

Ministerie van Justitie & Veiligheid
T.a.v. de minister voor rechtsbescherming
de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

datum	: 29 maart 2018	contact	: drs. Tessa Maas
uw brief van	: 26 februari 2018	e-mail	: t.maas@knb.nl
uw kenmerk	: 2211446	telefoon	: +31 70 330 71 22
ons kenmerk	:		
betreft	: Reactie KNB op Wet wegnemen notariskosten bij algehele gemeenschap van goederen		

Geachte heer Dekker,

Bij brief van 26 februari 2018 heeft u de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) ter advisering voorgelegd het conceptwetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het wegnemen van notariskosten voor paren die in algehele gemeenschap van goederen willen trouwen (Wet wegnemen notariskosten bij algehele gemeenschap van goederen). Van de geboden gelegenheid maakt de KNB graag gebruik.

Daarbij zij opgemerkt dat de in de conceptmemorie van toelichting aan de KNB toegeschreven positieve grondhouding uitsluitend ziet op haar bereidheid om in algemene zin constructief mee te denken in wetgevingstrajecten die het notariële werkveld raken. Die bereidheid neemt echter niet weg dat de KNB tegen het ter advisering voorgelegde conceptwetsvoorstel een aantal fundamentele bezwaren heeft.

Algemene opmerkingen

Welk maatschappelijk probleem?

In de toelichting wordt onvoldoende ingegaan op de vraag welk maatschappelijk probleem met dit wetsvoorstel wordt opgelost en hoe groot dat probleem is, hetgeen ten principale onderbouwing behoeft. De KNB ziet niet in wat het maatschappelijke probleem is nu ook zonder dit wetsvoorstel paren kunnen huwen in de oude algehele gemeenschap van goederen door het maken van huwelijkse voorwaarden.

Als het honorarium van de notaris het maatschappelijk probleem is dat moet worden opgelost, zouden op zijn minst de voordelen van de bijstand van de notaris voor partijen maar ook voor de maatschappij als geheel in de afweging moeten worden betrokken. De vraag is dan ook waarom de overheid het honorarium van de notaris alleen in het kader van deze specifieke dienstverlening als een probleem ziet dat door haar moet worden opgelost.

Wat betreft de omvang van het probleem – zo daarvan al kan worden gesproken – constateert de KNB dat de Wet beperking gemeenschap van goederen pas op 1 januari 2018 in werking is getreden en dat er nog geen betrouwbare gegevens zijn over de gemiddelde hoogte van het notarieel honorarium dat wordt gerekend voor huwelijkse voorwaarden houdende een algehele gemeenschap van goederen. Ook is nog geen zicht op het aantal aanstaande paren dat de algehele gemeenschap van goederen verkiest boven de beperkte gemeenschap. Uit een peiling onder notarissen blijkt dat in de eerste maanden van 2018 slechts een heel gering aantal aanstaande echtparen kiest voor de algehele gemeenschap van goederen. Ruim 94% van de respondenten gaf aan, ofwel geen aktes houdende algehele gemeenschap te hebben gemaakt, ofwel een heel klein aantal, namelijk tussen de een en de vier. Slechts 1,3% van de (kandidaat)notarissen maakten meer dan 10 aktes houdende algehele gemeenschap ¹.

Verwarring voor burgers

Het huwelijksvermogensrecht is een ingewikkeld rechtsgebied dat voor de burger lastig te begrijpen is. Dat blijkt niet alleen uit ervaringen van notarissen in de praktijk maar ook uit de berichtgeving in populaire media over de Wet beperking gemeenschap van goederen, waarin ten onrechte het beeld is ontstaan dat men nu automatisch op huwelijkse voorwaarden huwt.

De Wet beperking gemeenschap van goederen is op 1 januari jongstleden in werking getreden. Dat nu al een volgende wijziging wordt voorgesteld, schept het risico van nog grotere verwarring voor burgers. Die verwarring wordt niet alleen veroorzaakt door de timing van de wijziging maar ook door de introductie van een tweede wettelijk systeem of, afhankelijk van het perspectief dat men verkiest, een variant op het wettelijk basissysteem. Hoe men de voorgestelde regels dogmatisch wil plaatsen en presenteren, doet er voor de burger niet zo veel toe. Feit blijft dat het huwelijksvermogensrecht – als dit wetsvoorstel wet wordt – twee keer in korte tijd verandert.

Die verwarring zal niet alleen de aanstaande echtparen treffen maar ook anderen. Een belangrijk argument voor de invoering van de beperkte gemeenschap was het overbodig maken van uitsluitingsclausules. Derden, zoals (groot)ouders, ooms en tantes, zouden geen uitsluitingsclausule meer hoeven opnemen in hun testamenten en in schenkingsakten om te bereiken dat een erfenis of gift voor een echtgenoot privévermogen zou worden. Als de algehele gemeenschap van goederen wordt ingevoerd als tweede wettelijk systeem naast de beperkte gemeenschap zal dat voordeel voor derden verdwijnen omdat zij niet (kunnen) weten in welk vermogensrechtelijk stelsel familieleden gehuwd zijn. Dat leidt ertoe dat derden – al was het maar veiligheidshalve – weer uitsluitingsclausules zullen moeten gaan maken.

¹ In maart 2018 werd een peiling gehouden onder (kandidaat)notarissen. In totaal 543 leden reageerden op de vraag: Hoeveel aktes heeft u sinds 1 januari 2018 gepasseerd waarin de algemene gemeenschap van goederen is geregeld?

De notaris beschermt

Het conceptwetsvoorstel draagt de (verkorte) naam: Wet wegnemen notariskosten bij algehele gemeenschap van goederen. Met die naam wordt de suggestie gewekt dat het honorarium van de notaris niet meer is dan een administratieve last voor burgers die kan en moet worden weggenomen. Daarmee doet het wetsvoorstel tekort aan de rol en taak van de notaris in het Nederlandse rechtsbestel. De verplichte notariële bijstand voor paren die willen afwijken van het wettelijk basisstelsel, beschermt partijen tegen het onbewust nemen van risico's. Deze risico's zijn groot gezien het feit dat alle voorhuwelijkse schulden van ieder van de echtgenoten – anders dan bij de beperkte gemeenschap – dan ook gemeenschappelijk worden. Door de verplichte notariële bijstand weg te nemen, doet het conceptwetsvoorstel afbreuk aan de rechtsbescherming van burgers. Alleen wie zich al in enige mate bewust is van de risico's, zal het belang van gedegen voorlichting onderkennen en zich tot een notaris wenden. Dat het hier gaat om niet te onderschatten en bij voorkeur te vermijden risico's heeft de wetgever zelf onderschreven met de Wet beperking gemeenschap van goederen. Dit wetsvoorstel past dan ook niet in een consistente en consequente lijn van wetgeving.

Ook het feit dat de risico's van de algehele gemeenschap zich pas bij het einde van het huwelijk zullen openbaren, zal niet bijdragen aan het besef van burgers dat het maken van de keuze minder eenvoudig is en meer financiële gevolgen kan hebben dan wordt gesuggereerd door de vorm waarin de keuze straks zal kunnen worden gemaakt: door het invullen van een formulier.

Het wegnemen van de verplichte notariële bijstand doet bovendien afbreuk aan de rechtszekerheid. De notaris bevordert immers de rechtszekerheid door de voorlichting op maat aan partijen, de controle van hun identiteit en hun wil, de juridische vormgeving van de afspraken tussen partijen en ten slotte de bewijsfunctie van de notariële akte.

Rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand

De toelichting vermeldt dat er bewust van is afgezien om de ambtenaar van de burgerlijke stand een wettelijke informatieplicht inzake de algehele gemeenschap van goederen jegens aanstaande echtgenoten te geven. Opmerking verdient dat de wetgever aldus het risico aanvaardt dat burgers zonder enige voorlichting in algehele gemeenschap van goederen huwen. Die keuze wordt gemotiveerd met de constatering dat de ambtenaar van de burgerlijke stand niet over de expertise beschikt om voorlichting te geven op dit gebied. Tegelijkertijd wordt in de toelichting opgemerkt dat gemeenten individueel kunnen kiezen voor verdergaande dienstverlening jegens de burger. Gegeven de erkenning van het feit dat de ambtenaar van de burgerlijke stand expertise op dit gebied mist, betekent die opmerking dat de wetgever welbewust het risico aanvaardt dat burgers onjuist worden voorgelicht door ambtenaren. Aanvaardt de overheid dan ook aansprakelijkheid voor de schade die het gevolg is van de onjuiste voorlichting?

Het wetsvoorstel geeft de ambtenaar van de burgerlijke stand de taak zorg te dragen voor de inschrijving van de verklaring zoals bedoeld in artikel 44a ('de artikel 44a-verklaring'). De KNB constateert dat van de ambtenaar dan ook verwacht mag worden dat hij burgers kan voorlichten over de gevolgen van inschrijving. Een ambtenaar behoort vragen van burgers over de gevolgen van rechtshandelingen waarvan de begeleiding tot zijn takenpakket behoort, te kunnen beantwoorden. Is de ambtenaar hiervoor – anders dan voor de voorlichting over de gevolgen van de keuze voor algehele gemeenschap – wel toegerust?

Denkbaar is de situatie dat de aanstaande echtgenoten zich eerst tot de notaris wenden om huwelijkse voorwaarden te maken en later bewust of onbedoeld – omdat zij de strekking van de verklaring niet begrijpen – de artikel 44a-verklaring ondertekenen. Hoe moet worden omgegaan met deze conflicterende wilsuitingen? Controleert de ambtenaar wel of er niet al een akte van huwelijkse voorwaarden is gepasseerd?

Dat de keuze voor de algehele gemeenschap tot stand komt door het afleggen van een schriftelijke verklaring, doet niet af aan het feit dat die keuze een *overeenkomst* van huwelijkse voorwaarden tussen de aanstaande echtgenoten is. De KNB constateert dat de ambtenaar geen wilscontrolerende taak heeft. Dat betekent dat via deze route vernietigbare overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden tot stand kunnen komen, een situatie die de KNB onwenselijk voorkomt. De KNB mist overigens een uiteenzetting van de weg die een echtgenoot zou moeten bewandelen indien hij de op deze wijze tot stand gekomen overeenkomst van huwelijkse voorwaarden zou willen vernietigen en wat de gevolgen daarvan zijn.

Wet markt en overheid

De KNB vraagt zich af hoe dit wetsvoorstel zich verhoudt tot de Wet markt en overheid. De notaris is een ondernemer. Een van zijn diensten is het maken van huwelijkse voorwaarden. Volgens dit conceptwetsvoorstel gaat de overheid voor één soort huwelijkse voorwaarden dezelfde dienst aanbieden en begeeft zich daarmee in concurrentie met het notariaat.

Ook de aanvaarding van de mogelijkheid dat de ambtenaar van de burgerlijke stand burgers voorlichting geeft over de keuze voor de algehele gemeenschap van goederen, betekent dat de overheid zich in concurrentie begeeft met de notaris, die zijn praktijk als ondernemer dient te voeren.

Rechtsongelijkheid

Het conceptwetsvoorstel regelt alleen de voorhuwelijkse keuze voor de algehele gemeenschap van goederen. Paren die tijdens hun huwelijk willen overstappen naar dat wettelijke stelsel, moeten daarvoor nog steeds huwelijkse voorwaarden maken bij notariële akte. Voor dit verschil in behandeling wordt geen rechtvaardigingsgrond gegeven en de KNB ziet die ook niet.

Andere opties; notariskosten op nihil stellen

De toelichting vermeldt dat de optie om de notariskosten voor een 'akte algehele gemeenschap van goederen' op nihil te stellen op het principiële bezwaar stuit dat zou worden ingegrepen in de vrije tariefvorming bij het notariaat. De KNB onderschrijft dit bezwaar en voegt daaraan toe dat aan geen enkele ondernemer bij wet verplicht kosteloze dienstverlening wordt opgelegd. Die optie getuigt bovendien – opnieuw – van een miskenning van de taak van de notaris en de aan die taakuitoefening verbonden kosten. Aan iedere akte gaat onderzoek en advies vooraf, voor iedere akte die een notaris passeert is hij civiel- en tuchtrechtelijk aanspreekbaar, iedere akte telt mee in de berekening van de premie voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering van de notaris en iedere akte moet veilig en onbeperkt worden bewaard.

Verhouding tot artikel 1:80f en 1:166 BW

Onduidelijk is de verhouding van het conceptwetsvoorstel tot de inhoud van artikel 1:80f en artikel 1:166 BW. Als partijen in een eerste huwelijk in de beperkte gemeenschap zijn gehuwd, scheiden en dan hertrouwen met elkaar, kunnen ze dan alsnog door een formulier voor de algehele gemeenschap van goederen kiezen? Of is in dat geval wel een notariële akte vereist?

Internationale huwelijken

Dit wetsvoorstel brengt extra onzekerheden mee voor internationale huwelijken, hetgeen gezien het niet geringe - en nog steeds stijgende - aantal internationale huwelijken een reëel probleem is. De vraag is of door de artikel 44a-verklaring ook een rechtskeuze voor Nederlands recht wordt uitgebracht. Op dit moment geldt in Nederland het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978. Vanaf 29 januari 2019 zal de EU Verordening huwelijksvermogensrecht gaan gelden voor huwelijken gesloten vanaf die datum.

Voor huwelijken die gesloten zullen worden vóór 29 januari 2019 bepaalt artikel 11 van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 dat een rechtskeuze uitdrukkelijk dient te worden uitgebracht of ondubbelzinnig kan voortvloeien uit huwelijksvoorwaarden. Er wordt aangenomen dat echtgenoten door te verwijzen naar wetsartikelen een stilzwijgende rechtskeuze doen. Het verdient dan ook aanbeveling daarmee rekening te houden bij de vaststelling van de artikel 44a-verklaring in de algemene maatregel van bestuur.

Het wetsvoorstel houdt geen rekening met de inwerkingtreding van de EU Verordening huwelijksvermogensrecht op 29 januari 2019. Vanaf die datum zal de EU-verordening gaan gelden voor huwelijken die na die datum worden gesloten binnen de meeste EU-lidstaten². Artikel 22 van die verordening staat alleen de uitdrukkelijke rechtskeuze toe. Ingevolge artikel 23 geldt als minimum formeel vereiste dat de rechtskeuze geschiedt bij schriftelijke, gedagtekende en door beide aanstaande echtgenoten ondertekende overeenkomst. Dat betekent dat aanstaande

² Niet in Denemarken, Verenigd Koninkrijk, Ierland, Polen, Hongarije, Roemenië, Estland, Letland, Litouwen en Slowakije.

echtgenoten die na 29 januari 2019 door middel van een artikel 44a-verklaring voor de algehele gemeenschap kiezen, daarmee niet zonder meer een rechtskeuze uitbrengen voor het Nederlandse recht, ook niet als daarin wordt verwezen naar wetsartikelen.

Artikelsgewijs commentaar

ARTIKEL 1, A, Artikel 44a

Kenbaarheid huwelijksvermogensregime; gevolgen voor betrouwbaarheid vastgoedverkeer

In artikel 44a, derde lid wordt aan de aanstaande echtgenoten de keuze gelaten om de verklaring in te laten schrijven in het huwelijksgoederenregister. Aannemelijk is dat de meeste aanstaande echtgenoten ervoor zullen kiezen om de verklaring niet te laten inschrijven. In de eerste plaats hebben de aanstaande echtgenoten in de meeste gevallen niet direct belang bij de inschrijving. Het doel van inschrijving is immers de huwelijkse voorwaarden aan derden te kunnen tegenwerpen. Dat heeft zin als een gemeenschap wordt verkleind of uitgesloten omdat daardoor minder goederen verhaalsobject voor die derden (schuldeisers) zijn. Maar door de keuze voor de algehele gemeenschap kunnen derden zich in de meeste gevallen juist op meer in plaats van op minder goederen verhalen. Inschrijving is dan niet in het belang van de aanstaande echtgenoten. Nu bovendien voor de inschrijving een griffierecht van € 187,00 is verschuldigd, ligt een keuze voor inschrijving niet voor de hand.

Het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten zal dan ook niet meer in alle gevallen kenbaar zijn uit het huwelijksgoederenregister. Voor rechtshandelingen waarbij het van belang is het huwelijksvermogensregime te kennen, moet men dan afgaan op wat echtgenoten daar zelf over kunnen aantonen. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat niet alle echtgenoten de het door de ambtenaar gewaarmerkte exemplaar van de artikel 44a-verklaring even zorgvuldig zullen bewaren. De ervaring in de notariële praktijk leert bovendien dat echtgenoten zelf in de meeste gevallen niet weten wat hun huwelijksvermogensregime is. Ook de gemeenten zullen het formulier niet langer dan de wettelijke bewaartermijn bewaren, zodat partijen ook niet bij de gemeente terecht kunnen om te achterhalen wat hun keuze was.

Een keuze voor de algehele gemeenschap heeft echter wel goederenrechtelijke gevolgen die dan niet in alle gevallen kenbaar zijn. Dat heeft consequenties voor de betrouwbaarheid van het rechtsverkeer en de openbare registers. Voor een geldige overdracht van een vóór het huwelijk door een van de echtgenoten verkregen registergoed, is na de ontbinding van de gemeenschap de medewerking van beide echtgenoten nodig. Dat is echter niet kenbaar als de artikel 44a-verklaring niet is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister. Indien de leveringsakte ten onrechte alleen wordt getekend door de echtgenoot op wiens naam het registergoed staat, is de overdracht ongeldig. Als partijen niet meer kunnen aantonen wat hun huwelijksvermogensregime is, kan de notaris niet meer instaan

voor een geldige overdracht van dat registergoed en dus ook niet voor de geldige vestiging van het hypotheekrecht.

Het geschetste probleem speelt niet alleen in het vastgoedverkeer maar ook bij verdelingen na echtscheiding en bij de afwikkeling van nalatenschappen. De niet-kenbaarheid van het huwelijksvermogensregime zal ook gevolgen hebben voor de snelheid waarmee een verklaring van erfrecht kan worden afgegeven en de betrouwbaarheid daarvan. Het huwelijksvermogensregime van de erflater is immers mede bepalend voor de vraag wat er tot zijn nalatenschap behoort.

Het heeft gezien het voorgaande de voorkeur van de KNB dat zowel voor de artikel 44a-verklaring als voor andere huwelijkse voorwaarden inschrijving in het huwelijksgoederenregister verplicht wordt.

Griffierecht

De KNB maakt van de gelegenheid gebruik haar verbazing uit te spreken over de hoogte van het door de rechtbanken geheven griffierecht voor de inschrijving van een akte van huwelijkse voorwaarden. Afgezet tegen de kosten die bij de burger in rekening worden gebracht voor de inschrijving van een testament in het door de KNB gehouden Centraal Testamentenregister (€ 5,50) lijkt een griffierecht van € 187,00 voor de inschrijving van huwelijkse voorwaarden buitenproportioneel hoog. De KNB biedt al geruime tijd aan het beheer van het huwelijksgoederenregister over te nemen van de rechtspraak omdat zij met de overname van het Centraal Testamentenregister heeft aangetoond in staat te zijn de kwaliteit van het register te verhogen en de kosten van inschrijvingen voor de burger aanzienlijk te verlagen. Nu het motief voor dit wetsvoorstel is gelegen in de wens om kostenverlaging voor de burger te realiseren, had het voor de hand gelegen eerst een alternatief te onderzoeken dat de kosten voor *alle* burgers die huwelijkse voorwaarden willen maken (en dus niet alleen voor de groep die in algehele gemeenschap van goederen wil huwen) aanmerkelijk verlaagt, terwijl de rechtsbescherming voor burgers en het bestaande systeem van het huwelijksvermogensrecht met één wettelijk stelsel blijft behouden.

ARTIKEL 1, B, Artikel 93

Beperking keuzevrijheid?

Het voorgestelde artikel 93, eerste lid roept de vraag op of het voor aanstaande echtgenoten die dat verkiezen, wel mogelijk blijft om voor het huwelijk bij notariële akte huwelijkse voorwaarden houdende algehele gemeenschap overeen te komen. Indien bedoeld is een voorhuwelijkse keuze voor algehele gemeenschap uitsluitend toe te staan indien die door middel van een artikel 44a-verklaring wordt uitgebracht, beperkt dat de keuzevrijheid van burgers. Voor die beperking bestaat geen redelijke grond.

ARTIKEL II

Overgangsrecht

Artikel II, dat een technische wijziging van het overgangsrecht bij de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen beoogt, voegt in art. V, tweede lid van die wet onder meer toe artikel 94a, tweede lid onder c en vijfde lid onder b.

Artikel 94a heeft echter geen c onder het tweede lid en evenmin een vijfde lid. Bedoeld is waarschijnlijk 94a, eerste lid, onder c en tweede lid, onder b.

Voorts is er een overlap met wetsvoorstel 34 887 Verbeteringen in enkele wetten van het Ministerie van Justitie en Veiligheid (Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2018). De wijziging in artikel XXI van dat voorstel komt overeen met hetgeen in het onderhavige voorstel is opgenomen.

Terzijde merkt de KNB het volgende op. In het overgangsrecht bij de Wet beperking gemeenschap van goederen lijkt artikel 95a onmiddellijke werking te hebben gekregen, hoewel uit de memorie van toelichting blijkt dat dat niet de bedoeling van de initiatiefnemers was. Deze onduidelijkheid in het overgangsrecht is waarschijnlijk veroorzaakt doordat het desbetreffende artikel tijdens het wetgevingsproces is verplaatst. Het bepaalde in het huidige artikel 95a was immers eerst opgenomen in artikel 95. De initiatiefnemers achtten het niet nodig om voor artikel 95 overgangsrecht op te nemen, omdat dat voortvloeit uit de uitzondering op de onmiddellijke werking (Kamerstukken II, 2013-2014, 33 987, nr. 3, p. 21). De KNB geeft in overweging deze onduidelijkheid op te helderen.

Conclusie

De conclusie van het voorgaande is dat de KNB dit wetsvoorstel niet kan steunen omdat er niet is gebleken van een maatschappelijke noodzaak voor de voorgestelde regeling, het verwarring schept voor burgers, afbreuk doet aan rechtsbescherming van burgers, een reëel risico meebrengt op afname van de betrouwbaarheid van de openbare registers en er een alternatief is dat een kostenverlaging biedt voor alle burgers die huwelijkse voorwaarden willen maken en niet slechts voor een beperkte groep.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Nick van Buitenen', is shown within a light blue rectangular box.

Mr. Nick van Buitenen
Voorzitter KNB