

Met belangstelling heb ik de consultatieversie van het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 BW gelezen. Graag maak ik van de mogelijkheid gebruik om enkele kanttekeningen te plaatsen bij het voorgestelde artikel 44a Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

1. Artikel 1:44a lid 1 BW:

Het wetsvoorstel (hierna: wet) bepaalt dat de aanstaande echtgenoten tot één dag voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking een door hen beiden ondertekende en gedagtekende verklaring aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen doen toekomen. Vindt een huwelijk op woensdag om 9.00 uur plaats, dan kunnen de aanstaande echtgenoten, zo maak ik althans uit de wettekst en de Memorie van Toelichting (MvT) op, de verklaring nog tot de daaraan voorafgaande dinsdag (mits werkdag):

- a. óf vóór sluitingstijd aan de balie van de burgerlijke stand (doen) afgeven;
- b. óf per post aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (doen) bezorgen;
- c. óf tot die dinsdag 23.59 uur digitaal bij de gemeente (doen) aanleveren.

De vraag is of de ambtenaar van de burgerlijke stand daarmee nog (voldoende) tijd heeft de verklaring (zoals de MvT stelt) 'administratief te verwerken', maar ik lees geen verplichting dat die verwerking vóór de huwelijksluiting moet zijn afgerond.

Ik vraag me af wat bij een op maandag voorgenomen huwelijk de status is van een op de zondag daarvoor op digitale wijze ingediende verklaring. Volgens de wettekst is die verklaring zonder waarde. Wordt het huwelijk vervolgens (om welke reden dan ook) uitgesteld tot dinsdag, dan heeft de verklaring ineens weer wel waarde. Dat betekent het verschil tussen gehuwd zijn in de 'beperkte' gemeenschap van artikel 1:94 BW (op maandag) of in de 'algehele' gemeenschap van goederen van artikel 1:94a BW (op dinsdag). Is het niet eenvoudiger te bepalen dat de verklaring tot aan het moment van de huwelijksluiting kan worden ingediend? De bevestiging van de ontvangst (door de verstrekking van een gewaarmerkt exemplaar van de verklaring) hoeft immers -volgens de wet- niet terstond en daarmee niet vóór de huwelijksluiting plaats te vinden. Waarschijnlijk zal de ambtenaar van de burgerlijke stand bij het administratief verwerken van de huwelijksakte (artikel 1:67 lid 2 BW) ook de verklaring verwerken (zeker als die op het laatste moment is ingediend), waarna de echtgenoten daarvan een gewaarmerkt exemplaar zullen ontvangen. Dit levert geen problemen op zolang de verklaring maar is voorzien van de datum (en, voor het geval de verklaring ook op de dag van de huwelijksvoltrekking kan worden ingediend, het tijdstip!) van indiening. De verplichting om datum (en tijdstip) van indiening op de verklaring aan te tekenen kan bijvoorbeeld in de in lid 5 bedoelde Algemene maatregel van bestuur (amvb) worden opgenomen.

Naar mijn mening is niet duidelijk door wie de verklaring kan (moet) worden ingediend. Moeten beide echtgenoten (samen, of mag het ook na elkaar?) aan de balie verschijnen? Moet het digitaal met DigiD geschieden? Het 'doen toekomen' uit de wettekst is een ruime formulering die in feite iedereen de mogelijkheid geeft een door de aanstaande echtgenoten ondertekende en gedateerde verklaring daadwerkelijk aan de balie af te geven, per post aan de gemeente toe te sturen of digitaal in te dienen. Welke controles moet de ambtenaar van de burgerlijke stand aan de balie uitvoeren, hoe beoordeelt hij de ontvangen post, welke stappen moeten voor digitale indiening worden doorlopen? In de MvT is nu opgenomen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand uitsluitend hoeft te controleren of de verklaring is gedateerd en door beide echtgenoten is ondertekend. Ik zie niet goed hoe die ondertekening bij een met de post ontvangen verklaring afdoende kan worden gecontroleerd. Is de verklaring niet een te belangrijk stuk dat met meer waarborgen moet worden omkleed? De rechtszekerheid brengt mee dat er geen twijfel over moet bestaan dat het de beide aanstaande echtgenoten zijn die voor het ondertekenen en indienen van de verklaring kiezen. Er zal niemand zijn die tussen het indienen van de verklaring en de huwelijksluiting aan de aanstaande echtgenoten vraagt of zij het waren die de verklaring hebben ondertekend en (al dan niet zelf hebben) ingediend, maar er moet geen enkele discussie kunnen ontstaan over het antwoord op die vraag. Mijn suggestie zou zijn om in de wet (of de amvb) te bepalen dat de verklaring uitsluitend door

beide aanstaande echtgenoten (tezamen, maar ook na elkaar) kan worden ingediend (óf met legitimatie aan de balie, óf met DigiD op digitale wijze, maar niet per post). Dit dient de rechtszekerheid, niet in het minst die van de aanstaande echtgenoten. Je zou daarbij kunnen overwegen dat het indienen van een verklaring tot intrekking van een eerder ingediende verklaring wel effect heeft zodra deze door een van de aanstaande echtgenoten wordt ingediend, waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand de verplichting krijgt opgelegd om de andere echtgenoot terstond van het indienen van de verklaring tot intrekking hiervan schriftelijk op de hoogte te brengen.

Als het -in dat systeem- al mogelijk is dat een derde een rol speelt bij het 'doen toekomen' van de verklaring lijkt me de notaris de aangewezen deskundige (wel moet dan worden geregeld hoe de notaris de verklaring ook digitaal kan indienen). Je kunt je dan afvragen of het voldoende is dat de notaris alleen de handtekening van de aanstaande echtgenoten onder de verklaring legaliseert, of dat de notaris ook in dat geval 'verplicht' de aanstaande echtgenoten moet informeren (over de vraag wat de notariële verplichtingen bij een legalisatie zijn lopen de meningen uiteen). De MvT wijst op de notariële zorgplicht en het eigen tuchtrecht en stelt dat als een notaris aan de aanstaande echtgenoten voorlichting heeft gegeven die notaris dan ook de verklaring aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kan doen toekomen. Dat gaat volgens mij te ver: in het huidige voorstel kan iedereen de verklaring 'doen toekomen', zodat het geven van voorlichting voor een notaris geen vereiste kan zijn om ook de verklaring te mogen indienen. Als de notaris voor zijn medewerking een informatieplicht zou hebben komt een doelstelling van deze nieuwe wetgeving (wegnemen notaris kosten) danig onder druk te staan, omdat de notaris zijn advieskosten in rekening zal brengen. Wellicht dat de aanstaande echtgenoten dan besluiten dat op maat gemaakte huwelijksvoorwaarden uiteindelijk misschien iets duurder zijn, maar dat die beter aansluiten op hun specifieke situatie en wensen.

Zou het ook mogelijk moeten zijn dat een notaris de verklaring voor aanstaande echtgenoten in notariële vorm opstelt? In de verklaring zouden de aanstaande echtgenoten de notaris opdracht kunnen geven de verklaring (bijvoorbeeld bij afschrift, al moeten dan wel de handtekeningen van beide echtgenoten zijn opgenomen, omdat de verklaring anders niet voldoet aan de eis dat deze door beide echtgenoten ondertekend moet zijn) aan de ambtenaar van de burgerlijke stand te doen toekomen. Ook voor deze situatie moet wel worden geregeld hoe de notaris de verklaring digitaal kan indienen. Bijkomend voordeel van een verklaring in notariële vorm is dat als de echtgenoten hun gewaarmerkte verklaring kwijt zijn zij de notaris om een afschrift van het notariële stuk kunnen vragen. Het gevaar is echter dat de aanstaande echtgenoten na het tekenen bij en indienen door de notaris vervolgens de verklaring kunnen intrekken door een verklaring daartoe aan de ambtenaar van de burgerlijke stand te doen toekomen. De notaris is hier niet van op de hoogte en heeft wellicht niet de mogelijkheid om te achterhalen of de verklaring is ingetrokken. Het opnemen van de verklaring in notariële vorm is in de huidige wettelijke regeling dus niet aan te bevelen (althans niet als stuk aan de hand waarvan de echtgenoten later zouden kunnen aantonen hoe zij zijn gehuwd). De verklaring hoeft overigens niet in notariële vorm te worden opgenomen als de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht wordt het tweede exemplaar van de verklaring te bewaren (zolang niet in het huwelijksgoederenregister ingeschreven) dan wel het afleggen van de verklaring in een register op te nemen (zie hierna). Overigens kun je je ook in deze situatie afvragen of het niet goedkoper is dat de notaris in plaats van het opmaken van een notariële verklaring voor deze aanstaande echtgenoten op maat gemaakte huwelijksvoorwaarden opstelt.

Ik vind het niet meer dan logisch dat de ambtenaar van de burgerlijke stand slechts een 'bijzondere administratiefunctie' (aldus de MvT) krijgt, en niet een wettelijke informatieplicht. Ik denk zelfs dat de betreffende ambtenaar bij het opnemen van het voornemen tot het huwelijk niet eens verplicht is om aanstaande echtgenoten op de nieuwe keuzemogelijkheid (de verklaring) te attenderen. Ook vóór 1 januari 2018 bestond een soortgelijke verplichting niet en verwees een goede ambtenaar van

de burgerlijke stand de aanstaande echtgenoten met vragen naar het notariaat. Aanstaande echtgenoten krijgen er door de nieuwe wet alleen een daadwerkelijke keuze bij: kiezen wij voorafgaand aan het huwelijk voor de beperkte gemeenschap (dan doen we niks), de 'algehele' gemeenschap van goederen (dan dienen we de verklaring in) of voor het maken van huwelijksvoorwaarden (dan gaan we naar de notaris)? Mooi dat de MvT meldt dat bij 'vragen aan de balie' de ambtenaar kan volstaan met doorverwijzing naar het notariaat, maar ook het voornemen om in het huwelijk te treden (artikel 1:44 BW) kan digitaal worden gemeld. Ook daar zou een gemeente kunnen opnemen dat het zinvol kan zijn voorafgaand aan het huwelijk een notaris te raadplegen.

Een interessante vraag is wat de gevolgen zijn wanneer aanstaande echtgenoten eerst bij de notaris huwelijksvoorwaarden opstellen en vervolgens bij de ambtenaar van de burgerlijke stand de verklaring van artikel 1:44a lid 1 BW indienen. Geheel denkbeeldig is dit niet: als aanstaande echtgenoten rond de invoeringsdatum van de nieuwe wet in 'algehele' gemeenschap van goederen willen trouwen maar niet zeker weten of de huwelijksluiting voor of na de inwerkingtreding plaatsvindt, kunnen zij besluiten om voor het geval het huwelijk daarvoor wordt gesloten huwelijksvoorwaarden te maken en om voor het geval het huwelijk daarna wordt gesloten de verklaring te tekenen/in te dienen. Dan zal de notaris in de huwelijksvoorwaarden moeten opnemen dat deze niet in werking treden als de bedoelde verklaring wordt ingediend. Voor het geval de echtgenoten na het opstellen van huwelijksvoorwaarden abusievelijk de verklaring ondertekenen en indienen (bijvoorbeeld omdat ze de verklaring 'op internet' tegenkwamen en dachten dat die bij de stukken voor het kenbaar maken van hun voorgenomen huwelijk hoorde) is naar mijn mening het laatst ondertekende stuk (de verklaring) geldend (het lijkt me niet mogelijk om in de huwelijksvoorwaarden op te nemen dat een eventueel later ondertekende en ingediende verklaring geen effect heeft).

2. Artikel 1:44a lid 3 BW:

De wet (artikel 1:44a lid 1 BW) en de MvT bepalen dat de verklaring (tenzij digitaal ingediend) in tweevoud moet worden ingediend. Het eerste exemplaar krijgen de aanstaande echtgenoten gewaarmerkt retour, het tweede exemplaar is (aldus de MvT) bedoeld om óf te worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister óf, als het niet wordt ingeschreven, te verdwijnen (althans niet te worden bewaard, zie hierna).

In artikel 1:44a lid 3 BW bepaalt de wet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand uitsluitend op verzoek, maar dan wel terstond na de huwelijksvoltrekking, zorg draagt voor inschrijving van het tweede exemplaar van de verklaring in het huwelijksgoederenregister. Let wel: de aanstaande echtgenoten zullen het zelf actief moeten verzoeken, er is voor de ambtenaar van de burgerlijke stand geen verplichting om dit aan hen te vragen. Wellicht kan in het model van artikel 1:44a lid 2 BW de vraag worden opgenomen of de aanstaande echtgenoten (op dit moment) verzoeken tot inschrijving van de verklaring in het huwelijksgoederenregister. De MvT meldt dat inschrijven van de verklaring facultatief is, net als bij echtgenoten die huwelijksvoorwaarden maken (al ken ik uit de praktijk geen voorbeelden van echtgenoten die wel huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt maar er vervolgens bewust voor hebben gekozen om die niet in te schrijven). Bij huwelijksvoorwaarden hebben de echtgenoten echter ook (jaren) na het sluiten van het huwelijk (of (jaren) na het tijdens huwelijk maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden) nog de mogelijkheid de huwelijksvoorwaarden in te schrijven. De tekst van de wet impliceert echter dat het alleen mogelijk is om voorafgaand aan de huwelijksluiting aan te geven dat de verklaring moet worden ingeschreven, en niet meer daarna. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan immers alleen maar 'terstond na de voltrekking van het huwelijk' zorgen voor inschrijven van de verklaring. Dat lijkt me totaal onwenselijk.

Het is in het belang van de rechtszekerheid (zeker voor het notariaat) om te weten en te kunnen controleren onder welk huwelijksvermogensrechtelijk regime echtgenoten zijn gehuwd (al is het niet tijdens het huwelijk, dan toch zeker wel bij echtscheiding of overlijden). Als aanstaande echtgenoten (bijvoorbeeld vanwege de kosten van inschrijving in het huwelijksgoederenregister) voorafgaand aan de huwelijksluiting niet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand verzoeken de verklaring in te schrijven dan moet die keuze niet onveranderlijk zijn. Zij moeten ook na het sluiten van hun huwelijk ervoor kunnen kiezen de verklaring in te laten schrijven. Dat betekent dat de burgerlijke stand een bewaarplicht heeft met betrekking tot verklaringen waarvoor de echtgenoten (nog) niet hebben verzocht dat die in het huwelijksgoederenregister moeten worden ingeschreven. Het feit dat de echtgenoten zelf een gewaarmerkt exemplaar van hun verklaring hebben ontvangen en dat zij aan de hand daarvan zouden kunnen aantonen dat zij zijn gehuwd in de 'algehele' gemeenschap van goederen van artikel 1:94a BW is niet juist en onvolledig. Als zij hun gewaarmerkt exemplaar van de verklaring kwijt zijn kunnen zij niet bewijzen dat de verklaring is afgelegd; als ze een gewaarmerkte verklaring aan de notaris overleggen kan die notaris nergens controleren of die verklaring inderdaad is afgelegd (en dus niet is vervalst), maar ook niet of die voorafgaand aan het huwelijk is ingetrokken.

Ook het argument uit de MvT dat er geen bewaarplicht is omdat een verklaring zinledig wordt als zij niet wordt gevolgd door een huwelijk, is niet sterk. Artikel 1:46 BW bepaalt dat het huwelijk binnen een jaar na kenbaar maken van het voornemen daartoe moet zijn voltrokken. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal een verklaring voor nog niet gesloten huwelijken in elk geval gedurende die periode moeten bewaren. Die verklaring wordt pas zinledig na verstrijken van het bedoelde jaar (zonder huwelijksluiting) of bij eerdere intrekking van de verklaring.

Naar mijn mening is het niet correct om echtgenoten de mogelijkheid te ontnemen om (jaren) na de huwelijksluiting te verzoeken om de verklaring alsnog in het huwelijksgoederenregister in te schrijven. De tekst van lid 3 zou als volgt kunnen worden aangepast: 'Op verzoek van de aanstaande echtgenoten draagt de ambtenaar van de burgerlijke stand terstond, doch niet eerder dan na de voltrekking van het huwelijk, zorg voor ...'. Hierdoor kunnen de echtgenoten ook na de huwelijksluiting de verklaring laten inschrijven. Daarmee wordt de rol van de ambtenaar van de burgerlijke stand groter dan de MvT als wenselijk omschrijft ('beslag op de ambtenaar van de burgerlijke stand zo beperkt mogelijk te houden') en is een registratieplicht voor deze ambtenaar onontkoombaar. De ambtenaar van de burgerlijke stand zou moeten worden verplicht het tweede door de aanstaande echtgenoten bij het 'doen toekomen' ingediende exemplaar van de verklaring te bewaren, zodat deze ook bijvoorbeeld drie jaar na de huwelijksluiting nog kan worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister (waarvoor het tweede exemplaar volgens de MvT ook is bedoeld). Bovendien zou de ambtenaar van de burgerlijke stand het feit dat aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun huwelijksluiting een verklaring indienen of intrekken moeten registreren (in een register van indiening en intrekking van verklaringen als bedoeld in artikel 1:44a lid 1 BW). Dit geeft derden (met waarschijnlijk het notariaat voorop) de mogelijkheid om te controleren of echtgenoten die 'hun' gewaarmerkt exemplaar van de verklaring tonen dat ook daadwerkelijk hebben ingediend en niet hebben ingetrokken (een controle die alleen maar nodig is als de verklaring niet is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister) en dus of deze echtgenoten al dan niet zijn gehuwd in de 'algehele' gemeenschap als bedoeld in artikel 1:94a BW. Ook is een door de echtgenoten kwijtgeraakte verklaring altijd terug te vinden: als deze is ingeschreven via het huwelijksgoederenregister, als dat niet het geval is via de burgerlijke stand.

Van de bewaarplicht voor het 'tweede' exemplaar zou, als bedoeld register er zou zijn, desnoods kunnen worden afgezien. In de situatie dat echtgenoten drie jaar na hun huwelijksluiting alsnog verzoeken tot inschrijving van de verklaring in het huwelijksgoederenregister kan de ambtenaar van de burgerlijke stand daarvoor ook de gewaarmerkte verklaring van de echtgenoten (of een notarieel afschrift daarvan) gebruiken. Ook dan geldt dat moet kunnen worden gecontroleerd of die verklaring na indiening maar voor de huwelijksluiting niet is ingetrokken. Zijn de echtgenoten ook 'hun'

exemplaar kwijt, dan is het register het enige bewijs voor de echtgenoten dat zij zijn gehuwd in de gemeenschap van goederen van artikel 1:94a BW. Het zal voor dat geval mogelijk moeten worden gemaakt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een uittreksel uit dat register in het huwelijksgoederenregister inschrijft. Als een zodanig register niet bestaat, als de ambtenaar van de burgerlijke stand geen bewaarplicht heeft en als de echtgenoten zelf niet meer over hun gewaarmerkte verklaring beschikken, dan moet er van worden uitgegaan dat de echtgenoten zijn gehuwd in de beperkte gemeenschap van artikel 1:94 BW. Als de echtgenoten dat anders willen rest hen niets anders dan via huwelijksvoorwaarden tijdens huwelijk hun huwelijksvermogensrechtelijk regime te wijzigen.

Als de wetgever verwacht dat de kosten van inschrijving in het huwelijksgoederenregister (welke kosten er zijn als echtgenoten zonder het afleggen van de verklaring en zonder het maken van huwelijksvoorwaarden trouwen) de reden zijn voor het niet laten inschrijven is daarvoor een eenvoudige oplossing te bedenken: bepaal dat het inschrijven van de verklaring in het huwelijksgoederenregister kosteloos dient te geschieden.

3. Afsluitend:

Tot slot moet mij nog een ding van het hart. De wetgever heeft naar aanleiding van een initiatief wetsvoorstel in 2017 er met een minieme meerderheid voor gekozen de tot 1 januari 2018 geldende 'algehele' gemeenschap van goederen uit de wet te halen. Al snel na de invoering van de nieuwe wet blijkt dat met het schrappen van de oude 'algehele' gemeenschap van goederen een deel van de Nederlandse trouwlustigen werd gepasseerd en onnodig op kosten werd gejaagd. Door het nu voorliggende wetsvoorstel de naam 'Wet wegnemen notariskosten bij algehele gemeenschap van goederen' te geven komt het over alsof het aan het notariaat ligt dat de wet moet worden aangepast. Dezelfde wetgever die de marktwerking aan het notariaat heeft opgelegd neemt het de notaris als het ware kwalijk dat er voor het maken van huwelijksvoorwaarden om in een 'algehele' gemeenschap van goederen te kunnen trouwen kosten worden gerekend, terwijl het toch de (initiatief)wetgever zelf is geweest die de noodzaak voor het aanpassen in de hand heeft gewerkt. Naar mijn mening had een meer secure wetgever dit al in 2017 voorkomen en valt het notariaat niets te verwijten. Een betere naam voor het wetsvoorstel is dan ook wellicht: 'Wet tot herstel van een door de initiatiefnemers gemaakte inschattingsfout'.

Mr. W.H. (Wolbrecht) van Heuvel, kandidaat-notaris