

Vergaderjaar 2008–2009

31 714

Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met verlening aan de notaris van bevoegdheden in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 8 augustus 2008 en het nader rapport d.d. 18 september 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 17 juni 2008, no. 08.001.763, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met verlening aan de notaris van bevoegdheden in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt een vereenvoudiging van de echtscheidingsprocedure door behalve de advocaat ook de notaris bevoegd te maken tot de indiening van gemeenschappelijke verzoekschriften strekkende tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap. Voorwaarde hierbij is dat de echtgenoten gemeenschappelijk een verzoekschrift indienen en dat zij niet, al dan niet gezamenlijk, gezag uitoefenen over minderjarige kinderen.

De Raad van State maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de wenselijkheid van de toekenning van procesbevoegdheden aan de notaris en het optreden van de notaris in voorlopige voorzieningenprocedures. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 juni 2008, no. 08.001.763, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 augustus 2008, nr. W03.08.029/II, bied ik U hierbij aan.

1. Inleiding

In het wetsvoorstel wordt met de voorgestelde wijziging van artikel 815 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan de notaris de bevoegdheid gegeven tot het indienen van een gemeenschappelijk verzoekschrift tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap (hierna gezamenlijk aan te duiden als: de echtscheidingsprocedure). Daarnaast krijgt de notaris op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 821, vijfde lid, Rv de bevoegdheid tot het vragen van voorlopige voorzieningen bij gemeenschappelijk verzoekschrift.

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het voorstel uitvoering geeft aan het voornemen, neergelegd in een brief van de Minister van Justitie, om

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

de echtscheidingsprocedure te vereenvoudigen¹. In deze brief wordt verwezen naar echtparen zonder minderjarige kinderen die hun relatie wensen te beëindigen en feitelijk alleen de vermogensrechtelijke aspecten van hun huwelijk moeten regelen. Gesteld wordt dat voor deze groep, die over alle aspecten van de echtscheiding overeenstemming heeft bereikt, de toegevoegde waarde van een advocaat beperkt is. In deze gevallen zou de notaris de bevoegdheid moeten krijgen om een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding in te dienen, aldus de brief².

De Raad stelt hieronder eerst de doelstelling van het voorstel aan de orde, alsmede het middel waarmee wordt beoogd deze doelstelling te realiseren (punt 2). Vervolgens gaat hij in op de voorgestelde bevoegdheid van de notaris om een gemeenschappelijk verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen (punt 3).

1. Inleiding

Het ontwerp geeft de Raad aanleiding tot een aantal opmerkingen betreffende de wenselijkheid van toekenning van procesbevoegdheden aan de notaris en het optreden van de notaris in voorlopige voorzieningsprocedures. Ik ga hierop als volgt in.

2. Doel en middel

Aan het wetsvoorstel ligt de gedachte ten grondslag dat de huidige echtscheidingsprocedure vereenvoudiging behoeft en dat deze vereenvoudiging wordt bewerkstelligd door aan de notaris procesbevoegdheid toe te kennen in een echtscheidingsprocedure. De Raad mist een overtuigende motivering van deze gedachte.

a. Noch in vorengenoemde brief, noch in de memorie van toelichting wordt uiteengezet in welk opzicht de huidige procedure ingewikkeld is. Evenmin wordt duidelijk gemaakt met het oog op welke problematiek die procedure wijziging behoeft en dat de voorgestelde maatregelen metterdaad tot een oplossing zullen leiden. In het bijzonder is zonder nadere toelichting niet evident dat de beoogde vereenvoudiging kan worden bewerkstelligd, met voldoende oog voor de belangen van elk van de scheidende partijen, door aan de notaris de in het voorstel omschreven procesbevoegdheden toe te kennen. Een en ander klemmt temeer nu uit de over het voorstel uitgebrachte adviezen valt af te leiden dat de huidige procedure in de praktijk goed werkt, mede door de specialisatie binnen de advocatuur. De Raad voor de rechtspraak merkt op dat de bestaande procedure als eenvoudig te bestempelen is, dat niet valt in te zien welke verdere vereenvoudiging het wetsvoorstel met zich zou brengen en dat er in de praktijk geen behoefte is aan een bevoegdheid voor de notaris om een gemeenschappelijk verzoek in te dienen. De Raad voor de rechtspraak komt tot de conclusie dat er geen goede gronden zijn voor indiening van het wetsvoorstel³.

De Raad constateert dat de in de considerans van het voorstel omschreven wenselijkheid om de notaris naast de advocaat bevoegd te maken tot het indienen van gemeenschappelijke verzoeken in echtscheidingsprocedures onvoldoende wordt gemotiveerd. Daardoor blijft onduidelijk of zich in feite een probleem voordoet en of, zo dit het geval is, het wetsvoorstel daarvoor een adequate oplossing is. De Raad mist een op de doelstelling van het voorstel toegesneden overtuigende motivering voor de indiening ervan en adviseert de ratio van indiening van het voorstel nader te bezien.

b. Het wetsvoorstel beoogt, door wijziging van de artikelen 815, 818 en 821 Rv, nieuwe procesbevoegdheden voor de notaris te creëren. Op grond van artikel 549 Rv heeft de notaris thans de bevoegdheid tot het indienen bij de voorzieningenrechter van een verzoekschrift van de hypotheekhouder om verlof tot inroeping van het huurbeding te verkrijgen. Het artikel is toegevoegd door middel van een amendement van de leden Van der Burg en Salomons⁴. Artikel 549 Rv, het thans voorliggende wetsvoorstel, alsmede het in de toelichting genoemde voornemen⁵ zijn een uitvloeisel van de keuze om in de desbetreffende gevallen de exclusieve procesbevoegdheid van de advocaat in zoverre los te laten dat ook aan de notaris procesbevoegdheden worden toegelaten. Deze ontwikkeling leidt tot een ingrijpende verandering, met zowel principiële als materiële aspecten, niet alleen voor de rechtzoekenden, maar

¹ Memorie van toelichting, Algemeen, eerste alinea.

² Kamerstukken II 2006/07, 30 145, nr. 9, blz. 1.

³ Advies van 5 november 2007, bladzijden 2–4.

⁴ Kamerstukken II 1985/86, 17 496, nr. 20. De Raad is niet gevraagd over dit amendement advies uit te brengen.

⁵ Het voornemen bestaat de notaris ook bevoegd te maken tot indiening van een verzoekschrift aan de voorzieningenrechter tot het verkrijgen van verlof tot onderhandse verkoop in geval van executie van het desbetreffende pand door de hypotheekhouder (artikel 548 Rv).

ook voor hen die rechtsbijstand verlenen. Het toekennen van procesbevoegdheden in scheidingszaken aan de notaris behoeft daarom een dragende motivering. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de gevolgen die de voorgestelde oplossing heeft voor de scheidende personen, de rechterlijke macht, de advocatuur, in het bijzonder de advocaten die zich in scheidingszaken hebben gespecialiseerd, en het notariaat, in het bijzonder de notarissen die zich met de familiepraktijk bezighouden. In de toelichting wordt op deze gevolgen niet ingegaan. Aandacht voor deze gevolgen is temeer gewenst nu door het voorstel elke notaris als raadsman taken zal kunnen verrichten die buiten zijn huidige bevoegdheid en werkterrein vallen. Daardoor kan de grens tussen de eigen specifieke functies van notarissen en advocaten (verder) vervagen. Belangrijker is dat de voor de functie van notaris wezenlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid¹ in het gedrang kunnen komen wanneer hij optreedt als raadsman van beide partijen in gevallen waarin de materiële en daardoor mogelijk ook de processuele belangen van die partijen uiteenlopen of uiteen gaan lopen. Die onafhankelijke positie brengt met zich dat het zonder klemmende redenen niet aangewezen is aan de notaris procesbevoegdheden toe te kennen, behalve indien bij voorbaat vaststaat dat die bevoegdheden zullen (kunnen) worden uitgeoefend zonder dat zijn onpartijdigheid in het gedrang kan komen. De belangen van partijen zijn er naar het oordeel van de Raad mee gediend wanneer de rol van de notaris niet verder gaat dan die van raadsman in gevallen waarin specifieke belangen van één van de scheidende partijen geen bijzondere aandacht vragen en behoeven te worden afgewogen. In zoverre zondert het voorstel dan ook terecht de situatie uit van echtscheidingen waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn. De Raad adviseert in het licht van het voorafgaande toe te lichten waarom de voordelen van toekenning aan de notaris van de bevoegdheid om in scheidingszaken gemeenschappelijke verzoeken in te dienen opwegen tegen de nadelen daarvan, nader te bezien welke voorzieningen kunnen worden getroffen om die nadelen te ondervangen, en het voorstel zo nodig aan te passen.

2. Doel en middel

De Raad geeft aan een overtuigende motivering te missen van de gedachte dat de echtscheidingsprocedure vereenvoudiging behoeft en dat deze vereenvoudiging wordt bewerkstelligd door aan de notaris procesbevoegdheid toe te kennen in een echtscheidingsprocedure. Op beide argumenten die de Raad daartoe aanvoert, ga ik als volgt in.

a. Ik stel voorop dat de huidige procedure in de praktijk goed werkt, en dat dit mede komt door de specialisatie binnen de advocatuur. Ook is juist dat de bestaande procedure als eenvoudig is te bestempelen, zoals de Raad op geleide van de Raad voor de rechtspraak opmerkt. Met de procedureregels is met andere woorden ook mijns inziens in dit opzicht op zich niets mis. Daaraan doet evenwel niet af dat de inschakeling van een advocaat in scheidingszaken niet in alle gevallen nodig is. Dit is met name het geval als het gaat om echtgenoten (en geregistreerde partners) op wie niet de verplichting tot overlegging van een ouderschapsplan rust in verband met de aanwezigheid van minderjarige kinderen, en die feitelijk alleen de vermogensrechtelijke aspecten van hun te verbreken relatie moeten regelen. Zijn zij daarvoor bij de notaris geweest, dan is het niet zinvol om hen voor het aanhangig maken van de scheidingsprocedure nog eens te verplichten de gang naar de advocaat te maken. Dan ligt het voor de hand dat zij de notaris ook daarvoor kunnen inschakelen. Hierin ligt dan ook de door het kabinet beoogde vereenvoudiging. Dat er in de praktijk behoefte is aan een bevoegdheid van de notaris om een gemeenschappelijk verzoek in te dienen, wordt overigens door adviezen van andere instanties, zoals de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) en de Raad voor Rechtsbijstand, eveneens weergegeven in de memorie van toelichting, nu juist wel in bevestigende zin aangegeven. Als gezegd, voor het kabinet heeft vooropgestaan om die burgers, die in verband met hun scheiding niets anders te regelen hebben dan de vermogensrechtelijke gevolgen ervan, op een passende, burgervriendelijke manier tegemoet te treden. Zulks kan worden bereikt met voldoende oog voor de belangen van elk van de scheidende partijen. Er bestaat immers inmiddels, zoals de KNB opmerkt, een kring van goed opgeleide en ervaren notaris-scheidingsbemiddelaars. Niet alleen de

¹ Zoals deze ook blijkt uit artikel 17, eerste lid, Wet op het notarisambt: De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.

advocaat maar ook de notaris kan echtgenoten op adequate wijze adviseren over onderwerpen die met de scheiding verband houden, en doet dit reeds thans. Ook de notaris kan bewerkstelligen dat betrokkenen op basis van adequate voorlichting tot overeenstemming over de scheiding en haar gevolgen kunnen komen. Of een notaris ook in scheidingszaken zijn diensten aanbiedt en dit verantwoord acht is, is in de eerste plaats diens eigen verantwoordelijkheid. Dit is voor de advocaat niet anders. Een ministerieplicht is er terzake voor de notaris niet; ook dit zal dus aan diens onafhankelijkheid niet behoeven af te doen. Ook voor de notaris die namens beide echtgenoten optreedt geldt dat, indien deze zich niet of niet langer in staat zou achten tot een taakuitoefening waarbij hij oog heeft voor een evenwichtige weging van de belangen van beide echtgenoten of geregistreerde partners, zijn diensten niet behoort te verlenen of voort te zetten. Kortom, de memorie van toelichting geeft (in het bijzonder onder «Algemeen») voldoende beredeneerd aan dat het, behalve in de lijn van een reeds in gang zijnde ontwikkeling, ook verantwoord is om aan de notaris de processuele bevoegdheden te geven die in het wetsvoorstel zijn vervat.

b. De Raad maakt melding van het in de memorie van toelichting vermelde artikel 549 Rv, waarin reeds thans, behalve aan de advocaat ook aan de notaris processuele bevoegdheden zijn toegekend, en van mijn in de memorie van toelichting aangekondigde voornemen om de exclusieve procesbevoegdheid van de advocaat, vermeld in artikel 548 van dat Wetboek, in zoverre los te laten dat ook voor de indiening van een verzoekschrift aan de voorzieningenrechter tot het verkrijgen van verlof tot onderhandse verkoop in geval van executie van het desbetreffende pand door de hypotheekhouder, aan de notaris procesbevoegdheden worden toegekend. Vanzelfsprekend heb ik onder ogen gezien dat het bij dit laatste en ook bij de verlening van procesbevoegdheden in scheidingszaken aan anderen dan advocaten kan gaan om een verandering met principiële en ook materiële aspecten, voor de rechtzoekenden en ook voor hen die hun rechtsbijstand verlenen. Anders dan de Raad meen ik dat de dragende motivering die zulk een voorstel behoeft, in de memorie van toelichting, in het bijzonder onder «Algemeen», reeds is gegeven, en met name ook dat in (genoemd onderdeel van) de memorie van toelichting, zoals deze na ontvangst van de ingewonnen adviezen nog ampel is aangevuld, op adequate wijze aandacht is besteed aan de gevolgen die de procesbevoegdheid van de notaris zal hebben voor de scheidende personen, de rechterlijke macht, de advocatuur (waaronder het in scheidingszaken gespecialiseerde smaldeel ervan) en het notariaat. Inderdaad zal volgens het wetsvoorstel iedere notaris als raadsman taken kunnen verrichten die buiten diens huidige bevoegdheid en werkterrein vallen, zoals de Raad opmerkt. Daarbij past evenwel de kanttekening dat het werkterrein van de notaris reeds thans bepaaldelijk ook de scheiding en wat daarmee samenhangt bestrijkt en dat de voorgestelde processuele bevoegdheid niet meer en niet minder dan een bevestiging is van de bemoeienis die de notaris reeds thans in deze heeft. Met name behoeft naar mijn oordeel niet ervoor te worden gevreesd dat de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid in het gedrang kunnen komen wanneer hij optreedt als raadsman van beide partijen in gevallen waarin de materiële belangen van die partijen uiteenlopen of uiteen gaan lopen. Ik meen dat garanties daarvoor aanwezig zijn. In de memorie van toelichting wordt in dit verband (voor advocaten geldt dit, mede omdat iedere advocaat in scheidingszaken kan optreden, overigens evenzeer) gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van de notaris, maar ook op de verantwoordelijkheid van de desbetreffende beroepsorganisaties. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak wees er in haar advies nog op, dat notarissen evenals advocaten onderworpen zijn aan beroepsregels en kwaliteitseisen, om daaraan de conclusie te verbinden dat voor de zorgvuldigheid waarmee gemeenschappelijke echtscheidingsverzoeken door notarissen zullen worden voorbereid en ingediend niet hoeft te worden gevreesd. (Ook) ik heb derhalve geen reden om aan te nemen dat de rol van het notariaat in deze zou moeten worden beperkt tot die van raadsman in gevallen waarin specifieke belangen van één van de scheidende partijen geen bijzondere aandacht vragen en behoeven te worden afgewogen. Ik meen derhalve dat het voorstel reeds voldoende rekenschap geeft van de voor- en nadelen van de voorgestelde inschakeling van de notaris, dat de nadelen, zo deze er al zijn, op adequate wijze kunnen worden ondervangen en dat het voorstel mitsdien geen aanpassing behoeft.

3. Voorlopige voorzieningenprocedures

Op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 821, vijfde lid, Rv krijgt de notaris de bevoegdheid tot het vragen van voorlopige voorzieningen bij gemeenschappelijk verzoekschrift. De toekenning van deze bevoegdheid aan de notaris wordt niet afzonderlijk gemotiveerd, maar kennelijk geacht te liggen in het verlengde van de bevoegdheid om een gemeenschappelijk verzoekschrift tot echtscheiding in te dienen. Er bestaat echter een aanzienlijk verschil tussen een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding en een gemeenschappelijk verzoek om een voorlopige voorziening. Bij laatstgenoemd verzoek zijn de belangen van de partijen niet noodzakelijkerwijs identiek; zij lopen veeleer uiteen. Uit verschillende adviezen die over het wetsvoorstel zijn uitgebracht, valt af te leiden dat een verzoek om een voorlopige voorziening, ook als dat een gemeenschappelijk verzoek is, een verschil van mening tussen partijen impliceert¹. Dat een voorlopige voorziening, die geldt totdat er een definitieve uitspraak is gegeven, noodzakelijk is, wijst erop dat de scheidende partijen niet in staat zijn om in der minne en zonder tussenkomst van de rechter tot een toereikende oplossing te komen. Nu in deze gevallen de specifieke belangen van één van de scheidende partijen doorgaans bijzondere aandacht vragen, ligt het, mede gelet op hetgeen de Raad hiervoor over de positie van de notaris heeft opgemerkt, niet in de rede om hem deze bevoegdheid toe te kennen.

De Raad adviseert van het voorstel uit te zonderen de bevoegdheid voor de notaris om in scheidingszaken een gemeenschappelijk verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen.

3. Voorlopige voorzieningenprocedures

Inderdaad acht ik de voorgestelde wijziging van artikel 821, vijfde lid, Rv te liggen in het verlengde van de bevoegdheid van de notaris om een gemeenschappelijk verzoekschrift tot echtscheiding in te dienen. Het vragen van voorlopige voorzieningen is immers ook thans reeds mogelijk als het om gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding gaat. Hiermee is niet onverenigbaar dat echtscheiding in deze situatie toch behoefte kunnen hebben aan een rechterlijke regeling terzake. Met andere woorden, ook hier vertrouw ik dat het notariaat niet minder dan thans de advocatuur, in staat zal zijn de dan vereiste bijzondere aandacht te hebben voor mogelijk aan de orde zijn specifieke belangen van één van de scheidende partijen. Het advies van de Raad om van de processuele bevoegdheid van de notaris uit te zonderen de bevoegdheid om in scheidingszaken een gemeenschappelijk verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen, volg ik dan ook niet.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

¹ Zie de adviezen van de Nederlandse Orde van Advocaten en de vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars.