

Hoe verkrijg ik een executoriale titel?

De deugdelijkheid van twee constructies onderzocht

*Mr. M.W. Knigge**

1 Inleiding

Indien partijen ter zitting een schikking bereiken, biedt artikel 87 lid 3 Rv hun de mogelijkheid deze schikking in een proces-verbaal neer te leggen. De uitgifte van het proces-verbaal geschiedt in executoriale vorm. Dit biedt een stimulans voor partijen om tot een schikking te komen: voor hen is het niet nodig de procedure voort te zetten enkel om een executoriale titel te verkrijgen. Onder de KEI-wetgeving is deze bepaling te vinden in artikel 30m lid 1 Rv (KEI).¹

De situatie is anders indien partijen *buiten* de zitting tot een schikking komen. Artikel 87 lid 3 Rv lijkt, blijkens zijn tekst, niet op die situatie te zien. Soms lukt het partijen niet om tijdens de zitting te schikken, maar bereiken zij kort na afloop daarvan alsnog overeenstemming. Ook in dat geval hebben partijen er belang bij dat hun afspraken executoriale kracht verkrijgen. Dit zou kunnen worden bereikt door nogmaals een zitting te plannen waarin de schikking in een proces-verbaal wordt neergelegd.² Een extra zitting kost echter zowel voor de rechterlijke organisatie als voor partijen tijd en geld. Ook de optie van het neerleggen van de schikking in een notariële akte brengt extra kosten voor partijen met zich mee. In de praktijk komen daarom ook andere constructies voor. Een eerste constructie houdt in dat de rechter uitspraak doet conform de schikking van partijen. Daartoe is denkbaar dat de eiser de eis wijzigt overeenkomstig de schikking van partijen en de gedaagde tegen deze eis, zoals die is gewijzigd, geen verweer voert. Soms is de rechter bereid een door partijen toegezonden onderhandse akte, waarin de schikking van partijen is neergelegd, aan het vonnis of de beschikking te hechten.³ Een tweede constructie is dat de rechter een proces-verbaal in exe-

cutoriale vorm opmaakt en hieraan een door partijen toegezonden onderhandse akte hecht.⁴

Deze constructies roepen vragen op.⁵ Kunnen zij door de beugel? Verkrijgen partijen hiermee daadwerkelijk een executoriale titel? En welke gevolgen heeft het opnemen van een schikking in een vonnis of een beschikking: verwordt de schikking daarmee tot een rechterlijke uitspraak, of blijft zij een overeenkomst van partijen?

Hoe tegen deze constructies moet worden aangekeken, vraagt nadere overdenking. In dit artikel zal eerst worden ingegaan op de huidige praktijk (paragraaf 2). Vervolgens wordt de memorie van toelichting bij artikel 30m lid 1 Rv (KEI) besproken. Werpt de toelichting wellicht meer licht op deze kwestie (paragraaf 3)? Daarna wordt de eerste constructie, waarin de rechter uitspraak doet conform een schikking van partijen, onder de loep genomen. Wat is het karakter van een dergelijke uitspraak van de rechter (paragraaf 4)? Dit karakter is mede van belang voor de vraag of opname van een schikking in een rechterlijke uitspraak wel het gewenste effect heeft: verkrijgen partijen hiermee daadwerkelijk een executoriale titel? In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op deze kwestie. Daar wordt ook de vraag behandeld of de tweede constructie voor partijen een executoriale titel oplevert. Ten slotte staat in paragraaf 6 de vraag centraal of het wenselijk is dat de rechter aan deze constructies meewerkt.

2 Huidige praktijk

In de praktijk komt het, zoals gezegd, voor dat rechters uitspraak doen conform een schikking of dat zij een onderhandse akte van partijen hechten aan een proces-verbaal. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat rechters verschillend tegen deze constructies aankijken. Zo oordeelde de rechtbank Almelo in een uitspraak van 18 mei 2005 dat, bij gebreke van een zitting, vastlegging in een proces-verbaal niet mogelijk was. Zij was echter wel bereid de schikkingsovereenkomst van partijen aan een vonnis te hechten en dienovereenkomstig recht te doen.⁶ Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Den

* Mr. M.W. Knigge is universitair docent Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. H.B. Krans en mr. G.M. Veldt voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. Doordat art. 30m Rv (KEI) is geplaatst in de eerste titel ('Algemene bepalingen'), zal deze bepaling ook gelden in verzoeksprocedures. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 3, p. 73 (MvT). Art. 30m Rv (KEI) is reeds in werking getreden voor vorderingsprocedures bij de Hoge Raad (besluit van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 16) en voor vorderingsprocedures bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland waarin partijen niet in persoon kunnen procederen (besluit van 24 april 2017, *Stb.* 2017, 174). Wanneer inwerkingtreding zal plaatsvinden voor de overige procedures is ongewis. Zie de brief aan de Tweede Kamer van minister Dekker van 13 april 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 420.

2. Vgl. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4672.

3. G. van Rijssen, Art. 87, C.5, in: R.H. de Bock e.a. (red.), *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 254.

4. G. van Rijssen, Art. 87, C.5, in: R.H. de Bock e.a. (red.), *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 254. In de praktijk komt daarnaast ook voor dat verwijzing naar de parkeerrol wordt gevraagd totdat de schikking volledig is nagekomen. In geval van niet-nakoming kan de zaak dan alsnog worden voortgezet.

5. Zie ook G. van Rijssen, Art. 87, C.5, in: R.H. de Bock e.a. (red.), *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 254.

6. Rb. Almelo 18 mei 2005, ECLI:NL:RBALM:2005:AU6149.

Bosch zag er geen probleem in om een schikking van partijen in een vonnis neer te leggen, al waren partijen in deze zaak in het geheel nog niet op een zitting verschenen. Hij overwoog:

‘Een extra zitting, waarom partijen hebben verzocht als de schikking niet vastgelegd wordt in een vonnis, zou in deze procedure als overbodig en zelfs als onnodig belastend voor partijen aangemerkt moeten worden en bovendien feitelijk niet tot een ander resultaat leiden dan thans het geval is, namelijk het verkrijgen van een executoriale titel voor de getroffen schikking.’⁷

De voorzieningenrechter achtte in dit kader van belang dat in deze zaak voldoende was gesteld met betrekking tot de bevoegdheid en spoedeisendheid en dat de schikking duidelijk genoeg was verwoord. De rechter oordeelde daarom dat een mondelinge toelichting niet nodig was.

Heel anders is de houding van het Hof Amsterdam. In een zaak bij dit gerechtshof hadden partijen zelf om een comparitie verzocht teneinde hun schikking in een proces-verbaal neer te leggen. Het hof ziet een dergelijke comparitie zeker niet als overbodig, zo valt uit de volgende overweging af te leiden:

‘Een minnelijke regeling (schikking) waarvan een proces-verbaal wordt opgemaakt, wordt in executoriale vorm afgegeven. Het hof rekent het tot zijn taak om te onderzoeken of partijen verplichtingen zijn overeengekomen die voor executie vatbaar zijn en om geen executoriale titel te verstrekken aan verplichtingen die dat niet zijn. Ter voorkoming van executiegeschillen acht het hof het verder van belang dat de verplichtingen die partijen op zich nemen voldoende duidelijk in de vaststellingsovereenkomst zijn geformuleerd.’⁸

Uit de uitspraak blijkt voorts dat het hof het niet uitgesloten acht dat tijdens de comparitie nog aanpassingen in de regeling van partijen doorgevoerd zullen worden.⁹

Deze verschillen van inzicht tussen rechters zijn niet verwonderlijk. Op het eerste gezicht vallen er zowel sterke argumenten vóór, als tegen de genoemde constructies aan te voeren. Waar het de praktijk van het in een uitspraak opnemen van de schikking betreft, pleit hiervoor dat in het burgerlijk procesrecht het beginsel van partijautonomie geldt, dat dit beginsel meebrengt dat de rechter niet betwiste vorderingen in principe toewijst, en dat dit ook gebeurt in verstekvonnissen. Bovendien is in artikel 819 Rv aan de rechter expliciet de mogelijkheid toegekend om een door echtgenoten onderling getroffen regeling op te nemen in een echtscheidingsbeschikking; niet valt in te zien welke bezwaren hier in andere gevallen dan tegen zouden bestaan.¹⁰ Deze constructie heeft ten

opzichte van het opnieuw plannen van een zitting als voordeel dat zij voor zowel partijen als de rechterlijke macht kosten bespaart. Als bezwaren tegen deze praktijk vallen aan te voeren dat zij een ontduiking vormt van de voorwaarden die artikel 87 lid 3 Rv / artikel 30m lid 1 Rv (KEI) stelt aan het verkrijgen van een executoriale titel in geval van een schikking van partijen, dat artikel 3:303 BW eraan in de weg staat dat de rechter uitspraak doet indien er geen daadwerkelijk geschil is tussen partijen, en dat artikel 819 Rv een beperkte reikwijdte kent.¹¹ Ook het hechten van een onderhandse akte aan een proces-verbaal kan enerzijds worden gezien als een praktische oplossing waardoor de totstandkoming van schikkingen wordt gefaciliteerd en de tijd en kosten van een extra zitting worden bespaard, anderzijds als een ontduiking van de voorwaarden die de wet stelt.

Hoe tegen deze constructies moet worden aangekeken, vraagt kortom nadere overdenking. In dit verband is onder meer de memorie van toelichting bij artikel 30m Rv (KEI) relevant.

3 Buiten een zitting tot stand gekomen schikkingen en artikel 30m Rv (KEI)

In de memorie van toelichting bij artikel 30m lid 1 Rv (KEI) wordt uitdrukkelijk aandacht besteed aan de mogelijkheid dat partijen pas na afloop van een zitting een schikking bereiken. Deze passage is wellicht ook relevant voor de uitleg van artikel 87 lid 3 Rv, nu de tekst van beide bepalingen nauwelijks van elkaar verschilt. In de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt:

‘Ook is het mogelijk dat partijen hun gesprekken over een mogelijke schikking nog willen voortzetten na afloop van de zitting. In dat geval zou de rechter kunnen aangeven dat hij vonnis zal wijzen tenzij partijen hem binnen een bepaalde termijn berichten dat een schikking is bereikt. Een proces-verbaal van schikking (waaraan executoriale kracht kan worden verleend) kan op verzoek van partijen ook worden opgemaakt indien partijen de schikking niet tijdens een mondelinge behandeling bereiken.’¹²

Deze passage lijkt op het eerste gezicht ruimte te bieden voor het opmaken van een proces-verbaal met executoriale kracht *buiten een zitting om*. Daarmee lijkt de constructie, waarbij de rechter een door partijen toegezonden onderhandse akte aan een proces-verbaal hecht, te worden gesanctioneerd. Bij nadere beschouwing roept deze passage echter veel vragen op. De memorie van toelichting laat zich niet uit over de voorwaarden die gesteld moeten worden aan een proces-verbaal waarin een buiten een zitting bereikte schikking wordt neergelegd.

7. Rb. Den Bosch (k.g.) 3 augustus 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AQ9187.

8. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4672, r.o. 2.2.

9. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4672, r.o. 2.3.

10. Vgl. ook art. 1069 Rv in het kader van de arbitrage.

11. Zo blijkt uit de rechtspraak dat rechters niet zonder meer bereid zijn art. 819 Rv analoog toe te passen in geval van ongehuwden wiens relatie is beëindigd; zie bijv. Rb. Den Haag 1 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ2444; Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7803. Zie voor een ander oordeel Rb. Arnhem 1 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH5158. Zie over deze rechtspraak ook Chin-A-Fat, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 819 Rv, aant. 3.

12. *Kamerstukken II* 2014/15, 34059, 3, p. 73 (MvT).

Deze passage laat in theorie de mogelijkheid open dat een proces-verbaal waarin een buiten een zitting tot stand gekomen schikking wordt neergelegd, enkel kan worden opge maakt tijdens een *nieuwe zitting*.

In dit verband is van belang dat zowel uit artikel 87 lid 3 Rv als uit artikel 30m lid 1 Rv (KEI) volgt dat het proces-verbaal door de rechter en partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden dient te worden ondertekend. Brengt dit vereiste nu mee dat partijen het proces-verbaal *zelf* dienen te ondertekenen, ook indien de schikking die hierin wordt neergelegd buiten een zitting tot stand is gekomen? Of kan worden volstaan met ondertekening van een onderhandse akte, die aan het proces-verbaal wordt gehecht? In het eerste geval is de vraag hoe en wanneer deze ondertekening dient plaats te vinden. Denkbaar is dan dat hiervoor een nieuwe zitting wordt gepland. Als alternatief voor het houden van een nieuwe zitting valt nog te denken aan ondertekening door middel van een elektronische handtekening. De KEI-wetgeving maakt in beginsel ondertekening met een elektronische handtekening mogelijk (zie artikel 30c lid 3 Rv (KEI)). Dit maakt het kortom gemakkelijker voor de rechter en partijen om het proces-verbaal *zelf* te ondertekenen zonder dat zij hiervoor bij elkaar komen. Voor een dergelijke elektronische handtekening is wel vereist dat de gerechten de hiertoe benodigde voorzieningen treffen. Zolang hieraan niet is voldaan dienen 'berichten met derdenwerking' (zoals uitspraken, processen-verbaal en schikkingen) op papier te worden ondertekend.¹³ Voor de procedures waarvoor de KEI-wetgeving (nog) niet in werking is getreden, geldt het vereiste van een 'natte' handtekening hoe dan ook.

Mogelijk is ook dat de passage in de memorie van toelichting wel degelijk aldus moet worden verstaan dat de praktijk waarin de rechter een door partijen toegezonden onderhandse akte aan een proces-verbaal hecht, wordt gesanctioneerd. Ondertekening van het proces-verbaal *zelf* door partijen of hun gevolmachtigden zou in die lezing niet vereist zijn. Artikel 30m lid 1 Rv (KEI) zou hiertoe dan ruim moeten worden uitgelegd. Eenzelfde uitleg zou dan voor artikel 87 lid 3 Rv kunnen worden gevolgd.

Al met al blijft dus, ondanks genoemde passage in de memorie van toelichting, onduidelijkheid bestaan over de vraag in hoeverre aan partijen een executoriale titel kan worden verschaft buiten een zitting om. De vraag naar de deugdelijkheid van de in de inleiding genoemde constructies blijft daarmee onverminderd relevant. In de volgende paragraaf wordt nader op de eerste constructie ingegaan: het neerleggen van een schikking in een uitspraak.

4 Een schikking neergelegd in een vonnis of beschikking: rechterlijke uitspraak of overeenkomst?

Indien een rechter uitspraak doet conform een schikking van partijen, rijst de vraag wat de gevolgen hiervan zijn: wordt in dit geval de schikking vervangen door een rechterlijke uitspraak? Gelden alle rechtsgevolgen die verbonden zijn aan rechterlijke uitspraken, zoals gezag van gewijsde? Of blijft de schikking een gewone overeenkomst tussen partijen, waarop het overeenkomstenrecht van toepassing is? Is het bijvoorbeeld denkbaar dat de schikking vernietigd wordt wegens dwaling, of ontbonden wegens niet-nakoming?¹⁴

Een beschikking van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 819 Rv kan wellicht meer licht werpen op deze kwestie. Artikel 819 Rv biedt in geval van een echtscheidingsprocedure de mogelijkheid voor de rechter om op verzoek van de echtgenoten of van een van hen de getroffen onderlinge regelingen geheel of gedeeltelijk in de beschikking op te nemen. In een uitspraak van de Hoge Raad van 19 november 1982 stond de vraag centraal wat de gevolgen waren van opname van een echtscheidingsconvenant in de beschikking van de rechter. De man betoogde dat indien de rechter zijn uitspraak baseert op een overeenkomst omtrent alimentatie vervat in een convenant, dit convenant in zijn geheel door de rechterlijke uitspraak wordt vervangen. In deze zaak bevatte het oorspronkelijke convenant een niet-wijzigingsbeding. Volgens de man was dit beding komen te vervallen, doordat de rechterlijke uitspraak in de plaats van het convenant was getreden. Dit betoog werd door de Hoge Raad verworpen. Hij overwoog:

'Indien de rechter zich bij de veroordeling van de ene partij tot betaling aan de andere partij van een uitkering tot levensonderhoud conformeert aan hetgeen partijen te dien aanzien waren overeengekomen, moet in beginsel worden aangenomen dat die veroordeling geen verdere strekking heeft dan om de partij ten behoeve van wie de veroordeling is uitgesproken een executoriale titel te verschaffen teneinde zonodig de nakoming in zoverre van de overeenkomst in rechte af te dwingen. Dat brengt mee dat de overeenkomst, ook voor wat betreft een eventueel daarvan deel uitmakend beding van niet-wijziging, door de veroordeling onverlet wordt gelaten. Dit is slechts anders indien uit de rechterlijke uitspraak van een verdergaande strekking blijkt.'¹⁵

Opname van een echtscheidingsconvenant in een beschikking verandert het karakter van dit convenant in principe niet: de overeenkomst van partijen wordt onverlet gelaten. Aangenomen moet volgens de Hoge Raad in beginsel worden dat de opname geen verdere strekking heeft dan aan partijen een exe-

13. Voldaan zal moeten worden aan de vereisten van art. 5 Besluit digitalisering burgerlijk procesrecht en bestuursrecht (*Stb.* 2016, 292). Volgens de nota van toelichting bij dit besluit waren de gerechten op het moment van dit besluit nog niet gereed om gebruik te maken van de elektronische handtekening; zie *Stb.* 2016, 292, p. 27-28. Zie ook W. Heemskerk, K. Teuben & R. Wieringa, *Kort begrip van KEI*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2016, p. 65. De Hoge Raad maakt al wel gebruik van digitale ondertekening van uitspraken; zie 'Veelgestelde vragen over het webportaal Mijn Zaak Hoge Raad', nr. 3.2.29, te vinden op de website van de Hoge Raad, onder 'Digitale cassatie'.

14. Zie over deze kwestie ook reeds mijn artikel 'Schikken, of toch maar niet? Een onderzoek naar het verschil in werking tussen een rechterlijke uitspraak en een schikking neergelegd in een proces-verbaal', *TCR* 2017, p. 119-124.

15. HR 19 november 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4483, *NJ* 1983/494, m.nt. E.A.A. Luijten, r.o. 3.3.

cutoriale titel te verschaffen. Op deze overeenkomst blijft het overeenkomstenrecht kortom van toepassing. Niet de vorm (een beschikking van de rechter), maar de inhoud (een conventant van partijen) is voor de rechtsgevolgen beslissend.¹⁶

Deze uitspraak van de Hoge Raad lijkt zich te lenen voor analoge toepassing buiten het terrein van het echtscheidingsprocesrecht. Ook in andere gevallen waarin de rechter uitspraak doet conform een schikking, lijkt de strekking van de veroordeling vooral te zijn om partijen een executoriale titel te verschaffen. Er is dan geen reden om alle andere gevolgen van een rechterlijke uitspraak aan het vonnis of de beschikking toe te kennen.

In zijn beschikking van 19 november 1982 laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat uit de rechterlijke uitspraak van een verdergaande strekking blijkt. Wanneer zou een dergelijke ‘verdergaande strekking’ nu kunnen worden aangenomen? Te betogen valt dat hiervan sprake is indien de rechter afspraken omtrent bijvoorbeeld de te betalen alimentatie niet klakkeloos in zijn beschikking overneemt, maar deze als het ware ‘eigen’ maakt door hier zelf overwegingen aan te wijden. De vaststelling van de alimentatie berust in een dergelijk geval op een inhoudelijke beoordeling door de rechter.¹⁷ Door uitleg van de uitspraak zal vastgesteld moeten worden of de rechter hierin zelf een voorziening treft, of dat hij enkel de afspraken van partijen overneemt.¹⁸

Of sprake is van een ‘verdergaande strekking’, is naar mijn mening kortom afhankelijk van de mate van rechterlijke betrokkenheid bij de totstandkoming van de uitspraak die uit die uitspraak blijkt.¹⁹ Indien de rechter aan een vonnis of beschikking een akte met daarin een schikking van partijen

hecht, zal mijns inziens vrijwel steeds kunnen worden aangenomen dat de strekking van de uitspraak slechts is om partijen een executoriale titel te verschaffen. Veel lastiger zullen andere gevallen te beoordelen zijn. Indien de rechter een conform een schikking gewijzigde eis, waartegen geen verweer is gevoerd, toewijst, zal kortom van geval tot geval beoordeeld moeten worden of van een inhoudelijke beoordeling door de rechter sprake is geweest.

Al kan de strekking van een uitspraak enkel het verschaffen van een executoriale titel aan partijen zijn, daarmee is nog niet gezegd dat deze doelstelling ook verwezenlijkt wordt: levert opname van een schikking in een uitspraak *daadwerkelijk* een executoriale titel op? In de volgende paragraaf staat deze vraag centraal (par. 5.1). Ook wordt daar ingegaan op de vraag of partijen een executoriale titel verkrijgen indien de rechter een door partijen toegezonden onderhandse akte aan een in executoriale vorm uitgegeven proces-verbaal hecht (par. 5.2).

5 Executoriale titel of niet?

5.1 Uitspraak conform een schikking van partijen

Wanneer is sprake van een executoriale titel? Artikel 430 lid 1 Rv geeft hier het antwoord op: de grossen van in Nederland gewezen vonnissen, van beschikkingen van de Nederlandse rechter en van in Nederland verleden authentieke akten alsmede van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken kunnen in geheel Nederland ten uitvoer worden gelegd.

In sommige gevallen is zonder meer duidelijk dat een vonnis of beschikking waarin een schikking is opgenomen, een vonnis of beschikking in de zin van artikel 430 lid 1 Rv is. Dit is het geval indien de opname van de schikking in de uitspraak een verdergaande strekking heeft dan het enkel verschaffen van een executoriale titel. In dat geval berust de uitspraak op een inhoudelijke beoordeling door de rechter; aan een dergelijke uitspraak komen, naast executoriale kracht, ook alle andere rechtsgevolgen van rechterlijke uitspraken toe, zoals gezag van gewijsde.

De vraag is echter wat heeft te gelden indien de opname *geen* verdergaande strekking heeft dan het verschaffen van een executoriale titel. Kan de uitspraak dan wel als een vonnis of beschikking in de zin van artikel 430 lid 1 Rv worden gekwalificeerd? Bij opname van een conventant in een echtscheidingsbeschikking rechtvaardigt artikel 819 Rv dat aan de afspraken van partijen executoriale kracht toekomt. Wat heeft echter te gelden in die gevallen waarin de wet geen expliciete grondslag bevat voor het opnemen van een schikking van partijen in een vonnis of beschikking?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het nodig om meer inzicht te krijgen in de grondslag voor het verlenen van executoriale kracht. Wanneer bestaat voldoende rechtvaardiging voor tenuitvoerlegging met behulp van overheidsdwang? Volgens Oudelaar heeft de wetgever slechts die titels als execu-

16. Zie over het karakter van een in een echtscheidingsbeschikking opgenomen conventant ook, met aanhaling van lagere jurisprudentie waarin de uitspraak van de Hoge Raad lijkt te worden miskend, P. de Bruijn & R. Westrik, ‘Convenant en echtscheidingsbeschikking: gezamenlijk gezag van gewijsde?’, *EB* 2012/3 en *EB* 2013/41; P. de Bruijn & R. Westrik, ‘Convenant, echtscheidingsbeschikking en executoriale kracht’, *EB* 2013/61.

17. Vgl. De Bruijn & Westrik, *EB* 2013/41, par. 2.2; De Bruijn & Westrik *EB* 2013/61, p. 130, die spreken over ‘rechterlijke arbeid’.

18. De Bruijn & Westrik lijken er daarentegen van uit te gaan dat niet zozeer moet worden gekeken naar de strekking van *de beschikking*, maar naar de strekking van *het conventant van partijen* (voor zover die strekking uit de beschikking blijkt). Partijen kunnen volgens deze auteurs zelf, in de bewoordingen die zij kiezen in het conventant, bepalen of het conventant de status van ‘binding uit overeenkomst’ zal behouden of onderdeel zal worden van de rechterlijke arbeid. Zie De Bruijn & Westrik, *EB* 2013/41, par. 2.2; De Bruijn & Westrik *EB* 2013/61, p. 130. Opvallend is echter dat zij tegelijkertijd ook de ‘rechterlijke arbeid’ als criterium voor al dan niet gezag van gewijsde centraal stellen; mij lijkt het niet afhankelijk van de bedoeling van partijen in hoeverre er van rechterlijke arbeid sprake is (hetgeen zij ook zelf constateren, zie De Bruijn & Westrik *EB* 2013/61, p. 131.)

19. Vgl. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:759, *NJ* 2016/278 (N./ABN AMRO), waarin de Hoge Raad oordeelde dat een proces-verbaal van een verificatievergadering – voor zover het betreft de vorderingen die blijken dat proces-verbaal op de voet van art. 121 lid 1 Fw zijn erkend en niet door de gefailleerde op de voet van art. 126 Fw zijn betwist – op het punt van de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging daarvan op een lijn kan worden gesteld met een rechterlijk vonnis. De Hoge Raad achtte in dit verband onder meer de mate van rechterlijke betrokkenheid en de vraag in hoeverre een inhoudelijke beoordeling heeft plaatsgevonden van belang, zie r.o. 3.4.5.

toriale titels aangemerkt, die voldoende zekerheid geven dat het in de titel omschreven recht ook inderdaad bestaat.²⁰

Waarin deze zekerheid is gelegen, verschilt per executoriale titel. Daarbij vallen in ieder geval twee groepen te onderscheiden. Bij rechterlijke uitspraken berust deze zekerheid op het feit dat een beoordeling door de rechter heeft plaatsgevonden op basis van een procedure die met allerlei waarborgen is omkleed.²¹ Bij notariële akten berust deze zekerheid op het feit dat partijen uit vrije wil hun rechten en verplichtingen in de akte neerleggen en aldus een executoriale titel in het leven roepen. De aanwezigheid van de notaris vormt daarbij een waarborg dat de handtekeningen van partijen niet vervalst zijn en dat de akte daadwerkelijk op de wil van partijen berust.²² Aangenomen wordt over het algemeen dat de notaris een andere rol heeft dan de rechter: terwijl de rechter beoordeelt of het door een partij gepretendeerde recht daadwerkelijk bestaat, onderzoekt de notaris enkel of de verklaringen in de akte op de wil van partijen berusten, maar niet of zij inhoudelijk juist zijn.²³

De rechtvaardiging voor het toekennen van executoriale kracht aan rechterlijke uitspraken respectievelijk notariële akten is dus een verschillende. Soms is de grens tussen beide soorten executoriale titels niet zo gemakkelijk te trekken. Dit is een gevolg van het feit dat in het burgerlijk procesrecht de autonomie van partijen voorop staat, zodat de uitkomst van de procedure ook hier tot op zekere hoogte wordt bepaald door de wil van partijen. Dit wordt het duidelijkst in geval van een verstekvonnis: in een dergelijk geval is de inhoudelijke beoordeling door de rechter beperkt, terwijl de procedure op basis waarvan de rechter tot zijn oordeel komt, beknopt is geweest. Toch moet de grondslag voor de executoriale kracht van een verstekvonnis mijns inziens niet zozeer worden gezocht in de wil van partijen, maar in de beoordeling door de rechter op basis van een met waarborgen omklede procedure. Anders dan een notaris die een authentieke akte opstelt, stelt de rechter in een verstekprocedure niet vast of de gedaagde akkoord is met het verstekvonnis; door de afwezigheid van de gedaagde kan de wil van deze partij juist in het midden blijven. Er vindt bovendien wel degelijk een zekere, zij het beperkte, beoordeling door de rechter plaats: de rechter wijst de vordering af indien deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt (art. 139 Rv).

Andere executoriale titels vallen, wat rechtvaardiging voor het toekennen van executoriale kracht betreft, veelal te scharen onder een van deze twee groepen. Een proces-verbaal van een verificatievergadering waarin erkende, niet door de gefail-

leerde betwiste vorderingen zijn neergelegd, levert op grond van artikel 196 Fw een executoriale titel op. Dit proces-verbaal dient mijns inziens te worden ingedeeld in de groep van de rechterlijke uitspraken. De Hoge Raad benadrukt in een arrest uit 2016 sterk dat de verificatie van vorderingen met de nodige waarborgen is omkleed en dat deze verificatie geschiedt na een inhoudelijke beoordeling van die vorderingen onder toezicht van de rechter-commissaris. Het proces-verbaal kan daarom volgens de Hoge Raad, voor zover het de erkende, niet door de gefailleerde betwiste vorderingen betreft, op het punt van de verjaring op een lijn worden gesteld met een rechterlijk vonnis.²⁴ Daarentegen hoort een proces-verbaal in de zin van artikel 87 lid 3 Rv / artikel 30m lid 1 Rv (KEI) thuis in de groep van de notariële akten. De inhoud van het proces-verbaal berust niet op een beoordeling door de rechter, maar op de wil van partijen.²⁵ Het feit dat het proces-verbaal tot stand komt in aanwezigheid van de rechter, biedt een waarborg dat de handtekeningen van partijen niet vervalst zijn en dat de schikking inderdaad op de wil van partijen berust.

De vraag is hoe de opname door de rechter van een schikking in zijn uitspraak in dit plaatje past. In die gevallen waarin de opname geen verdergaande strekking heeft dan het verschaffen van een executoriale titel aan partijen, heeft er geen inhoudelijke beoordeling door de rechter plaatsgevonden. De rechtvaardiging voor het toekennen van executoriale kracht kan dan ook niet in deze rechterlijke beoordeling worden gevonden.

Als grondslag blijft kortom de wil van partijen over. Om executoriale kracht te rechtvaardigen, moeten er voldoende waarborgen zijn dat de schikking inderdaad op de wil van partijen berust. In dit opzicht bestaat er een belangrijk verschil met de notariële akte en de schikking aangegaan ter zitting. In deze laatste gevallen is de notaris respectievelijk de rechter aanwezig als partijen of hun gevolmachtigden hun handtekeningen zetten; hij kan dus zelf constateren dat deze niet vervalst zijn. Hij kan daarnaast tot op zekere hoogte nagaan of partijen begrijpen waarmee zij akkoord gaan. Indien de schikking echter door partijen na afloop van een zitting aan de rechter wordt toegezonden, heeft de rechter deze controle mogelijkheden niet.

Het is daarentegen niet zo dat er in het geheel geen waarborgen zijn dat de schikking op de wil van partijen berust. De schikking komt als het goed is voor de rechter niet uit de lucht vallen: de rechter heeft partijen eerder tijdens een zitting gezien en weet dat zij over een minnelijke regeling aan het onderhandelen waren. Vaak zal de schikking worden toegezonden door een – beëdigde – advocaat van een van de partijen; ook de betrokkenheid van advocaten biedt een waarborg dat de handtekeningen van partijen niet vervalst zijn en dat partijen begrijpen waarmee zij akkoord gaan. In één opzicht biedt een na afloop van een zitting toegezonden schikking zelfs een betere waarborg dat deze schikking op de wil van par-

20. H. Oudelaar, *Recht halen. Inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 7; Aldus ook A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 7.

21. A.R. de Bruijn/C.A. Kraan, *De notariële akte als executoriale titel*, Deventer: Kluwer 2012, p. 31; Oudelaar 2000, p. 7.

22. Vgl. De Bruijn/Kraan 2012, p. 33; *Kamerstukken II* 2010/11, 29279, 122, p. 2.

23. De Bruijn/Kraan 2012, p. 33-35; A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987, p. 150; J.C. van Oven, 'De executoriale kracht van grossen van notariële akten', *WPNR* 1937 (3531), p. 406.

24. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:759, *NJ* 2016/278 (N./ABN AMRO), r.o. 3.4.3-3.4.5.

25. Vgl. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:759, *NJ* 2016/278 (N./ABN AMRO), r.o. 3.4.5.

tijen berust: partijen hebben rustig over de schikking kunnen nadenken en zijn hier niet in de hectiek van een mondelinge behandeling, mogelijk onder een als zodanig ervaren druk van de rechter, mee akkoord gegaan.

Of een in een uitspraak neergelegde schikking een executoriale titel oplevert, valt niet met zekerheid te zeggen. Naar mijn mening valt, mede in het licht van de in paragraaf 3 aangehaalde passage in de memorie van toelichting, te verdedigen dat artikel 87 lid 3 Rv / artikel 30m lid 1 Rv (KEI) ruim moet worden uitgelegd en dat een in een uitspraak neergelegde schikking aan de voorwaarden van dit artikel voldoet. Om te waarborgen dat de schikking in deze gevallen op de wil van partijen berust, lijkt mij wel vereist dat beide partijen worden bijgestaan door een advocaat, dat de rechter partijen of hun vertegenwoordigers eerder op een zitting heeft gezien, dat de schikkingstekst door beide partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden is ondertekend en dat de schikking door de advocaat van een van beide partijen aan de rechter is toegezonden (met een kopie aan de wederpartij). Het is aan de rechter om te controleren of deze vereisten in acht zijn genomen. Hij dient enkel mee te werken aan de neerlegging van de schikking in de uitspraak indien hieraan is voldaan. Uiteraard geldt voorts dat, willen de vorderingen voortvloeiend uit de schikking daadwerkelijk voor tenuitvoerlegging vatbaar zijn, zij met voldoende bepaaldheid moeten zijn omschreven.²⁶

5.2 Onderhandse akte gehecht aan een proces-verbaal

Met betrekking tot een in een onderhandse akte neergelegde schikking die de rechter na afloop van een zitting aan een in executoriale vorm uitgegeven proces-verbaal hecht, kan ik op basis van het voorgaande kort zijn. Hier kan hetzelfde worden aangenomen als bij een schikking opgenomen in een vonnis. Indien beide partijen worden bijgestaan door een advocaat, de rechter partijen of hun vertegenwoordigers eerder op een zitting heeft gezien, de schikking door beide partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden is ondertekend en deze schikking door de advocaat van een van beide partijen aan de rechter is toegezonden, bestaan voldoende waarborgen dat de aan het proces-verbaal gehechte schikking op de wil van partijen berust. Op grond van een ruime interpretatie van artikel 87 lid 3 Rv / artikel 30m lid 1 Rv (KEI) kan dan executoriale kracht aan de schikking worden toegekend.

Vooralsnog zullen partijen of hun bijzonderlijk gevolmachtigden over het algemeen een papieren akte dienen te ondertekenen en aan de rechter dienen toe te zenden. Voor zover artikel 30c lid 3 Rv (KEI) van toepassing is en ook daadwerkelijk de benodigde voorzieningen zijn getroffen waarmee een document 'met derdenwerking' door middel van een elektronische handtekening kan worden ondertekend, is de constructie van het hechten van een onderhandse akte aan het proces-verbaal niet meer nodig. In dat geval kan de schikking immers worden neergelegd in het proces-verbaal zelf, dat door zowel de rechter als partijen door middel van een elektroni-

sche handtekening wordt ondertekend.²⁷ Ook in dat geval dienen er naar mijn mening echter nog steeds voorwaarden te worden gesteld aan het opmaken van een proces-verbaal van een buiten een zitting tot stand gekomen schikking. Om te waarborgen dat de schikking op de wil van partijen berust, blijft mijns inziens vereist dat beide partijen worden bijgestaan door een advocaat²⁸ en dat de rechter partijen of hun vertegenwoordigers eerder op een zitting heeft gezien.

6 Een wenselijke praktijk?

Goed te verdedigen valt dat partijen een executoriale titel verkrijgen indien de rechter bereid is mee te werken aan de constructie van het opnemen van een schikking in zijn uitspraak of aan de constructie van het hechten van een door partijen toegezonden onderhandse akte aan een proces-verbaal. Maar is het wel wenselijk dat rechters meewerken aan deze constructies?

Een eerste bezwaar kan zijn dat hierdoor een grotere kans bestaat dat er onduidelijkheden in de tekst van de schikking blijven staan. Doordat de rechter niet aanwezig is bij het opstellen van de schikkingstekst, heeft hij niet de mogelijkheid om partijen bij te sturen.²⁹ Het gevaar bestaat dat de verplichtingen van partijen uiteindelijk niet voor executie vatbaar blijken te zijn, waarvoor vereist is dat de vorderingen met voldoende bepaaldheid zijn omschreven.³⁰ Het Hof Amsterdam zag, in zijn in paragraaf 2 besproken uitspraak, in dit gevaar een reden om een extra zitting te gelasten.³¹ Hiertegen kan worden ingebracht dat het feit dat beide partijen door een advocaat worden bijgestaan ook een waarborg biedt dat de verbintenissen die zij op zich nemen voldoende duidelijk in de schikking worden opgenomen. Voorts kan de rechter de tekst die hij toegezonden krijgt nog steeds beoordelen. Is hij van mening dat de schikking te veel onduidelijkheden bevat, dan kan hij alsnog besluiten een extra zitting te gelasten.

Tegen de eerste constructie, die van het uitspraak doen conform een schikking van partijen, vallen daarnaast nog twee andere bezwaren aan te voeren. Ten eerste zou men zich kunnen afvragen of sprake is van een voldoende procesbelang van partijen indien zij het erover eens zijn hoe de uitspraak moet luiden. Behoort de rechter zich wel bezig te houden met zaken waarin geen daadwerkelijk geschil tussen partijen bestaat? In de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van gevallen waarin de rechter weigert mee te werken aan het verschaffen van een uitspraak aan partijen tussen wie geen daadwerkelijk

26. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, NJ 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Donselaar c.s.*).

27. Zie nota van toelichting bij het Besluit digitalisering burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht, *Stb.* 2016, 292, p. 28. Zie ook hiervoor, par. 3.

28. Hetgeen in de procedures waarvoor de KEI-wetgeving in werking getreden is, steeds het geval is. Zie voetnoot 1.

29. Vgl. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4672, r.o. 2.2-2.3, hierboven aangehaald in par. 2.

30. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, NJ 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Donselaar c.s.*).

31. Hof Amsterdam 17 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4672.

geschil aanwezig is.³² Voorts merkt de regering in de parlementaire geschiedenis bij de WWZ op geen voorstander te zijn van pro-formaprocedures vanwege de onnodige belasting van de rechterlijke macht die hiermee gepaard gaat. Als partijen het eens zijn over ontslag kan de arbeidsovereenkomst volgens de regering, zonder tussenkomst van de rechter, met wederzijds goedvinden worden beëindigd.³³

Hoewel het uit kostenoverwegingen wellicht niet wenselijk is dat de rechter wordt belast met zaken waarin er geen geschil tussen partijen bestaat, lijkt me dat dit argument niet in de weg moet staan aan het opnemen van een schikking in een uitspraak. In pro-formazaken bestaat al overeenstemming tussen partijen *voordat* zij zich tot de rechter wenden. Indien partijen echter pas overeenstemming bereiken *nadat* zij in een procedure bij de rechter verwickeld zijn geraakt, lijkt het vanuit kostenoverwegingen alleen maar wenselijk om te faciliteren dat partijen een minnelijke regeling treffen. Daarbij past niet dat van partijen verlangd wordt dat zij zich tot de notaris wenden om een executoriale titel voor hun schikking te verkrijgen.

Een tweede bezwaar tegen het uitspraak doen conform een schikking snijdt mijns inziens meer hout. De opname van een schikking in een uitspraak kan voor verwarring zorgen: welke werking komt aan het vonnis of de beschikking nu precies toe? In paragraaf 4 is betoogd dat om deze vraag te kunnen beantwoorden, gekeken moet worden naar de strekking van de rechterlijke uitspraak. Dit betekent dat van geval tot geval bepaald moet worden welke werking nu precies aan een vonnis of beschikking toekomt. Daarbij geldt bovendien dat niet de *vorm*, maar de *inhoud* bepalend is. De vorm – een rechterlijke uitspraak – kan partijen (en anderen) gemakkelijk op het verkeerde been zetten. Dat dit gevaar voor verwarring niet denkbeeldig is, blijkt uit de jurisprudentie in het kader van artikel 819 Rv die De Bruijn en Westrik aanhalen. Zij bespreken meerdere uitspraken waarin het contractuele karakter van een op de voet van artikel 819 Rv in een beschikking opgenomen convenant wordt miskend. Een beroep op een vernietigings-

grond wordt bijvoorbeeld afgewezen met als reden dat het convenant gezag van gewijsde heeft verkregen.³⁴

Dit gevaar voor verwarring bestaat mijns inziens veel minder bij hantering van de tweede constructie, waarbij een nagezonden akte aan een proces-verbaal wordt gehecht. In een dergelijk geval is de vorm veel minder misleidend: duidelijk(er) zal zijn dat sprake is van een overeenkomst van partijen en niet van een rechterlijke uitspraak.

Rechtshouders die partijen een executoriale titel willen verschaffen voor een schikking die na afloop van een zitting tot stand is gekomen, doen er goed aan deze schikking aan een proces-verbaal te hechten. Deze constructie verdient de voorkeur boven de constructie van het uitspraak doen conform de schikking van partijen.

7 Conclusie

In dit artikel stonden twee constructies centraal die tot doel hebben om partijen een executoriale titel te verschaffen voor een schikking die buiten een zitting tot stand is gekomen. De eerste constructie houdt in dat de rechter uitspraak doet conform de schikking, waarbij hij een onderhandse akte aan het vonnis of de beschikking kan hechten. In de tweede constructie maakt de rechter een proces-verbaal in executoriale vorm op, waaraan hij een door partijen opgemaakte onderhandse akte met daarin de schikking hecht.

In dit artikel is verdedigd dat beide constructies geschikt zijn om partijen een executoriale titel te verschaffen. Hiervoor is wel nodig dat artikel 87 lid 3 Rv / artikel 30m lid 1 Rv (KEI) ruim wordt uitgelegd. Grondslag voor het toekennen van executoriale kracht kan worden gevonden in de wil van partijen. Om te waarborgen dat de schikking inderdaad op de wil van partijen berust, is wel vereist dat beide partijen worden bijgestaan door een advocaat, dat de rechter partijen of hun vertegenwoordigers eerder op een zitting heeft gezien, dat de schikking door beide partijen of hun tot dat doel bijzonderlijk gevolmachtigden is ondertekend en dat deze schikking door de advocaat van een van beide partijen aan de rechter is toegezonden. Ook indien het mogelijk wordt voor de rechter en partijen om een proces-verbaal door middel van een elektronische handtekening te ondertekenen, dienen voorwaarden te worden gesteld die moeten waarborgen dat een buiten een zitting tot stand gekomen schikking op de wil van partijen berust. Mijns inziens is in een dergelijk geval vereist dat beide partijen worden bijgestaan door een advocaat en de rechter partijen of hun vertegenwoordigers eerder op een zitting heeft gezien.

Hoewel beide in dit artikel behandelde constructies geschikt zijn om partijen een executoriale titel te verschaffen, verdient de tweede constructie duidelijk de voorkeur boven de eerste. Door de schikking in een uitspraak op te nemen, creëert de rechter verwarring over de hieraan verbonden rechtsgevolgen. Wordt de schikking in dit geval vervangen

32. Zie bijv. Rb. Den Haag (k.g.) 10 december 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AL9081, *KG* 2002/10. Zie voorts, in het kader van een verzoek tot analoge toepassing van artikel 819 Rv in geval van ongehuwden wiens relatie is beëindigd, Rb. Den Haag 1 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ2444; Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7803. Zie voor een ander oordeel Rb. Arnhem 1 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH5158.

33. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 89. Daarentegen lijken kantonrechtshouders, ook onder de huidige WWZ, nog steeds vrij gemakkelijk een ontbindingsverzoek toe te wijzen indien hiertegen door de werknemer geen inhoudelijk verweer wordt gevoerd. Zie de jurisprudentie besproken door Van Hellenberg Hubar & Remers, *ArbeidsRecht* 2016/24 en het jurisprudentieoverzicht van C.B. Gaaf in het *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015-5, p. 149-151; zie voorts onder meer Rb. Noord-Holland 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1663; Rb. Noord-Holland 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1665. Ook in de 'Aanbeveling schikking en proceskosten Wwz' van de LOVCK&T, te vinden op www.rechtspraak.nl, is in aanbeveling 2.1 bepaald dat indien een verzoek tot pro-formaontbinding wordt ingediend, in beginsel zal worden aangenomen dat partijen bij dat verzoek belang hebben en op dat verzoek zal worden beslist. Zie over deze aanbevelingen W.J.J. Wetzels, 'Achter de aanbevelingen schikking en proceskosten WWZ', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2017/340.

34. P. de Bruijn & R. Westrik, 'Convenant en echtscheidingsbeschikking: gezamenlijk gezag van gewijsde?', *EB* 2012/3 en *EB* 2013/41; P. de Bruijn & R. Westrik, 'Convenant, echtscheidingsbeschikking en executoriale kracht', *EB* 2013/61.

door de rechterlijke uitspraak? Of blijft sprake van een overeenkomst tussen partijen, waarop het overeenkomstenrecht van toepassing is? In dit artikel is betoogd dat indien de strekking van de opname in de uitspraak enkel is om partijen een executoriale titel te verschaffen, de schikking door deze opname niet het karakter van een overeenkomst verliest. Uit de uitspraak kan echter van een verdergaande strekking blijken. Van geval tot geval zal kortom de strekking van de uitspraak moeten worden vastgesteld, hetgeen onzekerheid kan meebrengen.

Bij hantering van de tweede constructie bestaat veel minder gevaar voor verwarring. Indien de rechter een schikking aan een proces-verbaal hecht, is duidelijk(er) dat sprake is van een overeenkomst van partijen en niet van een rechterlijke uitspraak. Rechters doen er kortom goed aan om voor deze tweede constructie te kiezen. Een rechterlijke uitspraak zouden zij moeten bewaren voor die gevallen waarin zij ook echt uitspraak doen.