissertatie zeer lezenswaardig en mag deze in de boekenkast van een ieder die zich met het huwelijksvermogensrecht bezighoudt niet ontbreken.

Dit artikel is afgesloten op 31 augustus 2024.

#### Over de auteur

Mr. H.J. (Rick) Weijers

PhD-fellow Notarieel Recht Universiteit Leiden.

68 Terzijde zij opgemerkt dat art. 1:96b BW hier geen rol speelt. Op grond van dat artikel kan bij overeenkomst worden afgeweken van het beloop van de vergoedingsrechten waar het tweede gedeelte van art. 1:95 lid 1 BW ook over spreekt. Vgl. art. 1:87 lid 4 BW. Dit zegt echter niets over afwijken van de zaaksvervangingsregeling zelf. Onduidelijk is dan ook B.E. Reinhartz, in: *GS Personen- en familierecht*, commentaar op art. 1:95 BW, aant. 5.

69 Zie par. 18 van de noot van L.C.A. Verstappen bij HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199, NJ 2015/378.

70 Zie bijv. S. Perrick, *Zaaksvervangingsregeling. Een verhandeling over de verschillende in het BW geregelde gevallen van zaaksvervangingsregeling mede in hun onderlinge samenhang* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 35, en A.R. de Bruijn/W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 244.

71 Subelack 2024, p. 339.