



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De notaris en private rechtspraak

Weststrate, H.W.R.

Citation

Weststrate, H. W. R. (2018, October 17). *De notaris en private rechtspraak*. *SIKS Dissertation Series*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66271>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66271>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/66271> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Weststrate, H.W.R.

Title: De notaris en private rechtspraak

Issue Date: 2018-10-17

DE NOTARIS EN PRIVATE RECHTSPRAAK



SIKS Dissertation Series No. 2018-18.

The research reported in this thesis has been carried out under the auspices of SIKS, the Dutch Research School for Information and Knowledge Systems.

Uitgegeven in eigen beheer

Drukkerij: Gildeprint

ISBN e-book 978-94-9301-423-7

ISBN print 978-94-9301-422-0

© 2018, H.W.R. Nakad-Weststrate

The contents of this book, or parts thereof, may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserver, or reproduced in any form, without the copyright holder's express written permission.

De Notaris en Private Rechtspraak

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 17 oktober 2018
klokke 15.00 uur

door

Hendrika Wilhelmina Regula Weststrate

geboren te Aalsmeer

in 1969

Promotores: prof. dr. H.J. van den Herik
 prof. mr. G.J. Meijer (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Promotiecommissie: prof. dr. S. van der Hof
 prof. dr. A. Plaat
 prof. mr. J.S.L.A.W.B. Roes (Radboud Universiteit Nijmegen)

“Welke zijn de gronden, die den wetgever in het algemeen er toe brachten de bevoegdheid tot het aangaan van overeenkomsten, strekkende tot het onderwerpen van geschillen aan arbiters, bij de wet toe te kennen?

“1° de overweging, dat de burgers niet tegen hun wil verplicht zullen zijn haar geschillen steeds aan door den staat van het etiquette van vertrouwen voorziene personen ter berechting op te dragen. Hoeveel waarborgen de wet ook stelt voor de onzijdigheid en de kunde van den publieken rechter (de eischen eener deugdelijke rechtspraak), partijen moeten de vrijheid hebben tot andere rechters van haar eigen keus zich te wenden. Ook op het gebied van het procesrecht moet de vrijheid der burgers geëerbiedigd worden. De toekenning is dus niets anders dan een uitvloeisel van de erkenning dier vrijheid. Evenmin als partijen mogen worden onttrokken aan den rechter, dien de wet haar toekent (art. 150 G.W.), mag de staat haar steeds dwingen haar geschillen langs den gewonen weg van rechten af te doen. Immers het staatsdoel moet niet zijn de burgers nolens volens gelukkig te maken, maar uitsluitend de bevordering van het algemeen belang, welk doel slechts kan bereikt worden, wanneer de vrijheid der burgers in alle opzichten, dus ook met het oog op de procedure, wordt gerespecteerd. (...)”

Isaac Tobias Philips (1880)

Voorwoord

Van oudsher hebben gerechtsdeurwaarders, advocaten en overheidsrechters een wettelijke taak in de publieke rechtspraak. Namens de eiser roept de gerechtsdeurwaarder de gedaagde op. De advocaat staat zijn¹ cliënt als raadsman bij tijdens de procedure. De overheidsrechter doet uitspraak in het geschil. De gerechtsdeurwaarder kan het vonnis van de rechter ten uitvoer leggen op verzoek van de partij die door de rechter in het gelijk is gesteld. Op deze wijze bestaan de drie genoemde wettelijke ambten als afzonderlijke werelden naast elkaar in het rechtsbestel. Elke wereld heeft zijn eigen monopolie, eigen functie, eigen cultuur, eigen taal en eigen verdienmodel. De ambten begeven zich ook op elkaars terrein. Zo treden gerechtsdeurwaarders op als raadsman van partijen en zijn sommige advocaten rechter-plaatsvervanger (publieke rechtspraak) of arbiter (private rechtspraak). Overheidsrechters kunnen bijvoorbeeld ook arbiter zijn, of adviezen verlenen aan advocatenkantoren of rechtzoekenden.

De notaris staat op enige afstand van de rechtspraak. Hij ontvangt cliënten op zijn kantoor en legt hun verklaringen vast in akten. Een notariële akte is bedoeld om een gang naar de rechter te vermijden. Het uitvoerbare afschrift van de akte heet grosse. De grosse van een akte is een executoriale titel, evenals de grosse van een vonnis van de publieke rechter.

Uiteraard realiseer ik mij dat ik destijds als oprichtster van de stichting Stichting E-Court, ook te noemen: e-Court, nauw betrokken was bij het onderwerp. Daarom word ik per definitie geacht een zeker 'belang' te hebben of te hebben gehad, anders dan dat van de zuivere wetenschapsbeoefening. Vanaf de oprichting in mei 2009 tot en met januari 2015 ben ik voorzitter geweest van de stichting. Vanaf 1 februari 2015 was ik administrateur van e-Court en daarmee verantwoordelijk voor de IT. Ik vermeld deze feiten expliciet om de lezer te wijzen op verschillende vraagstukken die dit oproept. Ten eerste vermeld ik dat e-Court slechts als aanleiding in dit onderzoek wordt vermeld. Ten tweede rust op de nieuwe theorie die in dit proefschrift wordt beschreven geen intellectueel eigendomsrecht. Hierdoor is de tekst niet instrumenteel voor eventuele zakelijke ambities van de auteur op het terrein van private rechtspraak; ik kan – en wil – derden niet uitsluiten van de toepassing ervan. Integendeel, door het delen van de kennis wordt deze breed bekend en toepasbaar. De huidige studie zal voor e-Court geen ander of meer voordeel opleveren dan voor andere private gerechten.

Op 1 januari 2018 heb ik mijn functie als administrateur neergelegd. Kort daarna is e-Court door de publieke rechtspraak stilgelegd. Het is daarmee onzeker geworden of, wanneer en hoe e-Court in de verdere toekomst nog een rol zal kunnen vervullen binnen de Nederlandse rechtssfeer. Voor mij betekent het, dat ik op dit moment eerst het proefschrift afrond, en mij ondertussen oriënteer op nieuwe uitdagingen.

1 Overal waar ik in de tekst het woord "hij" ("zijn", "promovendus") in algemene, overkoepelende zin heb gebruikt, is dat uiteraard niet discriminerend bedoeld. U mag daar zelf het begrip "zij" ("haar", "promovenda") aan toevoegen of het als zodanig lezen.

Intussen blijft het de taak van elke promovendus om de verschillende rollen die hij heeft bekleed of bekleedt, met inbegrip van de rol van onderzoeker, scherp van elkaar te onderscheiden. Dit heb ik naar eer en geweten gedaan. Waar het om gaat, is dat de belangen kenbaar zijn en dat zij een onafhankelijke oordeelsvorming niet in de weg staan. Dit alles neemt niet weg dat de beschreven ontwikkelingen veel discussie oproepen.

In dit onderzoek zijn de critici natuurlijk ook aan het woord gelaten. Hun commentaren worden in het proefschrift in context besproken. Al met al zijn de rechtsvragen interessant voor elk in Nederland gevestigd privaat gerecht.

Hoewel op de kaft van het boek mijn naam staat en u mij dient aan te spreken op eventuele tekortkomingen, hebben veel mensen impliciet of expliciet bijgedragen aan dit proefschrift. Aan allen ben ik dank verschuldigd. Deze dank komt in het proefschrift impliciet tot uitdrukking door het gebruik van de *pluralis modestiae*.

De einddatum van het verwerkte materiaal is 8 december 2017.

Ik draag het proefschrift op aan Angelie Broeren (†1997), mijn oud-huisgenote van Huize Pokon in Leiden, in het vertrouwen dat ik hiermee mijn belofte aan haar heb ingelost.

Henriëtte W.R. Nakad-Weststrate

Amstelveen, 3 april 2018

Lijst van gebruikte afkortingen

aant.	aantekening
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AFM	Autoriteit Financiële Markten
afl.	aflevering
BRP	Basisregistratie Personen
B-tag	Besluit tarieven gerechtsdeurwaarder
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CDA	Christen Democratisch Appèl
CILC	<i>the Center for International Legal Cooperation</i>
c.q.	<i>casu quo</i>
D66	Democraten 66
d.d.	<i>de dato</i>
diss.	dissertatie
ds.	dominee
d.w.z.	dat wil zeggen
EALL	<i>the European Academy for Law and Legislation</i>
e.a.	en anderen
e.v.	en volgende
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GBA	Gemeentelijke Basis Administratie
Gdw	Gerechtsdeurwaarderswet 2001
GPV	Gereformeerd Politiek Verbond
Gw	Grondwet 1983
G.W. 1848	Grondwet 1848
G.W. 1815	Grondwet 1815
HiiL	<i>the Hague Institute for the Internationalisation of Law</i>
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
i.c.	<i>in casu</i>
ICT	Informatie- en communicatietechnologie
IP	Internet Protocol
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
JBP _r	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
j ^o	<i>juncto</i>
KBvG	Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders

KEI	het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak van de Raad voor de Rechtspraak en het Ministerie van Veiligheid & Justitie ²
KIFID	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
KG	Kort Geding
KGK	Kort Geding Kort
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LOSR	Landelijk Overleg Sociaal Raadslieden
MJI	<i>the Microjustice Initiative</i>
MVO	Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NL Agency	Agentschap NL, onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
m.b.t.	met betrekking tot
m.m.v.	met medewerking van
nr.	nummer
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
OV	Onderzoeksvraag
p.	pagina
PbEG L	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (wetgeving; tot 1 februari 2003)
PbEU L	Publicatieblad van de Europese Unie Lex (wetgeving; vanaf 1 februari 2003)
Pres.	President
PS	Probleemstelling
PvdA	Partij van de Arbeid
Rb	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RPF	Reformatorische Politieke Federatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week

2 Het betreffende ministerie stond van oudsher bekend onder de naam het Ministerie van Justitie, per 14 oktober 2010 onder de naam het Ministerie van Veiligheid & Justitie en per 26 oktober 2017 het Ministerie van Justitie & Veiligheid. Wij houden in het onderzoek de aanduiding het Ministerie van Veiligheid en Justitie aan, omdat dit de dragende naam was ten tijde van het onderzoek.

SER	Sociaal Economische Raad
SGC	Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken
SGP	Staatkundig Gereformeerde Partij
SP	Socialistische Partij
t/m	tot en met
TAMARA	Transport and Maritime Arbitration Rotterdam - Amsterdam
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TvPP	Tijdschrift voor de Proces Praktijk
VEG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (tot 1 december 2009)
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VEWIN	Vereniging van waterbedrijven in Nederland
vgl.	vergelijk
vzr.	voorzieningenrechter
V&J	Veiligheid en Justitie
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
Wet RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
WIK	Wet normering buitengerechtelijke incassokosten
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wn	Wet op het notarisambt 1842
Wna	Wet op het notarisambt 1999
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen

Inhoudsopgave

Voorwoord	i
Lijst van gebruikte afkortingen	iii
Inhoudsopgave	vii
1 ONDERZOEK EN PROBLEEMSTELLING	1
1.1 Inleidende probleemverkenning	3
1.1.1 <i>De definitie van rechtspraak</i>	3
1.1.2 <i>Het bindend advies naast arbitrage als vorm van rechtspraak</i>	6
1.1.3 <i>De afdwingbaarheid van rechterlijke uitspraken</i>	9
1.1.4 <i>De afdwingbaarheid van het bindend advies in historisch perspectief</i>	11
1.2 De maatschappelijke achtergrond (1990 tot 2010)	13
1.2.1 <i>De toegankelijkheid van het recht</i>	13
1.2.2 <i>De modernisering van de publieke rechtspraak</i>	14
1.2.3 <i>Het bevorderen van private geschilbeslechting</i>	15
1.2.4 <i>Het primaat van private geschilbeslechting</i>	17
1.2.5 <i>Conclusies over de maatschappelijke achtergrond (1990 tot 2010)</i>	18
1.3 De maatschappelijke ontwikkelingen (2010 tot heden)	18
1.3.1 <i>De lancering van het initiatief e-Court</i>	18
1.3.2 <i>De modernisering en digitalisering van de publieke rechtspraak (2010 tot heden)</i>	19
1.4 De aanleiding tot het onderzoek	21
1.4.1 <i>De brief van de staatssecretaris van 23 juni 2011</i>	21
1.4.2 <i>De gevolgen op juridisch gebied</i>	22
1.4.3 <i>De Global Innovating Justice Awards van 23 juni 2011</i>	23
1.5 De keuze voor probleemstelling en onderzoeksvragen	23
1.5.1 <i>Verantwoording van de gekozen opzet</i>	24
1.5.2 <i>De probleemstelling en vier onderzoeksvragen</i>	25
1.6 Terminologie	28
1.7 De betekenis van het onderzoek en onze visie	30
1.7.1 <i>De betekenis van het onderzoek</i>	30
1.7.2 <i>Visie op de rechtspraak</i>	31
1.7.3 <i>Visie op de wettelijke incassobevoegdheid</i>	33
1.8 De onderzoeksmethodologie	34
1.8.1 <i>Analyse</i>	34
1.8.2 <i>Rechtshistorisch onderzoek</i>	34
1.8.3 <i>Rechtsvergelijkend onderzoek</i>	35
1.9 Verantwoording, afbakening en aannames	35
1.9.1 <i>Verantwoording</i>	35
1.9.2 <i>Inhoudelijke afbakening</i>	36
1.9.3 <i>Onderzoekstechnische afbakening</i>	37

1.9.4	<i>Vier aannames</i>	38
1.10	De structuur van het proefschrift	38
1.10.1	<i>Structuur en inhoud</i>	39
1.10.2	<i>Verantwoording van de bronvermeldingen</i>	40
2	PRIVATE RECHTSPRAAK	41
2.1	Het wettelijke verhaalsrecht van de crediteur	41
2.1.1	<i>De nakoming van overeenkomsten</i>	41
2.1.2	<i>Het vorderingsrecht van de crediteur bij niet-nakoming</i>	42
2.1.3	<i>Het verhaalsrecht van de crediteur bij niet-nakoming</i>	43
2.2	De keuze voor private rechtspraak	44
2.2.1	<i>De wettelijke regeling van bindend advies (artikel 7:900 e.v. BW)</i>	44
2.2.2	<i>De wettelijke regeling van arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv)</i>	44
2.2.3	<i>Artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM en de keuze voor private rechtspraak</i>	45
2.2.4	<i>De waarborgen van artikel 6 EVRM</i>	48
2.2.5	<i>Twee ontbrekende waarborgen in artikel 6 EVRM</i>	49
2.2.6	<i>De inhoud van de keuze: een private einduitspraak</i>	53
2.2.7	<i>De inhoud van de keuze: afdwingbaarheid</i>	56
2.3	Overheidsdwang binnen de context van rechtspraak	57
2.3.1	<i>De oproeping als scheidslijn tussen vrijwilligheid en dwang</i>	57
2.3.2	<i>Het rechtsgevolg van artikel 6:236 sub n BW van de objectivering van de partijwil</i>	58
2.3.3	<i>Het verstekvonnis in de plaats van de medewerking van de gedaagde</i>	60
2.4	De waarborgen van een behoorlijk proces	61
2.4.1	<i>De inrichting van een behoorlijk proces</i>	61
2.4.2	<i>Eisen aan het proces in de ADR-richtlijn</i>	61
2.4.3	<i>Eigen opvatting over de waarborgen van een behoorlijk proces</i>	64
2.5	Onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid	64
2.5.1	<i>De eisen aan onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid</i>	65
2.5.2	<i>Eisen aan de organisatie in de ADR-richtlijn</i>	66
2.5.3	<i>Eigen opvatting over de eisen aan de organisatie</i>	70
2.6	De toetsing van private uitspraken in de praktijk	71
2.6.1	<i>De marginale toets van artikel 7:900 BW</i>	71
2.6.2	<i>De marginale toets van artikel 1062 Rv</i>	71
2.6.3	<i>De vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 BW</i>	72
2.6.4	<i>De vernietiging en de herroeping van arbitrale vonnissen</i>	72
2.6.5	<i>Mogelijk foutieve uitspraken van het private gerecht</i>	73
2.6.6	<i>Mogelijke aansprakelijkheid van de notaris binnen private gerecht</i>	76
2.6.7	<i>Ambtshalve toetsing bij arbitrage</i>	77
2.6.8	<i>Barmhartigheid in het burgerlijk procesrecht</i>	81
2.7	De positie van geïnstitutionaliseerd bindend advies en arbitrage	

binnen de rechtspraak	83
2.7.1 <i>Inventarisatie van bindend advies en arbitrage bij verschillende private gerechten</i>	83
2.7.2 <i>Gelijkstelling van bindend advies en arbitrage</i>	87
2.7.3 <i>Conclusies over de gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage in de praktijk</i>	90
2.7.4 <i>De aanvraag voor de notaris bij een keuze voor private rechtspraak</i>	91
2.8 Vijf relevante bevindingen uit hoofdstuk 2	93
 3 DE NOTARIËLE AKTE	 95
3.1 Wettelijke bevoegdheid, soorten akten, en samenhang bewijskracht en executabiliteit	95
3.1.1 <i>De algemene bevoegdheid om akten te passeren</i>	96
3.1.2 <i>De opdrachtgever van de notaris bij een proces-verbaalakte</i>	97
3.1.3 <i>Zeven beperkingen aan de bevoegdheid om akten te passeren</i>	98
3.1.4 <i>Conclusies over de zeven beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris</i>	102
3.1.5 <i>Artikel 37 Wna: partij-akten en proces-verbaalakten</i>	102
3.1.6 <i>Drie evidente verschillen tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte</i>	103
3.1.7 <i>Voorbeelden van beide soorten notariële akten</i>	105
3.1.8 <i>Het primaat van de partij-akte in de praktijk</i>	105
3.1.9 <i>De maatstaf voor het bepalen van het type akte</i>	105
3.1.10 <i>De samenhang tussen bewijskracht en executabiliteit</i>	107
3.2 De algemene leer van de bewijskracht van de notariële akte	107
3.2.1 <i>De dwingende bewijskracht van authentieke akten ex artikel 157 Rv</i>	107
3.2.2 <i>Formele en materiële bewijskracht van de notariële akte in historisch perspectief</i>	108
3.3 De bewijskracht van proces-verbaalakten	110
3.3.1 <i>De bewijskracht van rechtsfeiten in proces-verbaalakten</i>	111
3.3.2 <i>Partijverklaringen in proces-verbaalakten: artikel 31 (oud) Wn en artikel 37 lid 3 Wna</i>	112
3.3.3 <i>De parlementaire behandeling van artikel 37 lid 3 Wna</i>	118
3.3.4 <i>Literatuur over de materiële bewijskracht tot 2012</i>	121
3.3.5 <i>Literatuur over de materiële bewijskracht vanaf 2012</i>	124
3.3.6 <i>Jurisprudentie over de materiële bewijskracht</i>	128
3.3.7 <i>Partijverklaringen in een dagvaarding</i>	131
3.3.8 <i>De relatie tussen artikel 157 lid 2 Rv en artikel 37 lid 3 Wna</i>	132
3.3.9 <i>Conclusies over de bewijskracht in relatie tot de executabiliteit</i>	134
3.3.10 <i>De betekenis van artikel 37 lid 3 Wna verklaard</i>	135
3.3.11 <i>De relevantie van de materiële bewijskracht in relatie tot de executabiliteit</i>	138
3.4 De executoriale kracht van de notariële akte	139
3.4.1 <i>De wettelijke basis voor de executabiliteit van de notariële akte</i>	139
3.4.2 <i>De gelijkstelling van de notariële akte met het rechterlijk vonnis</i>	140
3.4.3 <i>De rol van de proces-verbaalakte als grondslag voor executie</i>	143

3.4.4	<i>Vier wettelijke voorwaarden voor de executabiliteit van de notariële akte</i>	146
3.4.5	<i>De afgifte van de grosse en het bestaan van een verbintenis</i>	146
3.4.6	<i>De afgifte van de grosse en de bepaalbaarheid van een verbintenis</i>	149
3.4.7	<i>Samenvattende sectieconclusies</i>	149
3.5	Het arrest Rabobank/Visser	149
3.5.1	<i>De casus van het arrest Rabobank/Visser</i>	149
3.5.2	<i>De gevolgen van het arrest Rabobank/Visser voor de praktijk</i>	150
3.5.3	<i>Het arrest Rabobank/Visser en de proces-verbaalakte bij private rechtspraak</i>	151
3.5.4	<i>Samenvattende sectieconclusies</i>	153
3.6	Vijf relevante bevindingen uit hoofdstuk 3	154
4	DE PROCES-VERBAALAKTE BINNEN DE RECHTSPRAAK	157
4.1	De partij-akte en private rechtspraak	157
4.1.1	<i>De overeenkomst tot private rechte rechtspraak in de partij-akte</i>	157
4.1.2	<i>De vastlegging van de uitspraak in de partij-akte</i>	160
4.1.3	<i>Sectieconclusies over de partij-akte binnen private rechtspraak</i>	161
4.2	Het gebruik van de proces-verbaalakte	161
4.2.1	<i>De maatstaf van § 3.1.9 toegepast op private rechtspraak</i>	162
4.2.2	<i>Een procespartij krijgt verbintenissen opgelegd</i>	166
4.2.3	<i>Het waarnemen van de gedaagde die verstek laat gaan</i>	169
4.2.4	<i>Overige waarnemingen tijdens een gerechtelijke procedure</i>	170
4.3	De mogelijke opdrachtgevers van de notaris	170
4.3.1	<i>Algemene inleiding aangaande vertegenwoordiging</i>	171
4.3.2	<i>Het private gerecht als opdrachtgever namens beide procespartijen</i>	172
4.3.3	<i>Het private gerecht als opdrachtgever namens één partij</i>	173
4.3.4	<i>Het private gerecht als autonome opdrachtgever</i>	173
4.3.5	<i>Conclusies over de grondslag voor de opdracht aan de notaris</i>	174
4.4	De zeven beperkingen van § 3.1.3 getoetst	175
4.4.1	<i>De exclusieve bevoegdheid van een andere ambtenaar</i>	175
4.4.2	<i>Waarnemingen met een rechtsfeit-gehalte</i>	178
4.4.3	<i>Een grote mate van zekerheid over de waarnemingen</i>	179
4.4.4	<i>Het redelijke civielrechtelijke belang bij vastlegging van de waarnemingen</i>	179
4.4.5	<i>Geen specifieke deskundigheid vereist</i>	181
4.4.6	<i>Het verbod op verbaliserend optreden door de notaris</i>	182
4.4.7	<i>De status van het notarisambt</i>	182
4.4.8	<i>Conclusies over de beperkingen</i>	183
4.5	De toepassing van de notariële akte in relatie tot de rechtspraak	184
4.5.1	<i>De notariële akte als substituut voor rechtspraak</i>	184
4.5.2	<i>De notariële akte als onderdeel van private rechtspraak</i>	186
4.5.3	<i>De notariële akte als akte van depot ex artikel 1058 Rv</i>	186

4.6	Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag	187
5	DE PARTIJWIL BINNEN DE CONTEXT VAN OVERHEIDSDWANG	189
5.1	De contractsvrijheid versus beperkte keuzevrijheid binnen de rechtspraak	189
5.2	Het begrip partijwil bij partij-akten	192
5.3	Het begrip partijwil bij de proces-verbaalakte	192
5.3.1	<i>De partijwil bij de proces-verbaalakte in de traditionele praktijk</i>	193
5.3.2	<i>De partijwil bij de proces-verbaalakte binnen de gerechtelijke procedure</i>	193
5.3.3	<i>De partijwil na afloop van de gerechtelijke procedure</i>	195
5.4	Het relateren van de waarnemingen aan de procespartijen	195
5.4.1	<i>Paradox 1: verstek is een vorm van participatie</i>	196
5.4.2	<i>Paradox 2: de notaris relateert het rechtsfeit van “niets” aan de procespartij</i>	197
5.4.3	<i>Paradox 3: de notaris dient de partijverklaringen te negeren</i>	197
5.4.4	<i>Paradox 4: de verklaring van de derde is de enige verklaring die telt</i>	198
5.4.5	<i>Conclusies over het relateren van de rechtsfeiten aan de procespartijen</i>	198
5.4.6	<i>De betekenis voor het notariële perspectief</i>	199
5.5	Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag	200
6	DE BELEHRUNGSPFLICHT	203
6.1	Het leerstuk van de Belehrungspflicht	203
6.1.1	<i>De zorgplicht bij de partij-akte ex artikel 43 lid 1 Wna</i>	203
6.1.2	<i>De zorgplicht bij private rechtspraak</i>	207
6.1.3	<i>Geen zorgplicht bij de proces-verbaalakte ex artikel 43 lid 1 Wna</i>	208
6.1.4	<i>De onderzoeksplicht bij de proces-verbaalakte als uitvloeisel van artikel 17 lid 1 Wna</i>	209
6.1.5	<i>De onderzoeksplicht ex artikel 2 Wna als onderdeel van de zorgplicht</i>	211
6.2	De onderzoeksplicht bij een privaot gerecht	212
6.2.1	<i>De toetsing op organisatieniveau</i>	212
6.2.2	<i>De toetsing op dossierniveau</i>	212
6.2.3	<i>Conclusies over de invulling van de zorgplicht</i>	213
6.2.4	<i>De marginale toets door de notaris vergeleken met die door de publieke rechter</i>	213
6.3	De informatieplicht bij de vastlegging van de uitspraak	214
6.3.1	<i>De informatieplicht bij de keuze voor private rechtspraak</i>	214
6.3.2	<i>De informatieplicht bij een reeds bevoegd privaot gerecht</i>	214
6.3.3	<i>De informatieplicht bij het passeren van de proces-verbaalakte</i>	215
6.3.4	<i>De informatieplicht ten aanzien van feiten van algemene bekendheid</i>	218
6.3.5	<i>De informatieplicht ten aanzien van rechtsgevolgen die niet afwijken van de wet</i>	219
6.3.6	<i>Conclusies over de informatieplicht binnen private rechtspraak</i>	219
6.4	Het antwoord op de derde onderzoeksvraag	220

7	DE INVLOED VAN ICT-TOOLS	223
7.1	De menselijke beperkingen aan het langdurig waarnemen	224
7.1.1	<i>Het vermogen tot waarneming en de duur van een procedure</i>	224
7.1.2	<i>De praktijk van gerechtelijke procedures</i>	225
7.2	Het waarnemen van een procedure	227
7.2.1	<i>De schriftelijke fase</i>	227
7.2.2	<i>De zitting</i>	228
7.2.3	<i>De uitspraak</i>	230
7.2.4	<i>De vastlegging van een procedure zonder (volledige) eigen waarneming</i>	231
7.3	Conclusies over de waarneming en de rol van ICT daarbij	232
7.3.1	<i>Conclusie over de waarneming van de schriftelijke fase</i>	232
7.3.2	<i>Conclusie over de waarneming van de zitting</i>	232
7.3.3	<i>Conclusie over de waarneming van de uitspraak</i>	232
7.3.4	<i>Conclusie over de vastlegging zonder (volledige) eigen waarneming</i>	232
7.4	Het antwoord op de vierde onderzoeksvraag	233
7.5	De invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming	233
7.5.1	<i>Inleiding op het spanningsveld tussen kostenefficiëncy en rechtsbescherming</i>	233
7.5.2	<i>De traditionele behandeling van incassozaken bij de overheidsrechter</i>	234
7.5.3	<i>Het gebruik van ICT-tools voor verstekvonnissen</i>	236
7.5.4	<i>Algorithmic transparency and accountability</i>	237
7.5.5	<i>Het gebruik van ICT-tools voor verweervonnissen</i>	238
7.5.6	<i>Overige monitoring en controlemogelijkheden</i>	239
7.5.7	<i>Conclusies over de invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming</i>	240
8	DE AFRONDING VAN HET ONDERZOEK	241
8.1	De samenvatting van de antwoorden op de onderzoeksvragen	241
8.1.1	<i>De eerste onderzoeksvraag</i>	241
8.1.2	<i>De tweede onderzoeksvraag</i>	242
8.1.3	<i>De derde onderzoeksvraag</i>	242
8.1.4	<i>De vierde onderzoeksvraag</i>	242
8.2	De beantwoording van de probleemstelling	243
8.2.1	<i>Het antwoord op de probleemstelling</i>	243
8.2.2	<i>Het vereiste van (minimaal) één opdrachtgever</i>	243
8.2.3	<i>Geen beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris</i>	244
8.2.4	<i>Het vaststellen van de partijwil in de context van rechtspraak</i>	244
8.2.5	<i>De invulling van de notariële zorgplicht</i>	244
8.2.6	<i>Procesbewaking aan de hand van het reglement</i>	245
8.2.7	<i>De marginale toets van artikel 7:900 BW en artikel 1062 Rv</i>	245
8.2.8	<i>De afgifte van de grosse</i>	245
8.2.9	<i>Voorbeeld notariële proces-verbaalaktes bij private rechtspraak</i>	246

8.3	Vier conclusies naar aanleiding van het antwoord op de probleemstelling	246
8.3.1	<i>Conclusie 1: verbeterde bescherming van de integriteit van het rechtsbestel</i>	246
8.3.2	<i>Conclusie 2: verbetering van de marginale toetsing</i>	247
8.3.3	<i>Conclusie 3: een nieuwe methode om een private uitspraak afdwingbaar te maken</i>	247
8.3.4	<i>Conclusie 4: de vastlegging leidt slechts tot schijntegenstellingen</i>	248
8.4	Vijf punten van zelfkritiek	248
8.4.1	<i>De onderzoeksplicht en de onderhandse overeenkomst</i>	249
8.4.2	<i>De identificatie van de procespartijen</i>	249
8.4.3	<i>Het belang van de debiteur</i>	250
8.4.4	<i>De notaris in de rol van verbalisant bij verstekzaken</i>	251
8.4.5	<i>Het waarnemen met zekerheid en rechtszekerheid</i>	251
8.5	Paradox 5: consumentenbescherming zonder persoonlijk contact	254
8.6	Vier onderwerpen voor toekomstig onderzoek	255
8.6.1	<i>IT-aspecten</i>	255
8.6.2	<i>De bewegingsvrijheid van een privaat gerecht</i>	255
8.6.3	<i>De ontwikkeling van de bulkincasso en de rechtspositie van de consument</i>	255
8.6.4	<i>Onderzoek naar de rol van de notaris in de praktijk</i>	256
8.7	Slot	256
	Literatuurlijst	257
	Lijst van Appendices	289
	Appendix A: De brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 23 juni 2011	290
	Appendix B: Commentaar KNB op de rol van de notaris bij e-Court/februari 2011	294
	Appendix C: Voorbeeld notariële proces-verbaalakte bij private rechtspraak	296
	Samenvatting	299
	Summary	303
	Jurisprudentieregister	307
	Trefwoordenregister	309
	Nawoord	311
	Curriculum Vitae	313
	SIKS Dissertatiereeks	315

1 | ONDERZOEK EN PROBLEEMSTELLING

Private rechtspraak is van alle tijden.³ Al in het oude Egypte bestond arbitrage. De procedure – die leek op hedendaagse arbitrage – werd uitgewerkt onder Farao Khephren (26^e eeuw voor Christus), die ook bekend is van de tweede piramide van Gyza.⁴ Een geldige overeenkomst tot arbitrage betekende dat de publieke rechter niet langer geacht werd zich met de casus bezig te houden. De uitspraak van de arbiter was definitief en direct afdwingbaar. Arbitrage komt ook voor in de Bijbel, in het Oude Testament, waar Jacob arbitrage voorstelt aan zijn schoonvader Laban.⁵ Verder vermeldt de Koran arbitrage, waar in het geval van een dreigende echtscheiding de benoeming van twee scheidsrechters in zijn algemeenheid wordt aanbevolen, te weten één scheidsrechter van de familie van de man en één van de familie van de vrouw.⁶ In het Romeinse recht en in de Middeleeuwen bestond arbitrage eveneens als vorm van private geschilbeslechting (vaak door ongeschoolde burgers). In 1828 hield het kamerlid jhr. mr. dr. G. Beelaerts van Blokland (1772-1844)⁷ een redevoering voor de Tweede Kamer in het kader van de toenmalige modernisering van de wetboeken van burgerlijke rechtsvordering over arbitrage. De redevoering begon met de woorden: *“EdelAchtbare Heeren! Het is een natuurlijk regt, en in alle beschaafde maatschappijen aangenomen, dat de menschen hunne geschillen aan de uitspraak van door hen zelve gekozen en met hun vertrouwen bekleede vrienden, scheidsmannen of arbiteren genaamd, kunnen onderwerpen.”*⁸ De publieke rechtspraak heeft in de geschiedenis een wisselende relatie gehad met de private rechtspraak, maar private rechtspraak heeft door de eeuwen heen een eigen plaats behouden.⁹ Ook in onze tijd is private rechtspraak niet meer weg te denken. Bovendien is de *online* variant sterk in opmars.¹⁰ Private rechtspraak, al dan niet *online*, krijgt inmiddels ook vanuit Brussel de nodige impulsen.¹¹

3 Wij hanteren de begrippen “private rechtspraak”, d.w.z. rechtspraak georganiseerd door private partijen en “publieke rechtspraak”, d.w.z. rechtspraak georganiseerd door de overheid, als twee verschijningsvormen van het overkoepelende begrip “rechtspraak.”

4 Colenbrander 1859, p. 130 e.v.; Jongbloed 1987, p. 141-142.

5 Genesis 31:3.

6 Boek IV, De Vrouwen, vers 35. Deze arbiters hadden overigens primair tot taak om een verzoening tot stand te brengen.

7 Hij was tevens oud-advocaat en oud-rechter. Zie voor zijn biografie de website Parlement & Politiek: http://www.parlement.com/id/vg09llr3zy8/g_beelaerts_van_blokland.

8 Van den Honert 1839, p. 603.

9 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 350, nr. 3 (MvT), p. 1 e.v.

10 Van den Herik en Dimov 2011a, pp. 244-257; Van den Herik en Dimov 2011b; Van den Herik en Dimov 2012a; Van den Herik en Dimov 2012b; De Vey Mestdagh en Van Zuijlen 2012, p. 82 e.v.

11 Wij noemen vier impulsen: (1) Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004, (2) Richtlijn 2009/22/EG (ADR-richtlijn), Pb L 165/63, (3) Verordening (EU) Nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (ODR-verordening), Pb L 165/1, (4) De implementatiewet voor de ADR-richtlijn is de Wet van 16 april 2015 tot implementatie van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen (Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten), Stb. 2015, 160.; zie verder Velicogna, Errera en Derlange 2013, p. 38 e.v.; Barrot 2008; Cauffman, Faure en Hartlief 2010; Kallinikos 2009; Koop, Prins en Hijmans 2000; Krans 2010; Alternatieve geschilbeslechting in de EU 2012; Ernste 2013, Verhage 2015; Brand 2015; M.W. Knigge 2015.

In de aanloop naar ons onderzoek stellen wij de vraag aan de orde of de tussenkomst van de overheid voor de afdwingbaarheid van uitspraken van private gerechten nog wel van deze tijd is. Die vraag zal door velen als een “revolutionaire” gedachte worden ervaren. Toch is dat niet zo. In 1880 verscheen de dissertatie “*Opdracht Van Rechtspraak Aan Scheidslieden*” van Isaac Tobias Philips.¹² Toen al werd het belang van de tussenkomst van de publieke rechter (op dat moment: de President van de regtbank) om het arbitrale vonnis afdwingbaar te maken door hem gerelativeerd. Vanuit die gedachte vroeg hij zich vervolgens af welk verschil er bestond “*tusschen de kracht van een scheids-rechterlijke uitspraak en een gewoon rechtelijk vonnis*”.¹³ In onze tijd zijn er verschillende argumenten die pleiten vóór de “afdwingbaarheid van rechtswege” van private vonnissen. Laten wij er twee noemen: (i) de voortgeschreden professionalisering van de geschilbeslechters en (ii) de emancipatie van de burger. Voor velen is echter het op de een of andere manier afzien van de tussenkomst van de overheid een stap te ver. Wij laten het daarom bij het opwerpen van deze vraag op deze plaats.

In dit proefschrift onderzoeken wij wat mogelijk is binnen de bestaande kaders. Daarbij gaat het (eigenlijk in het verlengde van I.T. Philips) “slechts” om de vraag of de overheidsinmenging voor de afdwingbaarheid van een private uitspraak door een andere dan de rechterlijke ambtenaar kan worden verricht. Hiermee kan worden voorkómen dat over eenzelfde geschil twee keer moet worden geprocedeerd (één keer voor het private gerecht ter zake van de materiële beslissing, en één keer voor het publieke gerecht ter zake van de formele afdwingbaarheid ervan).

Het onderwerp van onderzoek ziet derhalve op een mogelijke nieuwe rol van het notariaat binnen de geïnstitutionaliseerde private rechtspraak. Het inbedden van het notarisambt in de private rechtspraak is een onderwerp op het snijvlak van het notarieel recht, het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht. Door de toepassing van ICT-technieken raakt het onderwerp ook aan recht en informatica. Het onderzoek heeft de nodige wetenschappelijke discussies gekend, die naar veel kanten uitwaaiering hebben gehad en nog hebben, met – het zij gezegd – allemaal een leerzame functie. Gezien ons enthousiasme voor het perspectief van de nieuwe ontwikkeling (op de weg van private rechtspraak) hebben wij veel juridische argumenten mogen horen. Het was een boeiende tijd en een lastig vraagstuk. Er zijn veel verbanden gelegd, er is een nieuwe samenhang gecreëerd tussen de verschillende wettelijke regelingen, en er zijn opmerkelijke paradoxen gevonden. De ogenschijnlijke strijd met de traditionele notariële ambtsuitoefening kan hieruit worden verklaard. Al deze gebeurtenissen en ontwikkelingen hebben geleid tot dit proefschrift. Er wordt een geheel nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de notariële doctrine.

De studie bevat overigens geen beschrijving van alle gebeurtenissen sinds I.T. Philips (1880), maar is een zelfstandige beschouwing over de vastlegging van het bindend advies en het arbitrale

12 I.T. Philips, diss. Amsterdam, 1880, opnieuw uitgegeven onder dezelfde titel door Kessinger Legacy Reprints (22 februari 2010) en Nabu Press (29 februari 2012).

13 Philips 1880, p. 16.

vonnis in een notariële proces-verbaalakte. Wij willen daarbij de debatabijdrage van Stolker¹⁴ in herinnering brengen. In het betreffende debat gaat het om de vraag wat onder rechtswetenschappen moet worden verstaan. Stolker verwerpt de falsificatietheorie die voor de exacte wetenschappen geldt, en waarbij een hypothese slechts gelding heeft tot het moment waarop de onjuistheid ervan via onderzoek is aangetoond. Stolker meent dat de definitie van rechtswetenschappelijk onderzoek breder is dan louter het falsificeren. Hij wijst er daarbij op dat het vinden of scheppen van samenhang en orde in de talloze regels en rechterlijke beslissingen een belangrijke taak is van de juridische onderzoeker, en noemt het naar zijn aard “scheppend en innovatief werk”, veelal gericht op het verklaren en voorspellen. Het ontwikkelen en onderbouwen van nieuwe theorieën is de kern van dit onderzoek.

In § 1.1 wordt een inleidende probleemverkenning gegeven. In § 1.2 zetten wij de maatschappelijke achtergrond van het onderzoek uiteen. In § 1.3 geven wij een toelichting op het initiatief e-Court. In § 1.4 gaan wij in op de aanleiding van het onderzoek. In § 1.5 worden de probleemstelling en vier onderzoeksvragen geformuleerd. Wij beschrijven in § 1.6 de terminologie. Vervolgens vermelden wij in § 1.7 de betekenis van dit onderzoek en onze visie. In § 1.8 wordt inzicht gegeven in de gehanteerde onderzoeksmethoden. In § 1.9 geven wij de verantwoording en afbakening van het onderzoek, alsmede vier onderliggende aannames, en in § 1.10 wordt de structuur van dit proefschrift beschreven.

1.1 INLEIDENDE PROBLEEMVERKENNING

In deze paragraaf geven wij een inleidende probleemverkenning. In § 1.1.1 geven wij een definitie van rechtspraak. In § 1.1.2 behandelen wij het bindend advies naast arbitrage als vorm van private rechtspraak. In § 1.1.3 gaan wij in op de afdwingbaarheid van rechterlijke uitspraken. Wij behandelen in § 1.1.4 de discussie over de afdwingbaarheid van het bindend advies in historisch perspectief.

1.1.1 De definitie van rechtspraak

De wet kent geen definitie van rechtspraak. Als definitie van (civiele) rechtspraak hanteren wij de volgende omschrijving: “Rechtspraak is het beslechten van een geschil tussen minimaal twee partijen, waarbij (i) partijen hun rechtspositie (mogen) bepleiten, maar de uitkomst van het geschil uit handen geven, (ii) het proces wordt gevoerd voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, (iii) volgens de beginselen van behoorlijk procesrecht, en (iv) de uitspraak bindend en – uiteindelijk – afdwingbaar zal zijn voor partijen.”¹⁵

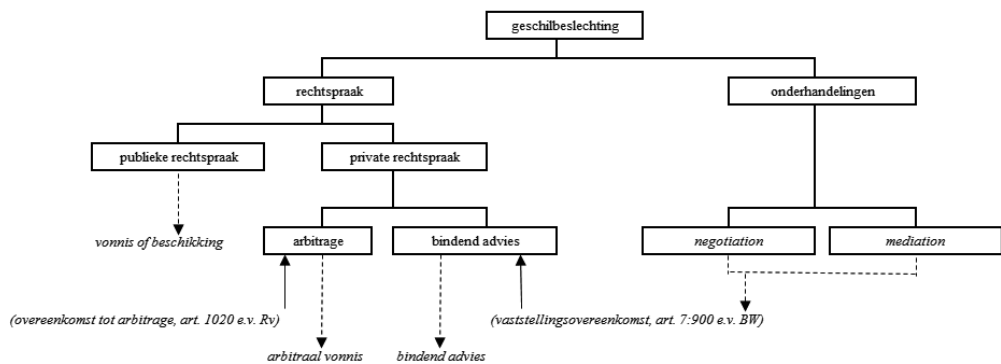
14 Stolker 2003; zie voor andere bijdragen aan het debat Barendrecht e.a. 2004, Franken 2004, De Geest 2004, Van Gestel en Vranken 2007, Kortmann 2007, Smith e.a. 2008, Gommer 2011. Zie voor de exacte wetenschappen Popper 1959.

15 Zie voor een overzicht van definities Ernste 2012aa, p. 80.

Conflictbeslechting door schikkingsonderhandelingen tussen partijen (*negotiation*), al dan niet onder leiding van een procesbegeleider (*mediation*¹⁶) kwalificeren wij niet als vorm van rechtspraak, omdat partijen de uitkomst van hun conflict niet uit handen geven. Deze vormen van conflictbeslechting blijven daarom buiten beschouwing. Wij beperken ons tot rechtspraak. Het feit dat het resultaat van geslaagde schikkingsonderhandelingen kan worden neergelegd in een vaststellingsovereenkomst, doet hieraan niet af.

De wet onderscheidt twee wettelijke grondslagen voor private rechtspraak, te weten arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv) en bindend advies (artikel 7:900 e.v. BW).¹⁷ Dit zijn de enige twee grondslagen waarop daartoe door partijen benoemde natuurlijke personen of geïstitutionaliseerde private gerechten kunnen opereren.¹⁸ In figuur 1.1 (Schema Civiele Geschilbeslechting) is de door ons gehanteerde onderverdeling in een boomstructuur weergegeven.

Wij tonen de figuur hier ter kennismaking. In § 1.6 bespreken wij de diverse onderdelen.



Figuur 1.1: Schema Civiele Geschilbeslechting

Artikel 1023 Rv bepaalt dat iedere handelingsbekwame, natuurlijke persoon tot arbiter kan worden benoemd.¹⁹ Bij bindend advies ontbreekt die bepaling, waardoor het mogelijk is om een

16 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 555, Wetsvoorstel Mediation, houdende de invoering van artikel 3:22 e.v. BW. Het wetsvoorstel is bij brief van 10 juni 2015 ingetrokken, zie *Kamerstukken II*, 2014/2015, 33 723, nr. 14, ingetrokken. Op 13 juli jongstleden is het wetsontwerp *Wet Bevordering Mediation* in consultatie gegeven, zie <https://www.internetconsultatie.nl/wetmediation>.

17 Wij noemen de twee grondslagen in deze paragraaf in de klassieke volgorde, omdat arbitrage een meer uitgebreide wettelijke regeling kent. In de verdere behandeling zal de volgorde juist worden omgedraaid.

18 Wij hanteren in ons onderzoek het begrip “privaat gerecht” (i) als overkoepelend begrip ter aanduiding van een geïstitutionaliseerde vorm van geschilbeslechting op de grondslag van bindend advies en arbitrage, en (ii) ter aanduiding van één van beide vormen en derhalve als synoniem van de begrippen “geschillencommissie” en “scheidsgerecht.” Deze laatste begrippen gebruiken wij ook in ons onderzoek, indien de context om een nadere precisering vraagt; zie ook § 1.6.

19 Wij vermogen niet in te zien wat tegen een verruiming van deze bepaling zou pleiten. Wat zou er tegen zijn, indien een daartoe opgericht instituut als rechtspersoon wordt benoemd tot scheidsgerecht? De rechtspersoon kan bij geschilbeslechting worden vertegenwoordigd door een of meer natuurlijke personen als arbiters, op een wijze die vergelijkbaar is met de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in vennootschapsrechtelijke kwesties door haar bestuurders. Zo is het in Frankrijk toegestaan om een rechtspersoon te benoemen tot scheidsgerecht, zie Rubino-Sammartano 2001, p. 328- 329. De benadering sluit beter aan bij de huidige praktijk van geïstitutionaliseerde private rechtspraak, waarbij de procespartijen zich niet zozeer wenden tot een specifieke natuurlijke persoon voor arbitrage, maar juist tot een bepaald instituut. De procespartijen maken de keuze in het vertrouwen dat het instituut heeft zorg gedragen voor de selectie van gekwalificeerde arbiters, of aan de partijen de definitieve

rechtspersoon te benoemen tot bindend adviseur. In ons onderzoek zullen wij spreken over een bepaald instituut als “scheidsgerecht” en formuleringen van gelijke strekking. Wij realiseren ons, dat deze formulering strikt genomen onjuist is, en dat wij eigenlijk zouden moeten verwijzen naar de constructie waarbij de natuurlijke personen binnen de context van een instituut zijn benoemd tot scheidsgerecht. Voor de leesbaarheid van de tekst is niettemin in de regel gekozen voor een direct gebruik van het begrip scheidsgerecht alsof het een instituut betreft.

Onze definitie van rechtspraak sluit aan bij de definitie van Philips in 1880. Zijn definitie van rechtspraak luidde: “*de beslissing van elk rechtsgeschil*”.²⁰ Toen al schaarde hij arbitrage onder rechtspraak. Dit vergde destijds een nadere toelichting, aangezien hij als eerste rechtspraak (de beslechting van geschillen) onderscheidde van rechtsdwang (de afdwingbaarheid van de uitspraak).²¹ Volgens Philips was het onjuist om alleen de publieke rechters onder de rechterlijke macht te verstaan, omdat het in zijn tijd geldende artikel 148 G.W. 1848 uitwees dat de “regterlijke magt” moest worden opgevat als “de verzameling der personen, die rechtspraak oefenen.” “*Deze allen behooren naar onze meening tot de ‘regterlijke macht’, dus ook de arbiters. Deze doen toch uitspraak, bezitten wel is waar geen middelen tot rechtsdwang, doch hun uitspraken zijn door de omstandigheid, dat het exequatur slechts een ijdele formaliteit is, gelijk de Heer Beelaerts het noemde, bijna gelijk aan de rechterlijke uitspraken.*”²² Inmiddels is die discussie beslecht en wordt arbitrage erkend als vorm van rechtspraak. Dit blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de per 1 januari 2015 in werking tredende, opnieuw gemoderniseerde, arbitragewetgeving: “*Arbitrage is in Neder-*

keuze laat uit een voorselectie. Dit blijkt ook uit de publicatie van uitspraken onder de naam van het instituut. Als voorbeeld noemen wij de uitspraak van het Scheidsgerecht voor de Grafische Industrie 14 juni 2005 (volgens vast gebruik wordt het instituut genoemd als “instantie”) in TvA 2009, no. 7. Feitelijk is dat niet anders bij de publieke gerechten, waar de wet wel spreekt van “de bevoegdheid van de Rechtbank Amsterdam” en niet van “de bevoegdheid van de rechters Jansen, Pietersen en Klaassen van de rechtbank Amsterdam” (zie bijvoorbeeld artikel 42 Wet RO). Ook hier geldt dat de procespartijen zich niet zozeer wenden tot de persoon van de publieke rechter, maar erop vertrouwen dat het gerecht heeft zorg gedragen voor de selectie van gekwalificeerde ambtsdragers, ongeacht de persoon. Zie voorts Van Zeist 2014.

20 Philips 1880, p. 14. Wij tekenen hierbij aan dat het onzuiver bindend advies toen nog niet bestond. Het onzuiver bindend advies, dat ziet op de beslechting van *een rechtsgeschil*, komt voor het eerst voor in de wet in 1892, zie Van Ittersum 1927, p. 10; Ernste 2012aa, p. 3. Het onzuiver bindend advies valt binnen de definitie van rechtspraak zoals in 1880 gehanteerd door Philips. Opmerkelijk is dat het woord “beslissing” dat hij in zijn definitie hanteert, een term is die in onze tijd wordt gezien als een aanduiding van het bindend advies en niet van arbitrage (waar men spreekt van “vonnis”).

21 Wij geven die toelichting hierna in samengevatte vorm weer. Philips merkt op: “*Rechtspraak en rechtsdwang behoeven volstrekt niet samen te gaan; bij de rechtspraak door den arbiter zien we dit bewaarheid. Een scheidsrechter doet uitspraak, hoewel hij niet kan executeeren.*” Zijn uitspraak is mede gebaseerd op het toenmalige artikel 145 G.W. 1848: “*Er wordt alom in de Nederlanden regt gesproken, in naam des Konings.*” Hij wijst ook op andere bepalingen in de Grondwet die procesrechtelijke grondtrekken bevatten. Zo bepaalde artikel 148 G.W. 1848: “*Alle twistgedingen over ..., behooren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke macht.*” In die bepalingen geldt het begrip rechtspraak in engere zin (publieke rechtspraak), en spreken arbiters in die zin dus geen recht. Philips wijst er echter op dat het toenmalige artikel 620 Rv (arbitrage) in strijd lijkt met artikel 145 – 148 G.W. 1848, maar dat de woorden “bij uitsluiting” alleen waren opgenomen om te verzekeren dat zij aan de kennisneming der uitvoerende macht werden onthouden. “*Het was dus een politieke reden. Het had zijn ontstaan te danken aan ’s wetgevers zucht tot reactie tegen de aanmattingen van het administratief gezag op legislatief gebied.*” Ook gaat Philips in op artikel 149 G.W. 1848, dat luidde: “*De regterlijke magt wordt alleen uitgeoefend door regters, welke de wet aanwijst.*” Hij merkt op dat Mr. G. Beelaerts van Blokland, mede n.a.v. de tekst van het daarvoor geldende artikel 166 G.W. 1815 het woord “regterlijke macht” synoniem achtte met “den rechtsdwang, door rechter uitgeoefend”. Philips meent dat de opvatting van Beelaerts nog wel passend geacht kon worden onder de nog oudere Grondwet (van 1815). Artikel 166 Grondwet 1815 sprak niet van “regters” maar nog van “regtbanken”. Echter, op grond van de destijds geldende tekst van artikel 149 G.W. 1848 werd gesproken van “regters”. Zie Philips 1880, p. 15.

22 Philips 1880, p. 14 en verder p. 45-47.

land van oudsher een van de belangrijkste vormen van geschilbeslechting naast de overheidsrechter. Deze vorm van private rechtspraak waarbij een geschil door een of meer arbiters wordt beslecht laat partijen in grote mate vrij in de wijze waarop zij hun geschil willen laten beslechten. Tegelijkertijd is arbitrage een vorm van private rechtspraak die, anders dan bijvoorbeeld bindend advies, berust op de wet. De wettelijke regeling van arbitrage in het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bevat waarborgen voor de inrichting van een arbitrage en voor de aantasting van een arbitraal vonnis. Diezelfde wettelijke regeling biedt de mogelijkheid om voor een arbitraal vonnis een verlot tot tenuitvoerlegging bij de overheidsrechter te vragen. Wordt het verlot verleend, dan levert dit een executoriale titel op, net als een rechterlijk vonnis. Arbitrage is daarmee een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen.”²³

1.1.2 Het bindend advies naast arbitrage als vorm van rechtspraak

In ons onderzoek gaat het uitsluitend om het zogeheten “onzuiver” ²⁴ bindend advies. Het zuiver bindend advies achten wij niet te vergelijken met rechtspraak, omdat het meer het karakter heeft van een deskundigenbericht. Wij realiseren ons dat het onderscheid in de praktijk niet altijd even gemakkelijk te maken valt. In dit proefschrift scharen wij het onzuiver bindend advies onder de definitie van rechtspraak, omdat het een beslissing van een (rechts)geschil is. Evenals bij Philips vergt dit ook in onze tijd een nadere toelichting. Wij gebruiken hiervoor drie relevante vraagstukken. Het zijn (1) de vraag of bindend advies een wettelijk erkende vorm van rechtspraak is, (2) de vraag of bindend advies gelijk gesteld kan worden aan arbitrage, en (3) de vraag of bindend advies bestaansrecht heeft naast arbitrage.

Het eerste vraagstuk is of bindend advies een wettelijk erkende vorm van rechtspraak is.²⁵ Wij menen dat dit evident het geval is gelet op de door ons gehanteerde definitie van rechtspraak, maar vooral doordat het bindend advies wettelijk is vastgelegd, te weten in artikel 7:900 e.v. BW. De aan het slot van § 1.1 geciteerde uitspraak van de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de nieuwste arbitrageherziening is derhalve in zoverre onjuist, dat het bindend advies (anders dan daar wordt vermeld) wel degelijk berust op de wet, maar dat de wet geen procedurele regels voorschrijft. In de literatuur wordt ook wel gewezen op het feit dat de procedure op grondslag van bindend advies kan bijvoorbeeld gelden als een “eis in de hoofdzaak” bij conservatoir beslag (artikel 700 lid 3 Rv).²⁶ Er zijn ook tegenstanders van de opvatting dat het bindend advies kan gelden als eis in de hoofdzaak.²⁷ Het argument tegen het accepteren van de kwalificatie “eis in de hoofdzaak” lijkt erin gelegen te zijn, dat de procedure op grondslag van bindend advies geen executoriale titel van rechtswege oplevert. Dat argument achten wij echter niet overtuigend, en

²³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.

²⁴ Zie voor het onderscheid tussen het zuiver en onzuiver bindend advies Ernste, p. 2 e.v.

²⁵ In deze zin: Heemskerk 1983, p. 225- 238; Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*); Ernste 2012a, p. 17 e.v. en p. 263 e.v. Anders: Van Ittersum 1927, p. 21.

²⁶ G.J. Meijer 1995, p. 68; Van Mierlo 1999, p. 725-726; Van Mierlo 2004, p. 130; Ernste 2012a, p. 263 e.v.

²⁷ Loesberg 2004, p.392 e.v.; A. van Hees in zijn noot onder Pres. Rb. Amsterdam 18 oktober 2006 (Beerschoten Makelaars/ Hoeksema c.s.), *JBPr* 2007/40. Zie voorts: Pres. Rb. Breda 24 maart1994, *KGK* 1994/1320 en V.zr. Rb. Haarlem 22 april2003, *JBPr* 2003/65, waarin de bindend adviesprocedure niet werd beschouwd als eis in de hoofdzaak.

wel om twee redenen. Ten eerste wijst de wet op een relatief eenvoudige weg om het bindend advies afdwingbaar te maken (artikel 3:296 j° 7:900 BW). Ten tweede geldt, dat ook bij arbitrage een aanvullende rechtshandeling is vereist voor afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis, te weten het verlot ex artikel 1062 lid 1 Rv. Met andere woorden: arbitrage wordt wel geacht een “eis in de hoofdzaak” te zijn, juist met het argument dat het arbitrale vonnis vrij eenvoudig afdwingbaar is. Het verlenen van het verlot tot tenuitvoerlegging wordt, zoals hiervoor al is gebleken, door de eeuwen heen (in de meeste gevallen) slechts als een “ijdele formaliteit” gezien.²⁸ Hierop komen wij later in ons onderzoek terug. Hier wijzen wij erop dat dit voor bindend advies niet wezenlijk anders is: de marginale toetsing van het bindend advies door de publieke rechter is eveneens beperkt. Daar komt bij dat het bindend advies in artikel 3:316 lid 3 BW gelijk is gesteld aan een gerechtelijke procedure bij de publieke rechter bij stuiting van de verjaring.²⁹ Materieel wijkt de rol van de bindend adviseur niet wezenlijk af van de rol van de arbiter of de publieke rechter.³⁰ Wij scharen ons bij de beoordeling van het vraagstuk achter de opvatting van Van Zanten³¹, die met een beroep op het arrest van het Gerechtshof Amsterdam³² opmerkt:

“Het wezenlijke verschil zit in de overeenkomst die beide partijen hebben gesloten waarmee zij de bindend adviesprocedure hebben aangewezen als exclusieve wijze van geschillenbeslechting, en daarmee als hoofdzaak. Nadat partijen deze keuze hebben gemaakt spelen de vragen die eerder in de jurisprudentie dienden te worden beantwoord niet meer. Immers, het zou merkwaardig en ongewenst zijn indien naast de bindend adviesprocedure nog een procedure voor een andere instantie noodzakelijk zou zijn indien een van beide partijen conservatoir beslag zou willen leggen. Beide partijen hebben bij het sluiten van de overeenkomst waarin de bindend adviesprocedure is overeengekomen hun vertrouwen nu juist gegeven aan de wijze waarop de gekozen geschillenbeslechting plaatsvindt. Daarin past niet dat nog andere instanties bevoegd zouden zijn na beslaglegging te oordelen over de geschillen van partijen. In die zin lijkt de bindend adviesprocedure op de arbitrage, die blijkens de parlementaire geschiedenis dient te worden beschouwd als eis in de hoofdzaak.”

Onze opvatting over het eerste vraagstuk luidt, dat het bindend advies een wettelijk erkende vorm van private rechtspraak is. Het gaat om het beslechten van rechtsgeschillen.

Het tweede vraagstuk is of bindend advies gelijk gesteld kan worden aan arbitrage. Vooropgesteld zij dat in de literatuur de aandacht uitgaat naar de verschillen tussen de beide vormen van private rechtspraak en niet zozeer naar de overeenkomsten. Veel private gerechten hanteren zowel bindend advies als arbitrage als grondslag voor hun procedures, afhankelijk van de keuze van de procespartijen. We merken op dat de terminologie die gebruikt wordt door deze gerechten vaak

28 Van den Honert 1839, p. 604; Philips 1880, p. 16, 45-47; G.J. Meijer 2012, p. 919.

29 G.J. Meijer 1995, p. 68; Van Mierlo 1999, p. 725-726; Van Mierlo 2004, p. 130; Ernste 2012a, p. 263 e.v.

30 Heemskerk 1983, p. 225-238; Ernste 2012a, p. 263 e.v.; Wiersma, red. art. 2013.

31 Van Zanten 2009, p. 9.

32 Hof Amsterdam 31 januari 2008, *JBP* 2008/21, (Beerschoten Makelaars/Hoeksema c.s.).

in elkaar overloopt (zie daarvoor § 1.6).³³ In navolging van Van Ittersum en Meijer wijst Ernste op het belang om vast te stellen welke grondslag door partijen is overeengekomen.³⁴ De grenzen tussen bindend advies en arbitrage zijn derhalve in de praktijk aan het vervagen. Wij noemen één in het oog springend verschil: de wettelijke regeling van bindend advies vergeleken met die van arbitrage. Het verschil is dat in de wet geen procedurele voorschriften zijn neergelegd voor bindend advies, maar wel voor arbitrage.³⁵ In de literatuur wordt niet zelden het informele en “*ad hoc*” bindend advies vergeleken met de wettelijke procedurele voorschriften van arbitrage. Wij merken op dat dit een vergelijking betreft van twee uiterste verschijningsvormen binnen het spectrum van private rechtspraak. In dit onderzoek kiezen wij een andere benadering, namelijk dat de procedurele regels bij bindend advies in een geïnstitutionaliseerde vorm worden vastgelegd in een reglement, zoals dit in de praktijk ook vaak gebeurt bij arbitrage. Wij wijzen erop dat van veel wettelijke voorschriften van arbitrage mag worden afgeweken. In ons onderzoek gaan wij dieper in op de situatie waarbij in het reglement voor bindend advies en arbitrage aansluiting wordt gezocht bij de wettelijke regeling van arbitrage. Onze opvatting over het tweede vraagstuk luidt derhalve, dat het van belang is voor de praktijk dat bindend advies en arbitrage in hoge mate aan elkaar gelijk gesteld kunnen worden door het gebruik van een reglement. Deze opvatting is niet zonder betekenis voor het onderzoek, daar Ernste erop heeft gewezen dat uit het arrest *Ontvanger/Heemhorst*³⁶ als voorwaarde kan worden gesteld dat de procedure met voldoende waarborgen dient te zijn omgeven. Zij wijst erop dat de Hoge Raad immers oordeelde dat de procedure de partij voldoende rechtsbescherming moest bieden.³⁷ Voor het oordeel in hoeverre de procedure voldoende rechtsbescherming biedt, is onzes inziens een procesreglement een nuttig instrument voor een analyse op dat punt.

Het derde vraagstuk betreft of het bindend advies als rechtsfiguur een bestaansrecht heeft naast arbitrage. Snijders, Klaassen en Meijer geven stellig aan dat dit het geval is.³⁸ Ernste behandelt de vraag uitgebreid of er nog wel behoefte is aan het bindend advies naast arbitrage. Zij verwijst naar het onderzoek betreffende het gebruik van arbitrage en/of bindend advies bij de Stichting Geschillencommissies.³⁹ Hierin wordt aanbevolen om voor die commissies niet langer gebruik te maken van bindend advies, maar van arbitrage. De achterliggende gedachte is dat arbitrage meer waarborgen zou bieden voor onafhankelijkheid en onpartijdigheid, uitvoering en verhaal.⁴⁰ Wij betwijfelen dit, omdat enerzijds de wettelijke regeling van arbitrage veel ruimte biedt om af te wijken van de daarin neergelegde procedurele bepalingen⁴¹, en anderzijds dergelijke waarborgen

33 Zie bijvoorbeeld artikel 1 lid 2 en 10 lid 2 en lid 5 Arbitragereglement NAI, artikel 3 lid 14 en artikel 5 Reglement Raad van Arbitrage voor de Bouw en artikel 3 van het Reglement van Stichting Tamara.

34 Van Ittersum 1927, p. 21; G.J. Meijer 2011, p. 129 e.v.; Ernste 2012a, p. 17.

35 Bauw 2011; Ernste 2012a, p. 6, 290.

36 HR 3 oktober 2003, NJ 2004/657 (*Ontvanger/Heemhorst*).

37 Ernste 2012a, p. 267.

38 Zie voor een overzicht van de bronnen waarop zij dit oordeel baseren: Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 451, noot 145.

39 Snijders 2010b.

40 Een ontkennend antwoord wordt gegeven door Heemskerk 1983, p. 225-238. Een bevestigend antwoord komt van Van der Grinten 1974, p. 67-68.

41 Meijer en Ernste 2015.

ook bij modern, geïnstitutionaliseerd bindend advies worden verlangd – en worden verkregen – op grond van de algemene beginselen van een behoorlijk proces. Via de dreiging van vernietiging ex artikel 7:904 BW kunnen de algemene beginselen in voorkomende gevallen worden afgedwongen.⁴² Daar arbiters ook kunnen oordelen “als goede mannen naar billijkheid”⁴³, lijken de grenzen tussen bindend advies en arbitrage nog verder vervaagd. Wij voegen hieraan toe, dat arbiters en publieke rechters die rechtspreken naar de wet, in die wet eveneens geconfronteerd worden met de aanvullende en derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW). In ieder geval zouden wij de grenzen tussen de goede man naar billijkheid⁴⁴ en de bindend adviseur niet durven trekken. Niettemin menen wij, in navolging van Ernste⁴⁵, dat er nog steeds behoefte is aan de rechtsfiguur van het bindend advies naast arbitrage. De procedurevoorschriften voor arbitrage zijn inmiddels behoorlijk uitgebreid. De wet kent bepalingen die bij eenvoudige geschillen ofwel eenvoudiger geregeld kunnen worden, ofwel het proces onevenredig vertragen of de partijen nodeloos op kosten jagen. Als voorbeeld noemen wij de regeling van wraking (artikel 1033 e.v. Rv). Hiermee zijn onze argumenten op dit punt in feite gelijk aan de argumenten van Philips in 1880, die destijds wees op het voordeel voor partijen dat zij via arbitrage een kortere en eenvoudigere manier van procederen konden beogen dan via de procedure bij de publieke rechtspraak.⁴⁶ Onze opvatting over het derde vraagstuk luidt, dat partijen via bindend advies een nog snellere en eenvoudigere manier van procederen kunnen nastreven dan via het arbitrale geding.

1.1.3 De afdwingbaarheid van rechterlijke uitspraken

*“Rechtsvoering zonder uitvoering beteekent niets. In de zekerheid, dat gewezen vonnissen zullen worden ten uitvoer gelegd, ligt de kracht van het procesrecht”, aldus Philips.*⁴⁷ Voor het doorbreken van de impasse tussen de strijdende procespartijen is het inderdaad niet alleen relevant om een inhoudelijk oordeel van een onafhankelijke en onpartijdige rechter te kunnen verkrijgen, maar ook dat de uitspraak afdwingbaar is. De afdwingbaarheid van rechterlijke uitspraken is in die zin de kern waar het partijen om te doen is. Dit geldt zowel bij publieke rechtspraak als bij private rechtspraak. Er zijn in onze tijd drie vormen van rechtspraak (één publieke en twee private vormen) die leiden tot een afdwingbare einduitspraak (in de zin van artikel 430 Rv).⁴⁸

De eerste manier is via de publieke rechtspraak, waarbij een vonnis wordt verkregen van de publieke rechter die in eerste aanleg het geschil inhoudelijk beoordeelt ex artikel 3:296 BW. Op grond van artikel 430 Rv levert de grosse van het veroordelende vonnis direct een executoriale titel op.⁴⁹

42 Zie HR 26 juni 2015, RvdW 2015/805.

43 Meijer en Roessel 2010a; Meijer en Roessel 2010b.

44 Per 1 januari: goede persoon naar billijkheid.

45 Ernste 2012a, p. 291.

46 Philips 1880, p. 6.

47 Philips 1880, p. 11.

48 Jongbloed 2009.

49 Er zijn daarbij verschillende soorten procedures binnen de publieke rechtspraak denkbaar. Dit kan een procedure zijn in eerste aanleg bij de kantonrechter of bij de rechtbank of een spoedprocedure in de vorm van een kort geding bij de president van de

De tweede manier is via arbitrage. Op grond van artikel 6:217 BW komen partijen overeen om hun geschil te laten beslechten via arbitrage ex artikel 1020 e.v. Rv. Een (arbitraal) vonnis als bedoeld in artikel 1049 Rv wordt gevolgd door een verzoekschrift voor het verkrijgen van verlot door de publieke voorzieningenrechter (het “exequatur”) volgens artikel 1062 Rv. Het verlot wordt verleend na een (marginale) toetsing ex artikel 1062 lid 1 Rv van “kennelijke strijd met de openbare orde”. De grosse van deze beschikking is eveneens een executoriale titel ex artikel 1062 lid 1 j° artikel 430 Rv.

De derde manier is via het bindend advies ex artikel 7:900 BW. Indien het bindend advies niet wordt nageleefd, is een dagvaardingprocedure vereist bij de publieke rechter, waarbij nakoming wordt gevorderd van de uit het bindend advies voortvloeiende verbintenissen (artikel 3:296 BW jo 7:901 lid 2 BW). Dit is weliswaar een reguliere dagvaardingprocedure waarbij nakoming van het bindend advies wordt gevraagd, en geen eenzijdige rechtshandeling van één van de partijen, maar evenals bij arbitrage geldt dat de publieke rechter slechts een marginale beoordeling uitvoert.⁵⁰ De grosse van het vonnis van de publieke rechter is afdwingbaar ex artikel 430 Rv.

De weg voor het afdwingbaar maken van een private uitspraak (arbitrage of bindend advies) via de publieke rechter (manier 2 en manier 3) is niettemin omslachtig, omdat opnieuw geprocedeerd dient te worden (met een verzoekschrift of met een dagvaarding) bij de publieke rechter, na afloop van de volvoerde private procesgang. Het vorenstaande maakt duidelijk dat de afdwingbaarheid van private vonnissen (tot op dit moment/tot voor kort) uitsluitend via de publieke rechtspraak wordt bereikt. In ons onderzoek zoeken wij naar een vierde vorm van rechtspraak die leidt tot een afdwingbare einduitspraak (in de zin van artikel 430 Rv).

Er zijn argumenten aan te dragen waarom in onze tijd private uitspraken (arbitrale vonnissen en bindende adviezen) van rechtswege afdwingbaar dienen te zijn binnen een professionele, geïnstitutionaliseerde context. Wij noemen twee zulke argumenten. Ten eerste, ten aanzien van professionele geschilbeslechteurs zien wij dat de opleidingseisen voor advocaten en notarissen in de afgelopen jaren zwaarder zijn geworden, dat hun antecedenten worden geverifieerd, en dat het tuchtrecht is verzwakt.⁵¹ Gerenommeerde private gerechten maken voor de geschilbeslechting gebruik van (oud) advocaten, (oud) notarissen en (oud) rechters, al dan niet op grond van nadere eisen aan deskundigheid en ervaring. Ten tweede, ten aanzien van de rechtzoekenden, zien wij dat zij hoger zijn opgeleid, beter geïnformeerd, en mondiger dan ooit in de geschiedenis.

Kortom, de context van professionele, geïnstitutionaliseerde geschilbeslechting maakt het mogelijk om een oordeel te vormen over de waarborgen rond de integriteit en de kwaliteit van

rechtbank of een voorlopige voorziening bij de kantonrechter. Partijen kunnen de zogenaamde “schone slaapster” tot leven brengen. Daarmee wordt bedoeld de procedure ex artikel 96 Rv voor de kantonrechter.

50 Asser/Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 173; Ernste 2012a, p. 46 en p. 89-90.

51 Dit is een ontwikkeling van decennia. Op 1 januari 2015 is de Wet positie en toezicht advocatuur in werking getreden, Staatsblad 2014/354.

het instituut. Dit moge zo zijn, maar de twee argumenten hebben ook een keerzijde. Daarom bepleiten wij in ons onderzoek niet om (a) elke vorm van controle vanuit de overheid op private uitspraken achterwege te laten, en ook niet om (b) elke vorm van toezicht of inmenging van overheidswege te laten varen. Integendeel. De twee argumenten hebben ons er wel toegebracht de volgende vraag diepgaand te beschouwen: “Is het mogelijk dat de notaris als bekleder van het publieke ambt de bedoelde controlerende taak ter zake van de afdwingbaarheid zou kunnen uitoefenen in plaats van de publieke rechter?” Dit zou kunnen plaatsvinden omwille van de reeds door Philips genoemde maatschappelijke behoefte aan eenvoud, en de voortdurende verandering van “zeden en gebruiken”.⁵² In de woorden van Philips luidt het als volgt.

“Bij den gewonen rechter moeten partijen de zekerheid bezitten, dat de rechter, alvorens uitspraak te doen over de betwiste vordering, een onderzoek heeft ingesteld, dat, om overijling te voorkomen, in zekere vormen moet geschieden. De wetgever zij echter spaarzaam in het eischen van formaliteiten, want, zoodra deze te talrijk zijn, zullen zij de goede werking van het recht eer belemmeren, dan bevorderlijk zijn.

“Het inslaan van een juisten middenweg zij ook hier aanbevolen. Hoe loffelijk de wensch van nagenoeg alle wetgevers moge zijn, zooals o.a. ook van den onze, ten einde den eenvoud en de goedkoopheid van het recht meer nabij te komen, - ten tijde, waarop de wet tot stand komt, kan aan dat verlangen voldaan worden, doch op den duur zullen de gevorderde formaliteiten door verandering van zeden en gebruiken niet meer in overeenstemming zijn met de behoeften van een volk, aan welk euvel door middel van de bevoegdheid tot het gebruik maken der arbitrage op een geschikte wijze kan worden gemoet gekomen.”

In dit proefschrift onderzoeken wij of de notariële proces-verbaalakte kan dienen als executoriale titel bij private rechtspraak, hetgeen plaatsvindt op de wettelijke grondslag van bindend advies of arbitrage. Dit betreft een nieuwe, vierde vorm van rechtspraak (naast de vorengenoemde ene publieke en twee private vormen) om een afdwingbare einduitspraak te realiseren (in de zin van artikel 430 Rv). Het is een gecompliceerd onderwerp, waarover wij in § 1.2 de maatschappelijke achtergrond bezien.

1.1.4 De afdwingbaarheid van het bindend advies in historisch perspectief

In tegenstelling tot een vonnis van de publieke rechter zijn het bindend advies en het arbitrale vonnis niet van rechtswege afdwingbaar (zie § 1.1.3). Daarvoor is een aanvullende rechtshandeling vereist. Voor het bindend advies biedt de wet daartoe de weg van een civiele procedure bij de rechter ex artikel 3:296 j° 7:900 BW j° artikel 430 Rv (zie § 2.6.1). Voor het arbitrale vonnis is voorzien in het verlot van de voorzieningenrechter ex artikel 1062 lid 1 Rv (zie § 2.6.2).

Al vele jaren wordt gesproken over alternatieve methoden om te komen tot de afdwingbaarheid van het bindend advies. Wij menen dat die discussie past in het verlengde van de zienswijze van

52 Philips 1880, p. 13-14.

Philips op arbitrage, zoals hij deze in 1880 beschreef, in het bijzonder vanwege (1) de plaats van arbitrage binnen de rechtspraak, (2) het onderscheid tussen rechtspraak en rechtsdwang, en (3) de definitie van rechtspraak. Op dat moment (1880) zou het nog 22 jaar duren alvorens het bindend advies in de wet zou worden opgenomen.

Vervolgens heeft Eggens in 1927 gesuggereerd om de vaststellingsovereenkomst in een notariële partij-akte te doen vastleggen, waarna het bindend advies aan de akte zou kunnen worden gehecht en als geïncorporeerd kon worden beschouwd. Op grond van de grosse van de akte kon de uitspraak dan ten uitvoer worden gelegd.⁵³ Deze manier is overgenomen en beschreven door Clavareau in 1947.⁵⁴ In 1992 stond Meijer stil bij een mogelijke alternatieve wijze voor executabiliteit via de notariële akte. Hij wees er als eerste op dat het vastleggen van de vaststellingsovereenkomst zelf in de akte wellicht niet nodig was. Dit gebeurde door zijn opmerking dat het “*overigens niet onmogelijk is een bindend advies in een notariële akte te laten verlijden zodat het alsdan ook een executoriale titel oplevert (art. 430 Rv).*”⁵⁵ Wij zien echter geen aanknopingspunt om te veronderstellen dat Meijer hierbij dacht aan het laten verlijden van een notariële proces-verbaalakte. Wij nemen daarom aan dat ook Meijer bij de vastlegging van een bindend advies in een notariële akte hierbij vooral zal hebben gedacht aan de vastlegging in een partij-akte.

Aangezien een partij in een conflict zich vaak genoodzaakt ziet om te procederen vanwege het feit dat de vrijwillige nakoming van de verbintenissen door de andere partij uitblijft, is rechtspraak per definitie een dwangmiddel om de nakoming te forceren (zie § 1.1.3). Het uiteindelijke doel van rechtspraak is daarom onmiskenbaar het verkrijgen van een *afdwingbare* einduitspraak. Het geldt voor publieke en private rechtspraak in gelijke mate. Binnen de private rechtspraak voor bindend advies en arbitrage geldt dit eveneens, en wel in gelijke mate. Wat betreft het bindend advies wijzen wij erop dat partijen *de iure* gehouden zijn het na te komen (artikel 7:901 lid 2 BW). Het is dan ook niet verwonderlijk dat velen zochten naar een andere oplossing om het bindend advies op eenvoudige wijze executabel te laten zijn, en de weg van een tweede juridische procedure bij de publieke rechter tot nakoming van het bindend advies (ex artikel 3:296 j° 7:901 lid 2 BW) over hetzelfde geschil als omslachtig ervoeren.

Een louter contractuele manier om de nakoming van bindende adviezen te garanderen is ontwikkeld door de commissies die zijn aangesloten bij de Stichting Geschillencommissie (SGC). De geschiedenis van de SGC gaat terug tot 1970. De SGC is thans het centrale klachteninstituut voor consumentenklachten. Voor de aangesloten commissies geldt derhalve dat de consument optreedt in de rol van klager (of eiser) en een bedrijf of ondernemer als verweerder (of gedaagde). Om de nakoming van de uitspraak feitelijk af te dwingen is voorzien in een nakomingsgarantie jegens de consument. Dit komt er kort gezegd op neer dat, indien het bindend advies van de commissie niet

53 Eggens 1927, p. 544.

54 Clavareau 1947, p. 205.

55 G.J. Meijer 1992, p. 67.

binnen een bepaalde tijd door de ondernemer is nagekomen en niet ter toetsing aan de gewone rechter is voorgelegd, de consument bij de stichting een beroep kan doen op de zekerheid voor de nakoming van het bindend advies tot maximaal het bedrag waarover de stichting van de onderneming de beschikking heeft gekregen om tot zekerheid van nakoming van de uitspraken te dienen.⁵⁶

Ook het private gerecht e-Court heeft zich beijverd voor een afdwingbare einduitspraak bij bindend advies, via de weg van vastlegging van het bindend advies in een notariële proces-verbaalakte, en deze wijze in de praktijk toegepast tot juni 2011 (zie § 1.3 en 1.4).

1.2 DE MAATSCHAPPELIJKE ACHTERGROND (1990 TOT 2010)

In deze paragraaf behandelen wij slechts de recente maatschappelijke achtergrond van het onderzoek. Wij leggen daarbij dan ook nog de nadruk op de periode binnen de 21^e eeuw (2000 tot 2010). Wij zien dus af van een historische ontwikkeling vanaf 1880 (I.T. Philips) tot 1990, hoe interessant dit ook is. In § 1.2.1 gaan wij in op de toegankelijkheid van het recht. In § 1.2.2 behandelen wij de modernisering van de publieke rechtspraak. Wij beschrijven in § 1.2.3 het formele kabinetsbeleid sinds 2003, dat gericht is op het bevorderen van private geschilbeslechting. In § 1.2.4 beschrijven wij het primaat van private geschilbeslechting. In § 1.2.5 trekken wij conclusies over de maatschappelijke achtergrond.

1.2.1 De toegankelijkheid van het recht

De maatschappelijke achtergrond speelt een belangrijke rol in dit onderzoek in relatie tot de toegang tot het recht. Immers, de toegankelijkheid van de publieke rechtspraak is bij civiele conflicten in de geschiedenis vaak een maatschappelijk probleem geweest.⁵⁷ Procederen is kostbaar. Bovendien kan een proces lang duren. Partijen verkeren daardoor lange tijd in onzekerheid over de uitkomst, en over een eventuele veroordeling in de kosten van de wederpartij. Door het inroepen van processuele verweren is het mogelijk om de procesgang te vertragen en de andere partij op kosten te jagen.⁵⁸ In de praktijk leent het procesrecht zich derhalve bij uitstek voor psychologische

56 Zie bijvoorbeeld artikel 25 lid 2 van het reglement Klachtencommissie Algemeen.

57 Voor toegang tot het recht wordt vooral gewezen op (i) de kenbaarheid van het recht, en (ii) effectieve rechtsbescherming via de rechtspraak. Ad (i) Naast problemen van analfabetisme en in het algemeen geen tot weinig scholing voor grote delen van de bevolking door de eeuwen heen, wijzen wij in onze moderne tijd op het knelpunt van de betaalbaarheid van juridisch adviseurs. Voor dit laatste zie als voorbeeld *Beleidsdoorlichting toegang tot het recht 2008*, bijlage bij *Kamerstukken II 2008/2009 31 753* nr. 1. Ad (ii) Philips 1880, p. 5, 13 e.v. benadrukt de door rechtzoekenden ervaren problemen door lange, kostbare procedures en de hoge kosten; Brenninkmeijer 1987 geeft verschillende invalshoeken vanuit een theoretische benadering en benadrukt het belang van de onafhankelijkheid van de rechtspraak voor effectieve rechtsbescherming. Wij stellen als feit van algemene bekendheid dat in voorgaande eeuwen in het algemeen meer effectiviteit van de rechtsbescherming binnen een klassen- of standenmaatschappij door de hogere klassen resp. standen zal zijn ervaren dan door de lagere. Uiteraard is het voor de toegang tot het recht van belang dat men niet slechts als een "rechtsobject" kwalificeert, zoals wel het geval is geweest voor vrouwen en slaven. Voor de hedendaagse, wereldwijde problematiek verwijzen wij naar www.worldjusticeproject.org, www.measuringaccesstojustice.com, en de website van de Verenigde Naties http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus_areas/focus_justice_law/. Zie voor een recente discussie over het onderwerp Barendrecht 2016, Hammerstein 2016

58 Voorbeelden zijn (absolute en relatieve) bevoegdheidsverweren, incidentele vorderingen (artikel 208 e.v. Rv) en reconventionele vorderingen (artikel 136 Rv).

oorlogsvoering en financiële uitputtingsslagen.⁵⁹ In notariële bewoordingen betekent dit dat bij een procedure voor de publieke rechter de ene procespartij vrij eenvoudig misbruik kan maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht.

1.2.2 De modernisering van de publieke rechtspraak

Al decennialang werkt de overheid aan de modernisering van het rechtsbestel, mede in het belang van de toegang tot het recht. Hieronder geven wij drie voorbeelden. Een vroeg voorbeeld is het projectteam Doelmatigheid Civiele Procedures in de jaren 1990.⁶⁰ Dit projectteam verrichtte onderzoek naar aanleiding van de algemene klacht dat civiele procedures te lang duren en niet meer aansluiten bij het tempo van de samenleving. Een tweede voorbeeld van de Raad voor de Rechtspraak is uit september 2003. Toen heeft de Raad het project Geldvordering Online ingesteld.⁶¹ Naar verwachting zou het project eind 2005, begin 2006 worden afgerond. Het project is echter voortijdig gesneuveld.⁶² In andere Europese landen waren dit soort initiatieven, zoals de zogeheten *Betalingsbefehl*-procedure, wel succesvol.⁶³ Het derde voorbeeld stamt uit begin 2006. Toen werd door de commissie Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht gepleit voor de invoering van een gerechtelijke incassoprocedure, die “snel, eenvoudig en goedkoop” moest zijn.⁶⁴ Ook moest een geautomatiseerde verwerking mogelijk zijn. De incassoprocedure zou als alternatief naast de bestaande procedures moeten worden opengesteld. In navolging van de incassoprocedure pleitte de SER in 2007 voor een eenvoudige procedure voor eenvoudige geschillen.⁶⁵

Hoe liepen deze drie en vele andere voorbeelden af? Vanaf 2005 zijn er rapporten verschenen over uiteenlopende problemen rond de incassoprocedures.⁶⁶ Daarnaast is er veel gewijzigd in de rechtspraak. De rechterlijke macht is per 1 januari 2013 geografisch opnieuw ingedeeld.⁶⁷ Maar tot het invoeren van wezenlijke veranderingen kwam het niet. Althans, niet vanuit het blikveld van de burger.⁶⁸ Op 8 september 2016 noemde de heer mr. F.C. Bakker, voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak, de civiele rechter voor de gewone burger “geen redelijk alternatief”.⁶⁹ Procederen bij de publieke rechtspraak is nog steeds (1) traag, (2) duur, en (3) onvoorspelbaar. Vanuit het per-

59 Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010, p. 49 e.v.

60 Bary 1996, p. 5-6; vgl. Reiling 2009.

61 Hendrikse en Jongbloed 2005, p. 106.

62 Jongbloed e.a. 2007, p.66.

63 Fabri en Contini 2003; Velicogna 2008; Contini en Lanzara 2009.

64 Asser, Groen en Vranken 2006, p. 110-113.

65 Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken 2007.

66 Jongbloed 2005; Tervoert en Van Ewijk 2006; Incassokosten, Een bron van Ergernis 2008; *Rapport Noblesse Oblige* 2008; Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de Zorgtoeslag, Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2009/10, 29 689 nr. 282; Gerechtsdeurwaarder kleedt cliënt financieel uit 2011; Reactie KBvG n.a.v. AD 14 januari 2011; *Rapport Renteberekening door gerechtsdeurwaarders* 2012; De Bekker e.a. 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 077, nr. 1; Jungmann en Werksma 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 31 736, nr. J; VPRO Zembla, 17 januari 2013; *Rapport In het krijt bij de overheid* 2013; Van den Berg-Smit 2013; *Rapport Met voeten getreden* 2013; Vara Kassa 2013.

67 Wet herziening gerechtelijke kaart, Stb. 2012, 303, *Kamerstukken II en I* 2011/2012, 32 891.

68 Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2009; Snijders, Klaassen en Meijer 2011; Stein/Rueb 2011; Snijders, Gerretsen en Rueb 2012; Giesen en Coenraad 2012, p. 1024.

69 Zie NJB Blog Maatschappelijk effectieve rechtspraak d.d. 8 september 2016, <http://www.njb.nl/blog/maatschappelijk-effectieve-rechtspraak.20396.lynkx>.

spectief van de burger wijzen wij op de volgende drie negatieve ontwikkelingen in deze periode: (1) de spreektijd op zittingen is aan banden gelegd,⁷⁰ (2) de griffierechten zijn verhoogd,⁷¹ en (3) de toegang tot de Hoge Raad is ingeperkt.⁷²

Minister Hirsch Ballin kondigde in 2009 aan alle belemmeringen rond digitalisering en de rechtspleging met spoed te willen opheffen. De eerste tussenkop in de aankondigingsbrief luidde: “Naar een elektronisch rechtsbestel.”⁷³ De inspanning van het Ministerie van Veiligheid en Justitie paste inderdaad bij de algemene ambitie van de Nederlandse regering van de afgelopen jaren om Nederland in de werkelijkheid als innovatie- en kenniseconomieland te positioneren en verder te ontwikkelen.⁷⁴ Maar de vraag is natuurlijk hoe het verder ging. Daarover volgt meer in § 1.2.3.

1.2.3 Het bevorderen van private geschilbeslechting

Op 12 november 2002 verscheen het door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid uitgebrachte rapport “*De toekomst van de nationale rechtsstaat*.”⁷⁵ Bijna een jaar later, op 27 oktober 2003, deelde minister-president Balkenende in reactie op het rapport het standpunt van het kabinet mee. Het kabinetsbeleid kwam er samengevat op neer dat (i) de eigen verantwoordelijkheid van burgers diende te worden vergroot, en (ii) de overheid op afstand werd geplaatst.⁷⁶ Wij citeren een beperkt stuk hieruit, omdat de inhoud essentieel is voor ons betoog. Bovendien kunnen wij hiermee mogelijke kritiek op onze samenvatting adequaat pareren.

“De overheid – vooral de rijksoverheid – is de afgelopen decennia steeds vaker en op steeds meer terreinen beland in de rol van «albedil» die eigenhandig alle kleine en grote problemen in de samenleving moest en ook wilde oplossen. Dat is geleidelijk gebeurd, onder druk van ontwikkelingen en incidenten en steeds ook met goede bedoelingen, maar de overheid heeft daarmee tegelijk het eigen tekortschieten over zichzelf afgeroepen, want almaar meer en gedetailleerdere regels, meer ambtenaren, meer toezichthouders, meer politie en meer rechters is uiteindelijk geen oplossing gebleken.”

Als eerste tussenkop wordt vervolgens genoemd: “*De toekomstige koers: een beter presterende overheid, maar vaker in de tweede linie.*” Over de publieke rechtspraak is daarbij de volgende passage opgenomen.⁷⁷

70 Zie bijvoorbeeld artikel 4 lid 3 van het Landelijk procesreglement voor rolzaken kanton, tweede versie, ingaande 1 januari 2014.

71 Wet voor kostendekkende griffierechten, *Kamerstukken II en I* 2013/2014, 33 757

72 Artikel 80a van de wet op de rechterlijke organisatie geeft de Hoge Raad sinds 1 juli 2012 de mogelijkheid een cassatieberoep zonder motivering niet ontvankelijk te verklaren.

73 Brief van het Ministerie van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 20 november 2009 met kenmerk 5626211/09, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 528, nr. 6.

74 Het Innovatieplatform was in 2003 ingesteld door het tweede kabinet Balkenende. Het werd in 2007 verlengd en in 2010 opgeheven.

75 Scheltema e.a. 2002.

76 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 279 nr. 1, p. 1. In deze passages wordt de publieke rechtspraak als “rechtspraak” aangeduid, en private procedures als “buitengerechtelijke geschilbeslechting.” Zie over de terminologie § 1.1 en 1.6.

77 In deze passages wordt de publieke rechtspraak als “rechtspraak” aangeduid, en private procedures als “buitengerechtelijke geschilbeslechting.” Zie over de terminologie § 1.1 en 1.6.

“Rechtspraak

(...)

“Mede ten gevolge van de internationalisering is de rol van de rechter ten opzichte van de andere staatsmachten zwaarder geworden. Hoewel het kabinet deze ontwikkeling onderkent, vormt zij voor het kabinet geen voldongen feit. Het kabinet merkt op dat de mogelijkheden van de rechter, evenzeer als die van de andere functies van de rechtsstaat, begrensd zijn. Daarom moet ook hierop een antwoord worden gevonden. Alleen maar meer rechters is geen oplossing. Het gaat er niet zozeer om dat de rechter in zo kort mogelijke tijd zoveel mogelijke zaken kan afdoen, maar dat zo min mogelijk zaken aan de rechter behoeven te worden voorgelegd. Het is van belang rechtsstatelijke tegenwichten te ontwikkelen die de druk op de rechter reduceren. (...)

“Op het gebied van de geschillenbeslechting voorziet de wet al lang in de mogelijkheid van arbitrage, waarbij in bepaalde gevallen een beroep op de rechter openstaat. Mediation maakt een snelle ontwikkeling door, zowel op civiel- als bestuursrechtelijk gebied. Tuchtrect, publiekrechtelijk of op grond van een verenigingsverband, contracten die voorzien in bindend advies in geval van een geschil, organisaties als de Reclame Code Commissie, voorzien in geschillenbeslechting buiten de rechter om. Het kabinet zal de ontwikkeling van dergelijke buitengerechtelijke vormen van geschillenbeslechting bevorderen.”

Overigens verscheen al eerder, op 19 november 1999, een beleidsbrief inzake “ADR” van de toenmalige minister Korthals Altes, waarin destijds al werd bevestigd dat alternatieve vormen van geschilbeslechting zouden worden gestimuleerd.⁷⁸

“Bij het stimuleren van alternatieve vormen van geschilafdoening gaat het om dejuridisering in de zin van het niet primair of niet uitsluitend juridisch inkaderen van geschillen waardoor het gebruik van resp. het beroep op formele rechtsregels afneemt. Op civiele en bestuursrechtelijke rechtsgebieden lijkt het stimuleren van alternatieven kansrijk. Het kabinet is van oordeel dat vooral mediation kansen biedt.”

Samenvattend mogen wij concluderen dat het kabinetsbeleid sinds 1999 gericht is geweest op het actief bevorderen van private geschilbeslechting, en het tegengaan van de overbelasting van de publieke rechtspraak. Voor de publieke rechtspraak is daarbij een rol in de tweede linie toebedacht. Daarbij heeft het kabinet uitgesproken dat dit een visie op het functioneren van de overheid was die richtinggevend zou zijn voor beleidsprogramma's en wetten die het kabinet tot stand wilde brengen.

78 *Kamerstukken II, 1999/2000, 26 352, nr. 19.*

1.2.4 Het primaat van private geschilbeslechting

Vanuit het hiervoor beschreven kabinetsbeleid is in 2006 een rapport gepubliceerd, getiteld: “*De filterwerking van buitengerechtelijke procedures. Een verkennend onderzoek.*”⁷⁹ Vanuit dit kader wordt het doel van het project geformuleerd en wel als volgt.

*“Dit verkennende onderzoek richt zich op een specifiek aspect van buitengerechtelijke geschilbeslechting: de doorstroom naar de rechter. Het doel van dit onderzoeksproject is het verkrijgen van inzicht in de mate waarin en wijze waarop geschilprocedures het beroep op de rechter beperken (filterwerking). Op die manier zou het project aanknopingspunten kunnen bieden om de filterwerking van geschilprocedures te verbeteren, en uiteindelijk een meer slagvaardige rechtspraak te realiseren.”*⁸⁰

In het rapport wordt vastgesteld dat publieke rechtspraak slechts een klein deel vormt van de geschilbeslechting en dat procedures bij andere organisaties veel vaker voorkomen.

*“Een aanzienlijk deel van de geschilbeslechting in Nederland vindt plaats in buitengerechtelijke procedures. Dit onderzoek bevestigt wat uit eerder onderzoek ook al bleek: rechtspraak vormt het topje van de piramide van geschilbeslechting – of een klein stroompje in de geschildelta. Van de tien geschillen die worden voorgelegd aan de officiële buitengerechtelijke geschilbeslechtende instanties waarvan de filterwerking bekend is, stroomt er ongeveer één door naar de rechtspraak. Uit wetenschappelijk en beleidsmatig oogpunt is onderzoek naar buitengerechtelijke geschilbeslechting alleen al vanwege haar omvang relevant.”*⁸¹

Wij noemen ten slotte de aanbevelingen van het rapport.

“Beleidsaanbevelingen

“Tot slot zijn op grond van dit onderzoek enkele beleidsaanbevelingen te doen.

“(a) Eenmaal in de procedure is het percentage geschillen dat alsnog doorstroomt naar de rechter onverdeeld klein. Op basis van deze bevindingen verdient het aanbeveling om reeds lopende beleidsinitiatieven ter vergroting van de toegankelijkheid van buitengerechtelijke procedures (bijv. doorverwijzing naar mediation) te continueren en uit te breiden naar andere vormen van geschilbeslechting;

“(b) Om de tevredenheid over en de slaagkans van de buitengerechtelijke procedure te vergroten zou er in de beginfase meer informatie-uitwisseling op informeel niveau moeten plaatsvinden en moeten worden bevorderd dat de ‘derde’ bij het beslechten van een geschil (bijv. arbiter, mediator, bindend adviseur) voldoende neutraal en onafhankelijk is. Dit stimuleert het gevoel van rechtvaardigheid bij partijen.

“(c) Voor sommige buitengerechtelijke procedures is het wellicht mogelijk het bindend karakter van de

79 Van Erp en Klein Haarhuis 2006; vgl. Snijders 1992; Jacobs 1998; Scheltema 2002; Loos en Van Boom 2010; Loos 2011.

80 Van Erp en Klein Haarhuis 2006, p. 1 en 9.

81 Van Erp en Klein Haarhuis 2006, p. 17.

*uitspraken te verbeteren, zodat de partijen sterker gebonden zijn aan de uitkomsten, en de procedures meer als 'eindstation' gaan fungeren.'*⁸²

1.2.5 Conclusies over de maatschappelijke achtergrond (1990 tot 2010)

Het kabinetsbeleid is al vele jaren gericht op het terugdringen van procedures bij de publieke rechter en het bevorderen van private rechtspraak. Daarbij is vastgesteld dat de omvang van private geschilbeslechting vele malen groter is dan de publieke rechtspraak. Dit brengt ons tot twee conclusies. Onze eerste conclusie is dat vanwege de filterwerking van private rechtspraak (private rechtspraak als definitieve vorm van geschilbeslechting) de aanbeveling is gedaan om het bindend karakter te verbeteren, opdat de partijen sterker gebonden zouden zijn aan de uitkomsten, en de procedures meer als "eindstation" zouden gaan fungeren.

Onze tweede conclusie is dat er aan het begin van het jaar 2010 voor de burger die was verwikkeld in een conflict, geen wezenlijke veranderingen waren gerealiseerd, ondanks (i) de maatschappelijke roep om snelle, eenvoudige en betaalbare procedures, (ii) het belang van private rechtspraak en (iii) de inspanningen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie om de publieke rechtspraak te moderniseren.⁸³

1.3 DE MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN (2010 TOT HEDEN)

In deze paragraaf gaan wij in op de maatschappelijke ontwikkelingen van 2010 tot en met de voltooiing van dit onderzoek. In § 1.3.1 behandelen wij de lancering van het initiatief e-Court. In § 1.3.2 beschrijven wij kort de ontwikkelingen binnen de modernisering en digitalisering van de publieke rechtspraak tussen 2010 en nu.

1.3.1 De lancering van het initiatief e-Court

Medio 2009 is, als alternatief voor (een bepaald deel van) de publieke rechtspraak, de stichting Stichting E-Court opgericht.⁸⁴

Vanwege de relevantie voor ons onderzoek lichten wij hierna de lancering en het initiatief nader toe. Het initiatief⁸⁵ richt zich naar eigen zeggen op eenvoudige civiele conflicten met een beperkt financieel belang. Voorbeelden van eenvoudige conflicten zijn alledaagse conflicten rond huis en werk, maar ook incassoprocedures om betaling af te dwingen van onbetaald gelaten facturen (waarbij de hoofdsom vaak niet boven € 500 uitkomt). In januari 2010 werd de website

82 Van Erp en Klein Haarhus 2006, p. 69-70.

83 Vgl. Van Zaltbommel 1993; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004; Meijknecht 2007; Jongbloed en Ernes 2011; Jongbloed 2012; Van den Bos en Brenninkmeijer 2012; Corstens 2013; Griffioen en Prins 2013; Jensma 2013.

84 Ondergetekende was als initiatiefnemer persoonlijk betrokken bij de oprichting. Binnen de hiervoor (in § 1.2) geschetste maatschappelijke context werd ik daarbij geïnspireerd door Van den Heriks inaugurele rede "Kunnen computers rechtspreken?" (Van den Herik 1991).

85 Het woord "court" als "gerecht" is binnen private rechtspraak niet ongebruikelijk. Vgl. de ICC in Parijs "ICC International Court of Arbitration, commonly known simply as 'the Court'" (www.iccwbo.org), de European Court of Arbitration in Straatsburg (<http://cour-europe-arbitrage.org>), en de Permanent Court of Arbitration in Den Haag (www.pca-cpa.org).

van e-Court, www.e-court.nl, gelanceerd en de procesgang opengesteld voor het publiek als de “eerste online (private) rechtbank van Nederland.”⁸⁶ Het instituut is een voorbeeld van een privaat gerecht. Andere in Nederland gevestigde private gerechten zijn bijvoorbeeld de Stichting Geschillencommissies, het Nederlands Arbitrage Instituut, Stichting Tamara, en de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

Het procesverloop is vastgelegd in het procesreglement, evenals dit het gebruik is bij bijvoorbeeld de Stichting Geschillencommissies. Partijen kunnen in een eenvoudige procesgang in begrijpelijke taal, waarvan de duur en de processtappen op voorhand vast staan, binnen acht weken een afdwingbare einduitspraak verkrijgen ter beëindiging van hun conflict, tegen relatief lage kosten. De duur en de processtappen staan op voorhand vast. Door het vaste procesverloop kunnen partijen hun eigen kosten van rechtsbijstand beheersen. De uitwisseling van stukken vindt plaats via een online procesdossier. Geschillen werden tot 23 juni 2011 beslecht op grondslag van bindend advies. Daarna is e-Court overgegaan op arbitrage (voor de aanleiding van die wijziging, zie § 1.4.1 en § 1.4.2).

De afdwingbaarheid van de beslissing werd in de jaren 2010 en 2011 bereikt door vastlegging van het bindend advies in een notariële proces-verbaalakte (artikel 37 Wna), gevolgd door afgifte van de grosse van de akte. In artikel 430 Rv wordt de grosse van een notariële akte genoemd als executoriale titel. Voor de executabiliteit is de grosse van de notariële akte gelijkgesteld aan de grosse van een rechtelijke uitspraak (van de publieke rechter). Met de komst van e-Court werd dus een nieuwe toepassing van bestaande wetgeving geïntroduceerd. De constructie van de grosse van de proces-verbaalakte volgend op bindend advies werd in de praktijk geruime tijd daadwerkelijk gebruikt.

1.3.2 De modernisering en digitalisering van de publieke rechtspraak (2010 tot heden)

Op 31 oktober 2011 stuurde het Ministerie van V&J een brief naar de Tweede Kamer met als titel Innovatie agenda Rechtsbestel. Hierin staat beschreven dat het Ministerie een nieuwe impuls wil geven voor een betere geschiloplossing voor de burger. De innovaties die de Minister in deze agenda noemt, hebben tot doel (1) verbetering van gerechtelijke procedures, (2) verbetering van buitengerechtelijke procedures en (3) verbeteringen in het bredere rechtsbestel aan te brengen. De innovatieagenda is bedoeld als een startpunt, waarbij burgers en juridische professionals door de Minister werden uitgenodigd om “mee te denken en innovatieve ideeën voor de verbetering van het stelsel aan te dragen”. Om de ambitie van het Ministerie te illustreren, worden de eerste alinea's geciteerd.⁸⁷

“Een kenmerk van een goed functionerend rechtsbestel is dat burgers met een geschil zo goed mogelijk

86 Internetrechtbank van start 2010; Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010, p. 49 e.v.; Herstel 2010; Engelfriet 2010; Ernste 2010; Klompers en Van Reste 2010.

87 Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 31 oktober 2011, bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 071, nr. 5.

worden geholpen dit geschil op te lossen. Van de overheid mag worden verwacht dat zij een stelsel creëert en in stand houdt, dat burgers helpt de meest geëigende manier te vinden om het geschil op te lossen, dat ervoor zorgt dat de verschillende methoden van geschiloplossing goed functioneren, dat het stelsel als geheel efficiënt en effectief werkt en dat een burger met een juridisch probleem een beroep kan doen op rechtskundige bijstand.

“Het stelsel van geschiloplossing dient bij de tijd te zijn, in te spelen op veranderende wensen en behoeften in de samenleving. Om dit stelsel ook in de toekomst goed te laten functioneren, is innovatie noodzakelijk. Ik geef daarom een forse impuls aan vernieuwing van geschiloplossing. In 2014 dient geschiloplossing voor de burger merkbaar beter (eenvoudiger, sneller en/of effectiever) te verlopen.”

Op 25 juni 2014 riep de toenmalige Minister Opstelten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie juridische professionals op hun ideeën ter verbetering van het rechtsbestel aan te melden bij het portaal www.innovatierechtsbestel.nl. Dit deed hij tijdens de lancering van het portaal tijdens het congres Innovatieagenda Rechtsbestel in Den Haag. Op www.innovatierechtsbestel.nl bundelt het Ministerie van V&J naar eigen zeggen bestaande initiatieven om het rechtsbestel te vernieuwen én nodigt het juridische professionals uit innovatieve ideeën aan te melden. Ingediende ideeën kunnen ook in aanmerking komen voor opname in de innovatieagenda van de minister. De innovatieagenda bevat plannen en initiatieven om het rechtsbestel te verbeteren.

De rechtspraak in Nederland moet aansluiten bij de digitalisering van de samenleving en procedures moeten sneller en eenvoudiger. Dat is het doel van het programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI). De minister van Veiligheid en Justitie en de Raad voor de rechtspraak willen samen de rechtspraak moderniseren. Dat willen ze doen binnen het programma KEI. Het programma richt zich op het burgerlijk procesrecht (dit heet ook wel civiel recht) en het bestuursprocesrecht. Het is de bedoeling dat burgers en bedrijven straks op ieder moment en vanaf elke plek digitaal toegang tot de rechtspraak zullen krijgen. Daarmee worden de gerechtelijke procedures eenvoudiger en sneller. Vanaf begin 2017 wordt de inwerkingtreding van de modernisering rechtspraak in fasen ingevoerd. Dit zal een aantal jaren duren. Zo hebben de rechtspraak en partijen de tijd om rustig te wennen aan de nieuwe manier van procederen.

Op 12 juli 2016 zijn door de goedkeuring van de Eerste Kamer vier grote wetgevingstrajecten voltooid in het kader van KEI.⁸⁸

1. KEI-I 34.059 - Vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht;
2. KEI-II 34.138 - Digitalisering procesrecht in hoger beroep en cassatie;
3. KEI III 34.212- Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, en
4. KEI-IV 34.237 (R2054) - Invoeringsrijkswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht en uitbreiding prejudiciële vragen.

88 Kamerstukken I 2015/2016, nr. 37 (item 12); zie ook Ernste 2012b.

Op 4 mei 2017 zijn in het Staatsblad de eerste inwerkingtreddingsbesluiten voor verplicht digitaal procederen gepubliceerd.⁸⁹ In asiel- en bewaringszaken wordt het bij alle rechtbanken vanaf 12 juni verplicht digitaal stukken in te dienen. Voor civiele handelsvorderingszaken vanaf € 25.000,00 aan hoofdsom bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland is de ingangsdatum 1 september 2017. Dit betekent dat de eerste fase van verplicht digitaal procederen in zaken bij de rechtbanken per die datum een feit is.

Tenslotte vermelden wij dat per 1 januari 2015 de nieuwe Arbitragewet in werking is getreden. Hiermee is de herziening van het arbitragerecht voltooid. Bij die gelegenheid is arbitrage toegevoegd aan de bepaling van artikel 6:236 sub n BW.⁹⁰

De ontwikkelingen aangaande de modernisering en digitalisering van de publieke rechtspraak zijn na 2010 in een stroomversnelling geraakt. Wij keren echter in § 1.4 terug naar de maand juni 2011 om de aanleiding tot het onderzoek nader toe te lichten.

1.4 DE AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

In deze paragraaf bespreken wij in § 1.4.1 de brief van de staatssecretaris van 23 juni 2011. In § 1.4.2 behandelen wij de gevolgen op juridisch gebied en in § 1.4.3 behandelen wij de *Global Innovating Justice Awards* in 2011.

1.4.1 De brief van de staatssecretaris van 23 juni 2011

In juni 2011 nam de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (de heer F. Teeven)⁹¹ een belangwekkend standpunt in (zie Appendix A, de brief d.d. 23 juni 2011), welk standpunt hij onderbouwde met een beroep op het wettelijk stelsel. Naar zijn mening was de notaris niet bevoegd om een proces-verbaalakte te passeren en de zogenaamde grosse daarvan af te geven in het kader van een procedure op grondslag van bindend advies (zie ook § 1.5). De conclusie van de staatssecretaris steunde op twee argumenten, te weten: (i) het feit dat de wettelijke regeling van bindend advies beperkt is, zou meebrengen dat bindend advies een niet geheel gelijkwaardige vorm van rechtspraak is in vergelijking tot arbitrage, en (ii) in het geval van het gebruik van een notariële akte, waren de procespartijen aangewezen op een partij-akte. Bij de partij-akte gelden bepaalde voorschriften. Zo moet de notaris vaststellen of partijen de vastlegging in de akte wel hebben gewild, en voorts dient de notaris invulling te geven aan de zorgplicht (de zogenaamde *Belehrungspflicht*).

89 Besluit van 24 april 2017 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (Stb. 2016, 288), de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie (Stb. 2016, 289), de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, het Besluit digitalisering burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht en het Aanpassingsbesluit vereenvoudiging en digitalisering procesrecht.

90 Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, Staatsblad 2014/200, p. 1-25.

91 Met het oog op de wetenschappelijke transparantie en wederzijdse integriteit zij hier vermeld dat de heer mr. F. Teeven van 11 januari 2010 tot 14 oktober 2010 lid was van het Comité van Aanbeveling van e-Court. Op 14 oktober 2010 aanvaardde hij het ambt van staatssecretaris in het kabinet Rutte I.

Overigens benadrukte de staatssecretaris dat het uiteindelijke oordeel over de bevoegdheid van de notaris niet door de staatssecretaris, maar door de publieke rechter zou moeten worden gegeven.⁹²

Al met al verwees de staatssecretaris naar de wettelijke regeling van arbitrage. Voor de afdwingbaarheid van een arbitraal vonnis moest het private gerecht een exequatur bemachtigen via de voorzieningenrechter (artikel 1062 Rv).

Met het standpunt van de staatssecretaris kwam een einde aan de toepassing van de notariële proces-verbaalakte als instrument om een bindend advies afdwingbaar te maken.

Voor een onderzoeker is het standpunt van de staatssecretaris maatschappelijk, wetenschappelijk en juridisch interessant. Zo is het de vraag of de argumentatie en de hierop steunende conclusies van de staatssecretaris over de rol van de notaris houdbaar zijn in het licht van de juridische wetenschap. Dit is voor ons de aanleiding om de legitimiteit van de rol van de notaris binnen private rechtspraak nader te onderzoeken.

1.4.2 De gevolgen op juridisch gebied

De brief van de staatssecretaris had uiteraard gelding voor elk privaats gerecht, dat zou overwegen om aan de notaris een rol toe te bedelen voor de afdwingbaarheid van het bindend advies. In de tijd van schrijven was er evenwel slechts één zo'n gerecht actief, te weten e-Court. Dit deed het private gerecht besluiten om de toepassing van de notariële akte te staken als instrument voor afdwingbaarheid, en om te vormen van een instituut voor bindend advies naar een instituut voor arbitrage.

Op de website www.e-court.nl staat het huidige procesreglement uitgeschreven, ter illustratie van de duur, de processtappen en het taalgebruik. Dit onderdeel is geen geschiedkundig onderzoek en daarom is de verdere ontwikkeling van het procesreglement in de periode 2011 tot 2016 niet beschreven.

Hieronder staan wij kort stil bij het feit, dat op 23 juni 2011 voor het eerst de *Global Innovating Justice Awards* werden uitgereikt door HiiL, Hague Institute for the Internationalisation of Law.⁹³

92 Dit is geheel juist. Wij merken hierbij op dat vervolgens onafhankelijke rechtspraak als voorwaarde voor effectieve rechtsbescherming impliceert dat de rechter niet zonder meer de gedachten van de staatssecretaris overneemt, maar een zelfstandige wetsinterpretatie uitvoert. Deze kanttekening is niet zonder betekenis bij de Tuchtkamer Notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815.

93 Zie voor meer informatie over HiiL: <http://www.hiil.org/about-us/history>.

1.4.3 De Global Innovating Justice Awards van 23 juni 2011

De ceremonie voor de prijsuitreiking van de *Global Innovating Justice Awards* vond op 23 juni 2011 plaats in het Vredespaleis te Den Haag.⁹⁴ e-Court was hiervoor uitgenodigd als één van de drie genomineerde finalisten.

De behaalde wereldwijde top-3 positie in de categorie “succesvolle innovaties” kan worden gezien als teken van erkenning en van bestaansrecht.⁹⁵

Dat e-Court aansluit bij de maatschappelijke behoefte aan eenvoudige, transparante en betaalbare rechtspraak lijkt in de praktijk inmiddels bewezen. In de loop van 2017 werd duidelijk dat per 1 januari 2018 de keuze voor e-Court werd opgenomen in 94% van de Nederlandse zorgverzekeringspolissen. Daarnaast namen waterleidingbedrijven, scholengemeenschappen en de organisatie bol.com (behorende tot het Ahold Delhaize concern) een keuze voor e-Court op in hun algemene voorwaarden. De volgende deurwaarderskantoren waren per 1 december 2017 aangesloten op e-Court: GGN Mastering Credit N.V., Flanderijn & Van Eck Gerechtsdeurwaarders B.V., PVU-Rosmaalen B.V., MG de Jong Gerechtsdeurwaarders- en Incassokantoor B.V., LAVG/ Van Arkel en Syncasso. De hiervoor genoemde partijen willen verzekerd zijn van duidelijke waarborgen betreffende procesvoering, als ook kunnen vertrouwen op samenhangende punten van rechtsbescherming. Immers, genoemde succesvolle organisaties hebben op goede gronden, zoals hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, en na zorgvuldige afweging van de hen ter beschikking staande informatie, een keuze gemaakt voor private rechtspraak in hun algemene voorwaarden. Die afweging omvat elementen van rechtsbescherming, die wij hierna zullen behandelen in § 2.2.3- 2.2.5, 2.4 en 2.5. Voorts behandelen wij in § 7.5 de invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming.

1.5 DE KEUZE VOOR PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf leggen wij in § 1.5.1 verantwoording af over de gehanteerde structuur van het onderzoek. Daarna formuleren wij in § 1.5.2 de probleemstelling (PS) en de vier onderzoeksvragen (OV's). Bovendien voorzien wij de probleemstelling en de onderzoeksvragen van een motivatie.

94 Blijkens de website www.innovatingjustice.com bestond de jury in 2013 uit:

- Anne van Aaken, Professor of International Law & Economics, University of St Gallen, Switzerland
- Hassane Cisse, Deputy General Counsel Knowledge and Research, Legal Vice Presidency World Bank, United States
- Gabriela Knaul, Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, United Nations, - Switzerland
- John Morrison, Executive Director, Institute for Business and Human Rights, United Kingdom
- Barbara Oomen, Dean of College Roosevelt University, Netherlands.

95 De toekenning leidde echter tot een dichotomie in het denken. Aan de ene kant ontving het private gerecht e-Court de brief van de staatssecretaris waarin de constructie werd verworpen, terwijl aan de andere kant – op dezelfde dag – een aantal rechtsgeleerden en andere prominente vertegenwoordigers van de internationale gemeenschap aan het private gerecht een prijs toekenden als succesvolle wereldwijde innovatie in de rechtspleging.

1.5.1 Verantwoording van de gekozen opzet

Het begin van het onderzoek is uitgevoerd aan de Universiteit Utrecht. Daarna is onderzoekster buitenpromovenda geworden bij het Centrum voor Recht en Digitale Technologie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid in Leiden (afgekort als “eLaw”). Sinds 1811 bestaat in Nederland wetgeving voor de organisatie van het notarisambt.⁹⁶ Vanaf de invoering van de Wet op het Notarisambt in 1842 staat de notariële proces-verbaalakte expliciet in de wet genoemd (artikel 31 Wn). Het nieuwe idee is om deze akte te hanteren als instrument om op een betaalbare en eenvoudige wijze een arbitraal vonnis of een bindend advies afdwingbaar te maken. Dit idee is nooit eerder geopperd; noch door Philips in 1880 in het kader van arbitrage, noch door enig ander juridische onderzoeker of jurist in de praktijk in het kader van arbitrage of bindend advies. Eerst in 2009 werd dit anders. Dit kwam door de ontwikkeling van de computer, websites en internet. In dat jaar was de gemiddelde burger namelijk al enige tijd vertrouwd geraakt met deze fenomenen. Het effect van toepassingen van ICT op de laagdrempeligheid van de private rechtspraak was de noodzaak om te zoeken naar juridische mogelijkheden om uitspraken eenvoudig afdwingbaar te maken. Het nieuwe idee is dus voortgekomen uit de ICT en zou sinds 2009 niet verder zijn ontwikkeld als niet kennis van de afzonderlijke juridische disciplines zou zijn samengebracht.

Een structuur waarbij gekozen wordt voor een probleemstelling en meerdere onderzoeksvragen, is in het multidisciplinaire onderzoeksgebied van eLaw in het algemeen gebruikelijk. Dit is niet in gelijke mate het geval bij een zuiver juridisch proefschrift. Daarom verantwoorden wij hieronder onze onderzoeksopzet uitgebreider dan gebruikelijk is. Tijdens de periode van explorerend onderzoek bleek het onderwerp van het proefschrift een multidisciplinair complex “juridisch-technische” materie te zijn. Het gaat immers om de ontwikkeling en onderbouwing van een nieuwe theorie, gestoeld op vier verschillende rechtsgebieden: (a) eLaw, te weten recht en digitale technologie, (b) het overeenkomstenrecht, (c) het burgerlijk procesrecht, en (d) het notarieel recht. Voorts was het aantal rechtsvragen groot, en bleek de integratie van de rechtsgebieden door de multidisciplinaire benadering lastig. Om al deze redenen zijn een verdergaande structurering van het betoog en het ontwikkelen van een onderzoeksmethode vereist.

Derhalve hebben wij gekozen voor een centrale probleemstelling, waarop het antwoord aan de hand van deelonderzoeken stapsgewijs zichtbaar wordt. Vanuit de probleemstelling worden vier onderzoeksvragen geformuleerd. Dit betekent dat er vier deelonderzoeken zijn. De probleemstelling is geformuleerd als een algemene open vraag, die in twee delen uiteenvalt. Vervolgens is deze aan de hand van de hiervoor genoemde deelonderzoeken nader uitgewerkt.

96 Na de inlijving van het Koninkrijk Holland in het Franse rijk verklaarde Napoleon bij keizerlijk besluit van 6 januari 1811 de Franse wet van 25 Ventôse van het jaar XI (zijnde 16 maart 1803) executoir.

1.5.2 De probleemstelling en vier onderzoeksvragen

De maatschappelijke ontwikkelingen rond private rechtspraak en de rol van de notaris, alsmede de brief van de staatssecretaris d.d. 23 juni 2011 (§ 1.4) hebben ons tot de volgende probleemstelling geleid. Deze valt uiteen in twee delen, die wij aanduiden als PS1 en PS2.

PS1: *In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaatrechtelijk op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen?*

PS2: *In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaatrechtelijk op grondslag van artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen?*

Wij lichten de probleemstelling als volgt toe en geven daarbij tevens een verantwoording van de gekozen probleemstelling. Het gaat er in de kern om of de notaris met een proces-verbaalakte de uitspraak van een privaatrechtelijk afdwingbaar mag maken. Dit is een grote stap. Zeker in vergelijking met de manieren die thans in de praktijk gebruikt worden om de afdwingbaarheid van uitspraken van private gerechten te bereiken via tussenkomst van de publieke gerechten (zie § 1.1).

Vanuit het notariële perspectief betekent een dergelijk gebruik van de proces-verbaalakte het volgende. De private uitspraak kan door de ene procespartij tegen de andere procespartij ten uitvoer worden gelegd op grond van de zogenaamde grosse van deze akte (artikel 430 Rv).⁹⁷ Echter, ten opzichte van de traditionele praktijk van de notaris leidt de formulering van de probleemstelling tot een aantal wezenlijke knelpunten. Wij noemen er vier: (i) de betreffende proces-verbaalakte wordt door de notaris zonder rechtstreekse opdracht van de procespartijen gepasseerd, terwijl in de reguliere praktijk van de partij-akte de partijen aan de notaris opdracht verstrekken; (ii) de proces-verbaalakte wordt gepasseerd zonder dat de betrokkenen – anders dan gebruikelijk bij een partij-akte – zelf daartoe strekkende verklaringen hebben afgelegd ten overstaan van de notaris; (iii) de procespartijen zijn niet aanwezig bij het ondertekenen van de akte, en ondertekenen derhalve de akte niet; (iv) de procespartijen worden door de notaris niet persoonlijk geïnformeerd over de rechtsgevolgen.

De gang van zaken is derhalve volstrekt anders dan in de reguliere praktijk van de notariële partij-akte. De notaris heeft binnen de juridische procedure geen enkel contact met de procespartijen, en dus ook niet met een gedaagde die verstek laat gaan. Hij⁹⁸ kan bij verstekprocedures zelfs geen

97 De grosse is een in executoriale vorm uitgegeven afschrift of uittreksel van een notariële akte (artikel 1 lid 1 sub g Wna).

98 Zie Voorwoord voor het gebruik "hij" en "zij".

enkele actieve handeling of verklaring van de gedaagde waarnemen. Al met al is dit een sterk afwijkende, zo niet tegenovergestelde, gang van zaken ten opzichte van de reguliere notariële praktijk, waarin de partij-akte domineert. Kortom, onze verantwoording van deze probleemstelling is in zijn samenvatting als volgt. De probleemstelling is (a) wetenschappelijk interessant, (b) maatschappelijk actueel, (c) juridisch controversieel, en (d) van praktische waarde.

Om de probleemstelling te beantwoorden, worden vier onderzoeksvragen (OV's) geformuleerd, die in gezamenlijkheid tot een antwoord leiden. De onderzoeksvragen worden hierna één voor één geformuleerd, telkens gevolgd door een beknopte toelichting. Daarin zullen wij tevens de relevantie van de betreffende onderzoeksvraag uiteenzetten. Bij de toelichting besteden wij eveneens aandacht aan de volgorde, waarin de onderzoeksvragen worden gesteld. De eerste onderzoeksvraag luidt als volgt.

OV1: In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?

Bij een partij-akte neemt de notaris waar dat de partijen via het afleggen van schriftelijke verklaringen vrijwillig verbintenissen op zich nemen. Dit is binnen de context van het onderzoek niet het geval bij een proces-verbaalakte, in het geval dat een procespartij verstek laat gaan. Het is daarom cruciaal om te onderzoeken in hoeverre de notaris kan vaststellen welke verbintenissen op de procespartijen rusten, gegeven de situatie dat zij deze niet vrijwillig op zich nemen in zijn aanwezigheid. Alvorens aan de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag te kunnen beginnen, moet worden vastgesteld dat het waarnemen en vastleggen van een juridische procedure niet een bij wet opgedragen specifieke taak is voor de notaris. Daarom hebben wij ons onderzoek eerst gericht op de reikwijdte van de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren. Om de eerste onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, zal vervolgens moeten worden onderzocht welke typen akten staan vermeld in de wet. Daarna dient te worden onderzocht in welk voorkomend geval – zijnde in ons onderzoek het bindend advies en arbitrage als vormen van private rechtspraak – welk type akte de meest geëigende vorm is. Hiertoe moeten criteria getoetst worden. De uitkomst kan zelfs zijn dat er een verplichte vorm bestaat. Het juridische kader vormt derhalve het vertrekpunt voor de vraag welke maatstaf moet worden gehanteerd bij de keuze tussen de in de wet onderscheiden soorten akten. Hierbij behandelen wij (i) het complexe vraagstuk naar de dwingende bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte, (ii) de wetenschappelijke discussie vanaf het begin van de 19e eeuw tot en met heden, (iii) hoe de notariële akte zich verhoudt tot de rechtspraak, en (iv) de rol van de notaris bij de proces-verbaalakte. In ons onderzoek zal de rol van de notaris als waarnemer van een veiling worden betrokken.

De tweede onderzoeksvraag spitst zich toe op de proces-verbaalakte, als logisch vervolg op de bevindingen naar aanleiding van de eerste onderzoeksvraag. De tweede onderzoeksvraag luidt als volgt.

OV2: *In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?*

Evenals bij een proces-verbaalakte van een vergadering of van een veiling, dient ook in de context van private rechtspraak te worden onderzocht in hoeverre de procespartijen de wil hadden om de akte te laten opmaken voor het in de onderzoeksvraag beschreven doel. Voor de beantwoording van deze onderzoeksvraag is het juridische kader van de rechtspraak relevant. Wij analyseren daarbij het hybride karakter van de rechtsfiguur bindend advies. Immers, bindend advies is meer dan een kwestie van overeenkomstenrecht alleen. Het is tevens een kwestie van procesrecht. Dit hybride karakter brengt de noodzakelijkheid mee om een analyse uit te voeren, gericht op de vraag of bij bindend advies als vorm van private rechtspraak het begrip “partijwil” eenzelfde betekenis heeft als bij contractsvrijheid. Wij maken dezelfde analyse in relatie tot arbitrage.

De derde onderzoeksvraag heeft betrekking op de uitvoering van het ambt van de notaris.

OV3: *Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de Belehrungspflicht bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte?*

Vanwege het belang van het leerstuk van de *Belehrungspflicht* (hierna ook: (notariële) zorgplicht) in de notariële praktijk, onderzoeken wij de ratio van dit leerstuk, en vervolgens analyseren wij de toepasselijkheid ervan binnen de context van bindend advies en arbitrage als vormen van private rechtspraak. Deze analyse brengt ons tot het antwoord op de vraag op welke wijze de notaris invulling kan geven aan het leerstuk binnen de context van private rechtspraak.

De vierde onderzoeksvraag betreft de rol en de invloed van ICT.

OV4: *In hoeverre beïnvloeden ICT-tools de waarneming van de procedure door de notaris?*

Wij onderzoeken ten slotte in hoeverre de technologische ontwikkelingen de waarneming en de vastlegging door de notaris beïnvloeden.

Na de beantwoording van de vierde onderzoeksvraag, worden alle onderzoeksresultaten met elkaar gecombineerd, waardoor de beantwoording van de probleemstelling mogelijk wordt. Naast de theoretische verhandeling streven wij ernaar om een voorbeeld akte voor de praktijk te ontwikkelen.

1.6 TERMINOLOGIE

Wij beschrijven hieronder de door ons gehanteerde terminologie aan de hand van de vormen van geschilbeslechting in de huidige tijd (zie opnieuw Figuur 1.1).

Geschilbeslechting kan plaatsvinden door “rechtspraak” of door onderhandelingen. Anders geformuleerd: geschilbeslechting kan plaatsvinden op een gerechtelijke of een buitengerechtelijke manier. Er zijn twee vormen van rechtspraak, te weten de “publieke rechtspraak” en de “private rechtspraak.”⁹⁹ Onder private rechtspraak vallen arbitrage en bindend advies.¹⁰⁰ Arbitrale vonnissen en bindende adviezen kunnen (beperkt) getoetst worden door de publieke rechters (marginaal ex artikel 1062 Rv respectievelijk artikel 3:296 BW j° 7:900 BW dan wel via vernietiging ex artikel 1065 Rv respectievelijk artikel 7:904 BW). De publieke gerechten verhouden zich tot elkaar in een hiërarchie, met de Gerechtshoven als instanties voor hoger beroep en de Hoge Raad als hoogste rechterlijke instantie in cassatie.¹⁰¹

De onderhandelingen tussen de partijen onderling vallen in onze structuur uiteen in twee typen, te weten (i) *negotiation* en (ii) *mediation*.¹⁰²

Hieronder gaan wij nader in op de gebruikte terminologie in dit proefschrift. In het verlengde van het begrip “private rechtspraak” hanteren wij in ons onderzoek het begrip “private gerechten”. Wij doen dat (i) als overkoepelend begrip en als soortnaam ter aanduiding van geschilbeslechting op grondslag van bindend advies of arbitrage, en (ii) ter aanduiding van één van beide wettelijke vormen van private rechtspraak, en daarom als synoniem van de begrippen “geschillencommissie” en “scheidsgerecht” of “arbitragetribunaal”. De begrippen “bindend adviseur”, “geschillencommissie” en “scheidsgerecht” gebruiken wij in ons onderzoek, indien de context naar ons oordeel om deze nadere precisering vraagt.

Voor de vastlegging in een notariële proces-verbaalakte gaat het erom dat de bindend-adviesprocedure eindigt in een bindend advies en de arbitrale procedure eindigt in een arbitraal vonnis. Het arbitrale vonnis en het bindend advies zijn in onze terminologie “private uitspraken”.

De moderne burger zal de term “rechtbank” waarschijnlijk eerder gebruiken dan “gerecht.”¹⁰³ Het woord rechtbank is in de spreektaal een overkoepelend begrip voor elk type gerecht, mogelijk omdat het kort is en eenvoudig uit te spreken. Dit, in tegenstelling tot begrippen zoals “private rechtsinstelling” en “instituut voor alternatieve geschilbeslechting”. Het woord rechtbank is in de spreektaal zo ingeburgerd geraakt, dat wij dit begrip als soortnaam geschikt achten voor zowel

99 Onder publieke rechtspraak wordt verstaan de rechtspraak die wordt georganiseerd door de overheid.

100 Zoals hiervoor vermeld, gaat het om het ‘onzuiver’ bindend advies (zie § 1.2) wat hierna niet meer telkens expliciet zal worden herhaald.

101 Zie Wet op de rechterlijke organisatie.

102 Het resultaat van de onderhandelingen zou in onze structuur leiden tot een schikking, die wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. De wettelijke termen daarvoor zijn: (a) de vaststelling (artikel 7:900 BW) en (b) het vergelijk (Boek 4, Rv). Voor het overige valt *mediation* volledig buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt, en wordt de vaststellingsovereenkomst uitsluitend besproken in relatie tot bindend advies en *negotiation*.

103 Het woord “gerecht” heeft in onze tijd voor de gemiddelde burger primair een culinaire associatie.

alle publieke gerechten als alle private gerechten. Vanuit deze benadering is de Hoge Raad in de beleving van veel burgers de “hoogste rechtbank” in Nederland.¹⁰⁴

In de praktijk gebruikt de overheid daarentegen het begrip “rechtspraak” vaak als synoniem voor de publieke rechtspraak (bijvoorbeeld: de Raad voor de Rechtspraak).¹⁰⁵ Naar ons oordeel is deze aanduiding onjuist. Private rechtspraak wordt door de overheid vaak als “alternatieve geschilbeslechting”, “buitengerechtelijke geschilbeslechting” of als “particuliere rechtspraak” aangeduid.¹⁰⁶ Wij wijzen beide aanduidingen af. Private rechtspraak vindt niet buitengerechtelijk plaats, maar binnen (private) gerechten. De term “particulier” wordt in onze tijd gebezigd als tegenovergesteld begrip van “professioneel” of “bedrijfsmatig”, waardoor de associatie met “amateuristisch” op de loer ligt. Het woord “geschillencommissie” hoort bij bindend advies en “scheidsgerecht” bij arbitrage, maar deze begrippen worden nog weleens door elkaar heen gebruikt.¹⁰⁷ Wij stellen hier evenwel vast dat de overheid bij de invoering van het nieuwe arbitragerecht in de memorie van toelichting voor het eerst arbitrage expliciet kwalificeerde als private rechtspraak, en niet als buitengerechtelijke geschilbeslechting of particuliere rechtspraak (zie § 1.1.1).¹⁰⁸

Er zijn onderverdelingen die in Figuur 1.1 niet tot uitdrukking komen. Wij noemen er twee.

Ten eerste bestaat bij private rechtspraak het onderscheid tussen (i) *ad hoc* en (ii) geïstitutionaliseerde rechtspraak. Bij *ad hoc* rechtspraak dient de benoeming van een natuurlijk persoon als private rechter plaats te vinden, en moeten de processuele regels nog worden overeengekomen, tenzij betrokkenen wensen terug te vallen op de regels (van aanvullend recht) van de wet. Onder geïstitutionaliseerde geschilbeslechting verstaan wij een rechtspersoon (meestal een stichting), die is opgericht met het doel om geschilbeslechting aan te bieden.¹⁰⁹ In dat geval (i) zijn de regels voor de benoeming bekend, meestal met een reeds gemaakte voorselectie door de betreffende rechtspersoon, en (ii) verloopt de procedure op basis van een reeds gepubliceerd procesreglement. Dit zijn twee verschillende verschijningsvormen van de beide vormen van private rechtspraak in de praktijk.

Een tweede onderverdeling die niet tot uitdrukking is gebracht in Figuur 1.1 is het onderscheid tussen “offline” en “online” rechtspraak. Onder *offline* rechtspraak verstaan wij de traditionele rechtspraak die in fysieke gebouwen plaatsvindt, en waarbij de uitwisseling van argumenten en bewijsstukken (grotendeels) per post of per fax geschiedt. Onder *online* rechtspraak verstaan wij

104 De gemiddelde burger zal zich veelal niet verdiept hebben in de regels van competentie binnen de rechterlijke organisatie.

105 Een ander voorbeeld is te vinden in de organisatiestructuur van het Ministerie van V&J op www.overheid.nl. Het Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving kent een Directie Rechtsbestel. Hieronder valt onder meer de Afdeling Rechtspraak en Geschiloplossing. Onder “Rechtspraak” wordt de publieke rechtspraak verstaan.

106 Een voorbeeld is: Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken 2007.

107 Zie bijvoorbeeld artikel 1 lid 2 en 10 lid 2 en lid 5 Arbitragereglement NAI, artikel 3 lid 14 en artikel 5 Reglement Raad van Arbitrage voor de Bouw en artikel 3 van het Reglement van Stichting Tamara.

108 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.

109 Wij verwijzen volledigheidshalve naar onze opmerking in voetnoot 16.

rechtspraak, waarbij gebruik wordt gemaakt van ICT-middelen. Zo kan de procedure (deels) digitaal, bijvoorbeeld via de mail of het internet, plaatsvinden. Dit zijn twee verschillende verschijningsvormen van publieke en private rechtspraak in de praktijk.

1.7 DE BETEKENIS VAN HET ONDERZOEK EN ONZE VISIE

Hieronder beschrijven wij onze visie. In § 1.7.1 staan wij stil bij de betekenis van het onderzoek. In § 1.7.2 beschrijven wij onze visie op de rechtspraak, die in het onderzoek wordt uitgedragen, onderzocht en geëvalueerd. Wij beschrijven in § 1.7.3 onze visie op de wettelijke incassobevoegdheid.

1.7.1 De betekenis van het onderzoek

De betekenis van ons onderzoek is op korte termijn herkenbaar door zijn wetenschappelijke betekenis, zijn maatschappelijke betekenis, en zijn betekenis in procesrechtelijke zin. Op de langere termijn voorzien wij een internationale uitstraling, als logisch vervolg op de top-3 toekenning van de *Global Innovating Justice Awards* (zie § 1.4.4).

De wetenschappelijke betekenis van het onderzoek is gelegen in het verschijnen van een volledig nieuw hoofdstuk binnen de doctrine van het gebruik van de notariële akte. Deze toepassing staat in relatie tot de rechtspraak en is bedoeld als techniek om uitspraken van private gerechten afdwingbaar te maken. Daarmee worden private gerechten onafhankelijk van de publieke rechtspraak en verdwijnen veel administratieve lasten en bureaucreatie. Het gaat hierbij niet om het gebruik van de notariële akte als substituut voor de rechtspraak, maar om het gebruik van de notariële akte binnen een gerechtelijke procedure. Voor de praktijk zal dit betekenen, dat het primaat van de partij-akte in de notariële praktijk wordt doorbroken. De proces-verbaalakte krijgt, als gevolg van de inbedding van het notariële ambt in private rechtspraak, een groot toepassingsbereik.

De maatschappelijke betekenis van het onderzoek is gelegen in de bijdrage die private rechtspraak kan leveren aan de oplossing van het aloude probleem van de toegang tot het recht. Dat is na invoering van ons nieuwe idee wellicht mogelijk doordat op een eenvoudige, snelle en goedkope manier een afdwingbare uitspraak verkregen kan worden, zonder dat daarbij hoeft te worden ingeleverd op rechtszekerheid en rechtsbescherming (zie § 2.2.3 - 2.2.5, 2.4, 2.5 en 7.5). De aanname dat innovatie en digitalisering in het algemeen kunnen leiden tot kwalitatief hoogwaardige, goedkopere en efficiëntere dienstverlening ligt hieraan ten grondslag. Het is waarschijnlijk, althans het valt niet uit te sluiten, dat in Nederland gevestigde instituten dergelijke kostenvoordelen zouden kunnen realiseren. De waarde van een wetenschappelijke theorie wordt echter niet bepaald door de kans op een succesvolle commerciële exploitatie ervan.

De betekenis van het onderzoek in procesrechtelijke zin is dat de rechtzoekende niet maanden of jaren klem zit in een gerechtelijke procedure. Mede door de eenvoud van het proces wordt recht

gedaan aan gelijkwaardigheid in de rechtspositie van partijen. In het bijzonder gaat het om de waarborgen van het beginsel van hoor en wederhoor, de beoordeling van het geschil door een onpartijdige derde en het beginsel van *equality of arms*. Materieel betekent het ook dat het recht niet automatisch in het voordeel werkt van de meest gegoede partij, die het zich kan permitteren de wederpartij financieel uit te putten. Bij incassozaken kan worden toegevoegd dat de gedaagde, in het geval van een veroordelend vonnis met zeer lage, slechts strikt noodzakelijke kosten wordt geconfronteerd, en bescherming kan ontlenen tegen kostenexplosies.

In internationaal verband heeft het onderzoek betekenis door de reeds eerdergenoemde erkenning.¹¹⁰ Het onderzoek kan bijvoorbeeld zorgen voor de uitbreiding van de positie van Nederland op het gebied van vrede en recht. Hier zien wij aansluiting bij het initiatief *Big Data for Humanity* (georganiseerd door New World Campus en in 2014 Leiden Centre of Data Science). Dit initiatief is tevens onderdeel van de *Summer School Big Data for Peace* (Campus The Hague of Leiden University), dat kennis samenbrengt rond de vraag: “*Could Big Data help us bring about peace, development and stability?*” Internationaal heeft Nederland een reputatie hoog te houden. Het kan deze positie uitbreiden door zich toe te leggen op eigentijdse vraagstukken, zoals innovatie bij civiele procedures en modernisering van het rechtsbestel.¹¹¹

1.7.2 Visie op de rechtspraak

Aan dit onderzoek ligt een eigen visie op de rechtspraak ten grondslag.¹¹² Het betreft (1) de visie op een individuele procedure en (2) de visie op het systeem van de rechtspraak.

De *driver* van onze visie op rechtspraak als bedoeld onder (1), is gelegen in het toepassen van ICT-middelen om te zorgen voor een behoorlijk proces. Het gebruik van ICT-middelen kan een eenvoudig procesverloop faciliteren, met van tevoren bekende vaste processtappen, een afzienbare termijn voor de afronding van de procedure (bijvoorbeeld van acht weken), begrijpelijke taal en lage kosten (zie bijvoorbeeld het procesontwerp van de eKantonrechter ex artikel 96 Rv). Door de combinatie van deze factoren kan worden verdedigd dat zij de gelijkwaardigheid in de rechtspositie van de procespartijen gedurende een juridische procedure bevorderen. In deze visie ligt een zeker vooroordeel besloten (zie § 1.2.4). Het verloop van de historie van de betreffende invoering van ICT-*tools* heeft evenwel veel mogelijke argumenten van een daadwerkelijke grondslag voorzien.

Aan ons onderzoek ligt voorts een visie op het systeem van de rechtspraak als bedoeld onder (2) ten grondslag. Die visie wordt in het onderzoek uitgedragen, onderzocht en geëvalueerd. De visie houdt in dat er ruimte is voor private rechtspraak naast publieke rechtspraak. Dat is immers in het verleden altijd zo geweest (zie hiervoor in § 1.1) en dat is in deze moderne tijd niet anders. Deze visie steunt op drie pijlers.

¹¹⁰ Wij verwijzen voor meer informatie naar www.hiil.org.

¹¹¹ Zie www.peaceinformaticslab.org/summer-school.html.

¹¹² Omwille van de duidelijkheid benadrukken wij, dat onze visie als onderzoeker van dit proefschrift (uiteraard) dezelfde visie is als destijds de visie van de oprichter van e-Court en de werkwijze van e-Court in de praktijk.

Ten eerste sluit de visie aan bij het hiervoor reeds aangehaalde kabinetsbeleid van 1999 en het betoog van minister Hirsch Ballin (zie hiervoor in § 1.2.2): naargelang de aard van de conflictsituatie en de in het geding zijnde belangen, varieert de aard van de meest bevredigende of doelmatige voorziening. In citaat: *“Hoe wezenlijk de toegang tot de rechter ook voor de beslechting van conflicten is, publieke rechtspraak biedt niet in alle gevallen uitkomst.”*¹¹³

De tweede pijler waarop de visie steunt, hangt samen met de begrensde capaciteit van de publieke rechtspraak. Een te groot beroep op de publieke rechtspraak leidt tot wachtlijsten en het vonnis laat dan te lang op zich wachten. Dit is een meer dan theoretische bedreiging voor het functioneren van de rechtsstaat (zie hiervoor in § 1.2).

De derde pijler betreft het vermogen tot innovatie. Voor het begrip innovatie wordt door ons de volgende definitie gehanteerd: *“Een innovatie is een - door de mens - geïnitieerde en gerichte verandering in een systeem die, vanuit een bepaald gezichtspunt en binnen een bepaald tijdbestek, als sprongsgewijs wordt ervaren.”*¹¹⁴ Vier voorbeelden buiten het domein van rechtspraak zijn de zelfrijdende auto, Airbnb, Uber en Block Chain.¹¹⁵ Binnen het domein van rechtspraak kan in zekere zin worden gewezen op de vaste processtappen van e-Court. Voorts kan worden gewezen op de nieuwe toepassing van de proces-verbaalakte. Onder sprongsgewijs verstaan wij dat een ontwikkeling wordt ervaren als onvoorzienbaar en plotseling. De ontwikkeling is van dien aard, dat zij geen logisch vervolg lijkt op wat er al was. Sommige onderzoekers spreken ook wel van een disruptieve technologie. Innovatie moet bepaaldelijk worden onderscheiden van het maken van beleid, het afwegen van de voor- en nadelen, de kosten en de opbrengsten, en het implementeren van automatisering en efficiencylagen in de eigen organisatie.¹¹⁶ Vanuit deze definitie komen wij tot de visie dat wezenlijke innovatie eerst en vooral tot stand wordt gebracht in de private sector, en niet zozeer in de publieke sector. Ook hier noemen wij als voorbeeld de eKantonrechter. De publieke rechtspraak heeft in dit opzicht een eigen belang bij private rechtspraak. Zo kunnen de innovaties die door de private rechtspraak zijn ontwikkeld en zich in de praktijk hebben bewezen, worden toegepast door de publieke rechtspraak.¹¹⁷ Een voorbeeld is de groei van de capaciteit van geschilbeslechting als gevolg van online private rechtspraak, zonder verlies van kwaliteit en rechtszekerheid. Op deze wijze houdt de publieke rechtspraak aansluiting bij maatschappelijke ontwikkelingen. Deze pijler hangt samen met OV4.

113 *Kamerstukken II 2009/10, 29 528, nr. 6.*

114 Van der Kooy 1988, p.23.

115 <https://www.google.com/selfdrivingcar>, www.airbnb.nl, www.uber.com en <https://www.blockchain.com/>.

116 In de door ons aangehouden definitie kwalificeert de Innovatie Agenda van de Raad voor de Rechtspraak (www.rechtspraak.nl) niet als innovatie, maar als een inspanning tot modernisering van de rechtspraak.

117 Vraagstukken van intellectueel eigendom laten wij gemakshalve buiten beschouwing.

1.7.3 Visie op de wettelijke incassobevoegdheid

De inhoudelijke afbakening van het onderzoek wordt besproken in § 1.9.2. Hierop vooruitlopend vermelden wij hieronder onze visie op de wettelijke incassobevoegdheid. Deze visie sluit aan bij het rapport *Noblesse Oblige* en houdt in dat de wettelijke incassobevoegdheid kwalificeert als een kwaad, dat niet groter mag zijn dan noodzakelijk (zie § 2.2.5). In het rapport staat hierover het volgende vermeld.¹¹⁸

“De tussenkomst van de overheid, die door middel van een exploit de civiele rechtshandhaving gestalte geeft, is een uiterste middel. Het is een kwaad, dat niet groter mag zijn dan noodzakelijk is.

“Wie tegenover een ander verplicht is iets te geven wordt daartoe, naar de regel van artikel 3:296 BW, door de rechter op vordering van de gerechtigde veroordeeld. Met deze rechtsregel laat zich niet verenigen dat de gerechtigde profijt trekt uit de rechtsactie op zichzelf.”

Wij menen dat de genoemde restrictie aan de incassobevoegdheid als beginsel ten grondslag ligt aan alle wettelijke regelingen, zowel op het gebied van de buitengerechtelijke incasso als op het gebied van de gerechtelijke incasso. Deze restrictie vloeit onzes inziens verder voort uit het beginsel dat de schade zo veel mogelijk beperkt dient te worden. De gerechtsdeurwaarder is daarbij niet meer (en niet minder) dan degene die in opdracht van de crediteur de incassobevoegdheid kan afdwingen. De bevoegdheid van het ambt van de gerechtsdeurwaarder is als zodanig gebaseerd op een afgeleide bevoegdheid, en is aan deze restrictie eveneens gebonden. Voor de rol van de gerechtsdeurwaarder verwijzen wij naar de volgende passage in het rapport.

“Wat hiervoor omtrent het wezen van rechtsvordering wordt overwogen geldt naar strekking ook ten aanzien van de wurgcontracten. Zaken moeten op het laagst mogelijke niveau van civielrechtelijke dwang worden afgewikkeld. Kan dat niet, omdat de opdracht dan niet rendeert, dan mag de opdracht niet worden aanvaard.”¹¹⁹

Deze visie kan op dit moment, gelet op de uitoefening van het deurwaardersambt in de praktijk zoals in *Noblesse Oblige* beschreven, slechts tot uitdrukking worden gebracht via contractuele regelingen. Voor de vaststelling van de wettelijke tarieven voor gerechtsdeurwaarders zouden onverkort de beginselen van behoorlijk bestuur, alsmede de Handreiking Kostentoerekening leges en tarieven moeten gelden.¹²⁰

Het belang van de verschillende elementen van onze visie, in hun samenhang bezien, blijkt uit de publicatie in *De Groene Amsterdammer* d.d. 16 oktober 2017. In dit artikel werd uiteengezet hoe

118 Rapport *Noblesse Oblige* 2008, p. 50.

119 Rapport *Noblesse Oblige* 2008, p. 51.

120 *Kamerstukken (II)*, 2007/2008. 30 844, nr. 33. De handreiking is in 2010 in opdracht van BZK is opgesteld, en gepubliceerd op de website van het ministerie van BZK.

opkopers van portefeuilles aan vorderingen grote aantallen zaken door het gerechtelijke systeem ‘jagen’, welke praktijk duidt op een lucratief ‘verdienmodel’.¹²¹

1.8 DE ONDERZOEKSMETHODOLOGIE

In deze paragraaf geven wij inzicht in twee gehanteerde onderzoeksmethoden. In § 1.8.1 bespreken wij de analyse. In § 1.8.2 behandelen wij het rechtshistorisch onderzoek. Verder wordt in § 1.8.3 kort stil gestaan bij de niet gehanteerde methode van het rechtsvergelijkend onderzoek.

1.8.1 Analyse

De belangrijkste gebruikte onderzoeksmethode is het verrichten van een grondige analyse van het juridische kader. Dit gebeurt door literatuuronderzoek en het uitvoeren van analyses op het terrein van notarieel recht, burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aangaande (i) de wetgeving en (ii) de jurisprudentie. Bij de geanalyseerde literatuur moet worden bedacht dat geen literatuur beschikbaar is over de notariële proces-verbaalakte als onderdeel van rechtspraak voor 2010, omdat deze toepassing toen nieuw was. Het literatuuronderzoek is vooral gericht op de opvattingen betreffende de plaats van de notariële akte binnen het rechtsbestel, het onderscheid tussen de soorten akten, en de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte. De geanalyseerde jurisprudentie betreft met name de jurisprudentie rond de notariële akte.

1.8.2 Rechtshistorisch onderzoek

Het rechtshistorisch onderzoek hebben wij beperkt tot twee onderwerpen. Het eerste onderwerp is het principiële vraagstuk rond de contractsvrijheid en de opvatting van de wetgever daarover die ten grondslag ligt aan de plaatsing van arbitrage in formele wetgeving. Het tweede onderwerp is een grondige analyse van (i) de wetsgeschiedenis, (ii) de literatuur, en (iii) de jurisprudentie over de bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte. In het bijzonder hebben wij daarbij aandacht geschonken aan de bewijskracht van partijverklaringen in de proces-verbaalakte, omdat de bewijskracht en de executabiliteit nauw met elkaar zijn verbonden. De analyse ziet vooral op de periode vanaf 1900, en in het bijzonder vanaf 1982 tot heden. Doordat het onderzoek ziet op een *nieuwe* toepassing van de proces-verbaalakte als executoriale titel binnen de rechtspraak, was het niet mogelijk om de methode van het rechtshistorisch onderzoek te hanteren voor de bedoelde toepassing als zodanig. Tot 2010 is er geen literatuur verschenen over de vastlegging van het bindend advies in een notariële proces-verbaalakte.¹²²

121 <https://www.groene.nl/artikel/een-bedrijf-is-verantwoordelijk-voor-ruim-tien-procent-van-alle-schuldzaken-bij-kantonrechters>

122 De oorsprong van de notariële akte ligt in het oude Egypte, waar akten executabel waren. De basis voor de executoriale kracht van de huidige notariële akte werd in de twaalfde eeuw gelegd in Noord-Italië, zie Jongbloed 1987, p. 141-142. Voorts verwijzen wij naar Colenbrander 1859, p. 130 e.v.; Hermesdorf 1943; Melis/Waaijer 2012, p. 1 e.v.; De Bruijn/Kraan 2012, p. 1 e.v.

1.8.3 Rechtsvergelijkend onderzoek

In dit proefschrift vindt geen rechtsvergelijkend onderzoek plaats. Dat heeft twee redenen. In de eerste plaats is het bindend advies een lokale rechtsfiguur.¹²³ De enige landen met een vergelijkbare rechtsfiguur zijn Italië, België, Engeland en Duitsland. Bij de Italiaanse *arbitrato irrituale* ligt de nadruk meer op bemiddeling (*mediation*). In Engeland en Duitsland wordt de figuur slechts toegepast voor zuiver bindend advies, terwijl het in ons onderzoek gaat om onzuiver bindend advies.¹²⁴ In België is de rechtsfiguur niet veel in gebruik. In de tweede plaats gaat het om de theoretische onderbouwing van een geheel nieuw idee. Voor zover wij hebben kunnen nagaan,¹²⁵ wordt in andere landen geen gebruik gemaakt van de notariële proces-verbaalakte als executoriale titel binnen private rechtspraak. In veel andere landen is het ambt van de notaris onderdeel van het rechtsbestel, en hebben notariële akten executoriale kracht, maar de toepassing van de proces-verbaalakte binnen de rechtspraak troffen wij niet aan, ook niet bij arbitrage. Het ligt voor de hand dat in andere landen niet wordt stilgestaan bij de mogelijkheid om de notariële akte te gebruiken als *instrument* van (private) rechtspraak, evenmin als dat het geval is geweest in Nederland, omdat de toepassing van de notariële akte altijd is gezien als *substituut* voor de (publieke) rechtspraak (zie § 4.5). Bij gebreke van nadere informatie zullen wij deze kwestie derhalve verder laten rusten.

1.9 VERANTWOORDING, AFBAKENING EN AANNAMES

In deze paragraaf verantwoorden wij het onderwerp, de inhoudelijke en de onderzoekstechnische afbakening van het proefschrift, en de aannames. In § 1.9.1 verantwoorden wij het ontwerp. In § 1.9.2 behandelen wij de inhoudelijke afbakening van het onderzoek. In § 1.9.3 gaan wij in op de onderzoekstechnische afbakening van het onderzoek. In § 1.9.4 zetten wij vier aannames uiteen die aan ons onderzoek ten grondslag liggen.

1.9.1 Verantwoording

De verantwoording voor dit proefschrift is gelegen in (i) de noodzaak van verdere efficiëntie van rechtspraak, (ii) de toegankelijkheid van de rechtspraak en (iii) de modernisering van het rechtsbestel. De publieke rechtspraak wordt door niet-juristen bij alledaagse conflicten vaak als tijdrovend en duur ervaren. De financieel sterkere procespartij verkeert door het ingewikkelde systeem van wet- en regelgeving (d.w.z. het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie, zowel landelijk als regionaal) vaak in een sterkere positie. De sterkere partij heeft de middelen om kennis in te kopen en kennis is macht. Zij doet niet zelden bij herhaling een beroep op de rechter en heeft het voordeel van een netwerk van advocaten, gerechtsdeurwaarders en het totaal van kennis en ervaring met de cultuur en gewoonten binnen de rechtspraak. Zo kan zij gebruik maken van het procesrecht om de andere partij te ontmoedigen, zo niet uit te putten. De dreiging met een juridische procesgang heeft dan ook een afschrikkende werking. Gegeven de schaal

123 Ernste 2012a, p. 11 e.v.

124 Voor het onderscheid zie Ernste 2012a, p. 2 e.v.

125 Wij hebben op het internet via de zoekmachine Google gezocht naar deze specifieke toepassing.

waarop burgers participeren in het economische en rechtsverkeer, is er behoefte aan eenvoudige, weinig ingrijpende civiele procedures, waarbij het middel niet erger is dan de kwaal. Bovendien is er behoefte aan een hoge mate van automatisering (in de ultieme vorm door rechtsprekende computers); daaraan is dan ook het voordeel verbonden van een (absoluut) onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Hier vormt digitalisering van private rechtspraak een verdere waarborg voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.¹²⁶

1.9.2 Inhoudelijke afbakening

Het onderzoek wordt afgebakend door vier keuzes die wij hebben gemaakt.

De eerste keuze is om uit te gaan van een incassogeschil tussen een bedrijf en een consument. Dergelijke incassogeschillen kenmerken zich door een bedrijf als eisende partij, die nakoming vordert van de betalingsverplichting van de gedaagde voor geleverde producten of diensten. Of het incassogeschil beperkt blijft tot een vordering tot nakoming van de verbintenis tot betaling van een geldsom, hangt mede af van het verweer en een eventuele tegenvordering van de gedaagde. Deze geschillen worden daarom formeel niet anders behandeld dan andere geschillen in civiele procedures. De reden om te kiezen voor het incassogeschil is dat dit type geschil het grootste deel vormt van de civiele geschillen met een laag financieel belang. Bovendien kunnen partijen, anders dan bij bijvoorbeeld burenruzies, relatief eenvoudig op voorhand kiezen voor beslechting van het geschil voor een privaat gerecht via algemene voorwaarden.¹²⁷ De eerste keuze impliceert dat de consument als gedaagde wordt betrokken in een procedure over het incassogeschil. Consumenten genieten als kwetsbare groep bijzondere wettelijke bescherming. Het wettelijke regime is voor deze groep derhalve het meest stringent. Indien de notaris bevoegd is om een proces-verbaalakte te passeren in een geschil met consumenten, dan is zijn rol eveneens toegestaan voor andere, minder beschermde categorieën van gedaagden. Het vorenstaande impliceert dat de crediteur zich genoodzaakt ziet om een gerechtelijke procedure aan te spannen teneinde de nakoming af te dwingen. Het gaat derhalve om de verkrijging van een uitspraak in de vorm van een executoriale titel. Het uitgangspunt hierbij vormt het vorderingsrecht van de schuldeiser, neergelegd in artikel 3:296 BW.

De tweede keuze is om de probleemstelling te onderzoeken aan de hand van twee invalshoeken, te weten: analyse, en (beperkt) rechtshistorisch onderzoek. De analyse is degelijk, maar opgemerkt dient te worden dat eerst in 2010 over het onderwerp van de proces-verbaalakte in de zin waarvoor wij de akte gebruiken in dit onderzoek, is geschreven. De beperking in het rechtshistorisch onderzoek is hiermee een gegeven. Wij hebben ons met de kennis die ons ter beschikking staat zo goed mogelijk gekweten van de taak om het innovatieve idee voor de toepassing van de proces-verbaalakte van een wetenschappelijk fundament te voorzien.

¹²⁶ Naar Van den Herik 1991, p. 33; Van Erp en Klein Haarhuis 2006, p. 69 e.v.; De Vey Mestdagh en Van Zuijlen 2012, p. 81-93.

¹²⁷ HR 21 september 2007, *JOL* 2007, 589 en *NJ* 2009, 50. Eventuele complicaties als gevolg van tussentijdse wijziging van algemene voorwaarden laten wij hier verder buiten beschouwing.

De derde keuze is om ons in ons onderzoek te beperken tot rechtspraak. *Negotiation* wordt alleen beperkt behandeld vanwege de aard van de vaststellingsovereenkomst. *Mediation* wordt volledig buiten beschouwing gelaten. De partij-beslissing van artikel 7:900 lid 2 BW kwalificeert evenmin binnen onze definitie van rechtspraak, vanwege het ontbreken van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook de partij-beslissing wordt volledig buiten beschouwing gelaten. Het niet-bindende advies, ten slotte, behandelen wij evenmin in het onderzoek, daar partijen hieraan niet gebonden zijn.

De vierde keuze is onze focus op de notariële proces-verbaalakte en in mindere mate op de partij-akte. Wij zullen niettemin beperkt ingaan op de vastlegging van private uitspraken in een partij-akte. Wij besteden aandacht aan deze figuur, omdat deze voor de praktijk van sommige instituten (zoals het NAI en Stichting TAMARA) van belang zal kunnen zijn. Echter, voor de praktijk van consumententransacties bij lage hoofdsommen is deze benadering onhaalbaar. Immers, het is praktisch gezien bezwaarlijk om voor elke reguliere consumentenkoop een partij-akte te laten opstellen bij de notaris. Dit is vaak overbodig. In de praktijk worden de overeenkomsten meestal nagekomen. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen moet een beroep worden gedaan op de rechter, publiek of privaat, ter beëindiging van het conflict, of voor nakoming van de betalingsverplichting.

1.9.3 Onderzoekstechnische afbakening

Naast de inhoudelijke afbakening is er één onderzoekstechnische afbakening, te weten (i) de IT-aspecten van online conflictbeslechting.

IT-aspecten

Ten slotte vallen veel IT-aspecten (zoals de beveiligde verbinding, rechtsprekende computers, internet governance, het *hacken* van identiteit bij gerechtelijke procedures, *crowd sourced online dispute resolution*, etc.) buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Naar deze aspecten is veel onderzoek verricht.¹²⁸ Wij behandelen evenmin de toepassing van volledig digitale vonnissen, waar geen menselijke rechter meer aan te pas komt.¹²⁹ Wij hebben ook geen onderzoek gedaan naar IT-aspecten bij de implementatie van recente wetgeving over bescherming persoonsgegevens en het wetsvoorstel meldplicht datalekken¹³⁰ en de verschillende manieren van (betrouwbare) digitale ondertekening¹³¹ van bindende adviezen en arbitrale vonnissen. Het internet wordt door ons in het kader van rechtspraak gezien als bevorderende factor van de rechtsgelijkheid en de naleving van de specifieke wetgeving is ons vertrekpunt.

128 Voor *crowdsourced online dispute resolution* verwijzen wij naar Van den Herik en Dimov 2011a en b; Van den Herik en Dimov 2012 a en b. Voorts verwijzen wij in het algemeen naar Du Mortier, Robben en Taeymans 2001; Lodder en Zeleznikow 2009, p. 19-21; Lodder en Zeleznikow 2010; Lodder 2011; Kreijveld 2012. In het kader van e-Court verwijzen wij naar Nakad-Weststrate e.a. 2015a, b en c, Van den Herik 2016.

129 Van den Herik en Oerlemans 2014, Nakad-Weststrate e.a. 2015a; Nakad-Weststrate e.a. 2015b en Nakad-Weststrate e.a. 2015c.

130 Het wetsvoorstel Meldplicht datalekken en uitbreiding bestuurlijke boetebevoegdheid Cbp is op 26 mei 2015 door de Eerste Kamer aangenomen, en per 1 januari 2016 in werking getreden, Staatsblad 2015, 230.

131 Wiersma 2014, Van Aggelen, Van Straalen en Wiersma 2015, Wiersma 2016.

1.9.4 Vier aannames

Aan ons onderzoek liggen voorts een aantal feiten ten grondslag, die zo algemeen zijn dat wij deze zonder meer als onderliggende aanname voor ons onderzoek kwalificeren. Deze algemeenheden hebben derhalve niet voor ons als object van nadere bestudering gegolden en zijn evenmin stellingen die eerst bewezen behoeven te worden. Wij kwalificeren deze feiten van algemene bekendheid eenvoudigweg als aannames. Vanwege het vernieuwende karakter van ons onderzoek menen wij er goed aan te doen om onze vier aannames expliciet te vermelden.

De eerste aanname is dat in het algemeen, maar ook bij een gerechtelijke procedure, een aandeelhoudersvergadering of een veiling, elk aanwezig subject of object en elke gebeurtenis in principe door een natuurlijk persoon kunnen worden waargenomen. Met andere woorden: alles wat een natuurlijk persoon kan zien, kan hij visueel waarnemen en leent zich in beginsel voor visuele waarneming. Zo ook: alles wat kan worden gehoord, kan auditief worden waargenomen. Onze eerste aanname is derhalve: alles wat kan worden gezien en gehoord, kan worden waargenomen. Kortom, bijzondere evenementen, zoals een procedure, aandeelhoudersvergadering of veiling, lenen zich dus voor volledige waarneming. Tegenwoordig wordt de waarnemer ondersteund door sensoren en opnameapparatuur. De waarnemingen kunnen op die manier worden gecontroleerd, hetgeen (helpt) bevestigen wat is waargenomen.

De tweede aanname is dat de notaris die wil (of moet) vaststellen dat de procespartijen een bepaalde wil hadden, daarbij eveneens – evenals de procespartijen, de advocaten, de geschilbeslechter, de arbiter en de publieke rechter en ieder ander – gebonden is aan de wet.

De derde aanname is dat de grosse van de notariële akte die in artikel 430 Rv genoemd wordt als een executoriale titel, *dus* ook in het rechtsverkeer kan worden gebruikt als zodanig en ook wordt gebruikt, ongeacht of dit een partij-akte of een proces-verbaalakte betreft.

De vierde aanname is dat de wetgever al eeuwen geleden de notaris heeft bekleed met de verstrekkende macht van het verlenen van executoriale kracht aan een akte, en hem deze macht – tot op de dag van vandaag – niet heeft afgenomen.

1.10 DE STRUCTUUR VAN HET PROEFSCHRIFT

Nu het onderwerp van het proefschrift is geïntroduceerd, zullen wij hieronder in § 1.10.1 een beknopt overzicht geven van de indeling van de onderwerpen in hoofdstukken. Wij merken daarbij op dat elk hoofdstuk is verdeeld in paragrafen. De paragrafen kunnen zijn verdeeld in subparagrafen. In § 1.10.2 verantwoorden wij de bronvermeldingen.

1.10.1 Structuur en inhoud

In hoofdstuk 1 geven wij een inleiding op het probleemgebied, formuleren wij de probleemstelling en vier onderzoeksvragen. Ook gaan wij in op de terminologie en op de betekenis van het onderzoek. Verder zetten wij de methode van onderzoek uiteen.

In hoofdstuk 2 beschrijven en analyseren wij het juridische kader van bindend advies en arbitrage. Wij analyseren met name het wettelijk stelsel van het procesrecht, als vorm van overheidsdwang. Hierbij is kennis van zowel de regels van het burgerlijk recht als van het burgerlijk procesrecht relevant. Immers, de beantwoording van de probleemstelling dient te passen binnen de context van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In hoofdstuk 3 wordt het juridische kader van de notariële akte beschreven en geanalyseerd. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de notariële proces-verbaalakte. De kennis omtrent de relevante passages van de notariële wet- en regelgeving is noodzakelijk, omdat deze kennis moet worden toegepast binnen een multidisciplinair onderzoek om te komen tot een beantwoording van de probleemstelling die past binnen de context van de Wet op het notarisambt 1999.

In hoofdstuk 4 wordt de eerste onderzoeksvraag behandeld. Het hoofdstuk beschouwt de verschillende relevante vraagstukken in relatie tot de proces-verbaalakte. Het hoofdstuk besluit met het antwoord op de eerste onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 5 komt de tweede onderzoeksvraag aan de orde. Aan de hand daarvan gaan wij in op de partijwil bij de proces-verbaalakte binnen de context van de rechtspraak. Het hoofdstuk besluit met het antwoord op de tweede onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 6 behandelen wij de derde onderzoeksvraag die ziet op de *Belehrungspflicht*. Het hoofdstuk besluit met het antwoord op de derde onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 7 adresseren wij de vierde onderzoeksvraag. Wij onderzoeken in hoeverre sprake is van invloed van *ICT-tools* op de waarneming door de notaris. Het hoofdstuk besluit met het antwoord op de vierde onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 8 komen wij tot een afronding van ons onderzoek. In dit hoofdstuk geven wij een samenvatting van de antwoorden op de onderzoeksvragen. Vervolgens beantwoorden wij de probleemstelling, en trekken wij conclusies op grond van onze bevindingen. Daarna formuleren wij kritiek op het eigen onderzoek. Dit wordt gevolgd door een weerwoord. Wij doen voorts vier aanbevelingen voor toekomstig onderzoek.

1.10.2 Verantwoording van de bronvermeldingen

Dit proefschrift bevat ook een verantwoording van de bronvermeldingen, omdat ons onderzoek de ontwikkeling en onderbouwing van een nieuwe theorie behelst aangaande een nieuwe toepassing van de notariële akte. Vanwege de vernieuwing menen wij dat een nadere verantwoording van de bronvermeldingen wenselijk, zo niet noodzakelijk, is.

In ons onderzoek komen passages voor met weinig tot geen bronvermeldingen, bijvoorbeeld waar sprake is van een vernieuwende zienswijze of een toelichting op basis van praktijkvoorbeelden.

Dit neemt niet weg dat de analyses zijn gebaseerd op hetgeen in de wetgeving, literatuur en jurisprudentie naar voren is gebracht. Wellicht ten overvloede merken wij daarover het volgende op. Waar in ons betoog wordt verwezen naar deze bronnen, dient te allen tijde te worden bedacht dat de uitlatingen in de wetgeving, literatuur en jurisprudentie nooit zijn gedaan met het oog op de toepassing van de notariële akte als instrument binnen de rechtspraak. Men heeft aan die toepassing eenvoudigweg nimmer gedacht (zie § 4.5). Toch kunnen bronvermeldingen niet achterwege blijven. De theorie is immers nog steeds gefundeerd op de betreffende wetgeving, literatuur en jurisprudentie. Bovendien hebben alle bronvermeldingen vanzelfsprekend nog steeds een functie van verantwoording en onderbouwing van de theorie. Het feit dat de wetgever en/of de auteur in kwestie destijds aan genoemde toepassing als zodanig niet hebben gedacht, doet hieraan niet af. Ook het recht is onderwerp van evolutie. De bronvermeldingen mogen onzes inziens dan ook niet ontbreken. Integendeel, zij passen binnen de traditie van rechtsontwikkeling.

2 | PRIVATE RECHTSPRAAK

In § 1.9 hebben wij aangekondigd dat het onderzoek afgebakend wordt door vier keuzes. De eerste gemaakte keuze is om uit te gaan van een incassogeschil tussen een bedrijf en een consument. Wij gebruiken dit geschil als toetssteen, omdat de consument als gedaagde bij private rechtspraak extra bescherming geniet. Of het incassogeschil beperkt blijft tot een incassogeschil of een ander, uitgebreider karakter krijgt, is op voorhand niet duidelijk. Dit hangt mede af van het verweer en een eventuele tegenvordering van de gedaagde. De andere afbakeningskeuzes behoeven geen nadere bespreking.

In dit hoofdstuk beschrijven wij het wettelijke stelsel van private rechtspraak ten aanzien van incassogeschillen. Wij maken daarbij onderscheid op drie niveaus: (i) de wettelijke regeling (systeemniveau), (ii) de organisatie van het instituut voor private rechtspraak (organisatieniveau), en (iii) de afzonderlijke juridische procedures (dossierniveau). In § 2.1 behandelen wij het wettelijke verhaalsrecht van de crediteur. In § 2.2 gaan wij in op de keuze voor een privaats gerecht. In § 2.3 beschrijven wij drie momenten van overheidsdwang bij een juridische procedure rond een incassogeschil. In § 2.4 gaan wij in op de waarborgen van een behoorlijk proces. In § 2.5 worden de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het private gerecht besproken. In § 2.6 onderzoeken wij de marginale toetsing van private vonnissen door de publieke rechter. Wij behandelen in § 2.7 de gelijkstelling van geïnstitutionaliseerd bindend advies en arbitrage. In § 2.8 vermelden wij vijf relevante bevindingen uit hoofdstuk 2.

2.1 HET WETTELIJKE VERHAALSRECHT VAN DE CREDITEUR

In deze paragraaf behandelen wij de wettelijke regeling rond de gerechtelijke procedure, die gebaseerd is op het verhaalsrecht van de crediteur in incassozaken. In § 2.1.1 behandelen wij de nakoming van overeenkomsten. In § 2.1.2 bespreken wij het wettelijke vorderingsrecht van de crediteur bij niet-nakoming. In § 2.1.3 gaan wij in op het wettelijke verhaalsrecht van de crediteur bij niet-nakoming van overeenkomsten.

2.1.1 De nakoming van overeenkomsten

Ons onderwerp van onderzoek, incassogeschillen, ziet op de nakoming van verbintenissen uit overeenkomsten. De wet vereist voor elke rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Bij een overeenkomst, die tot stand komt door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW), kan de wil van elk der partijen worden geconstateerd uit de bepalingen in de schriftelijke overeenkomst. Het uitgangspunt daarbij is de contractsvrijheid. Dit betekent dat het een ieder vrij staat wel of niet een overeenkomst aan te gaan met wie men wil, de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen, deze wel of niet aan een vorm te binden en/of deze aan de bepalingen

van een gekozen recht te onderwerpen.¹³² Eventuele algemene voorwaarden maken hiervan deel uit (artikel 6:231 e.v. BW). De overeenkomst die is opgemaakt als een onderhandse akte heeft tussen partijen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv). Een daarbij behorende nevenovereenkomst zal niet zelden deel uitmaken van de koopovereenkomst op afstand, een vorm van consumentenkoop (artikel 6:230g e.v. BW j^o artikel 156a Rv).¹³³ De wil van partijen blijkt dan uit deze overeenkomst.

Bij consumentenovereenkomsten zal veelal sprake zijn van partijwil in de betekenis dat betrokkene uit vrije wil besluit tot het verrichten van een rechtshandeling. Denk bijvoorbeeld aan de aanschaf van een mobiele telefoon, kleding, een digitale verjaardagskaart of andere gebruiksvoorwerpen. De wet verbindt een aantal rechtsgevolgen aan een rechtsgeldig gesloten overeenkomst. De belangrijkste is de gebondenheid van partijen aan die overeenkomst (artikel 6:248 e.v. BW). De wet bepaalt dat de verbintenissen moeten worden nagekomen.¹³⁴ Dit rechtsgevolg wordt niet alleen verklaard door de contractsvrijheid, maar ook door het vertrouwensbeginsel. Het beginsel brengt mee dat degene die zijn vrijheid heeft aangewend door op een bepaalde manier te handelen (en daarmee zijn wil te verklaren), verantwoordelijk wordt gehouden voor verwachtingen die bij degene die deze verklaring ontvangt, gerechtvaardigd zijn gewekt (vgl. artikel 3:35 en 3:36 BW).¹³⁵

De wet veronderstelt dus de nakoming van de verbintenissen uit een rechtsgeldig gesloten overeenkomst (artikel 6:2 en 6:248 BW). Blijft de nakoming uit, dan heeft de crediteur het recht op schadevergoeding van de debiteur die tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenissen (artikel 6:74 BW).

2.1.2 Het vorderingsrecht van de crediteur bij niet-nakoming

In het geval van een incassogeschil blijft de nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom uit. Dan zal de crediteur zich genoodzaakt zien om een gerechtelijke procedure aan te spannen om de nakoming af te dwingen. Het gaat derhalve om de verkrijging van een uitspraak in de vorm van een executoriale titel.

Het vorderingsrecht van de schuldeiser is een wettelijk recht, neergelegd in artikel 3:296 BW. Het artikel luidt als volgt.

“Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.”

132 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-I), nr. 189-269.

133 Asser/Hijma 2013 (7-I*), nr. 94b.

134 Tenzij een verbintenis is ontstaan, waaraan krachtens wetsbepaling of partijwil de rechtsovereenkomst onthouden wordt (artikel 6:3 BW); Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 42, 43.

135 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 42, 43.

De crediteur moet voldoende belang hebben bij zijn rechtsvordering (artikel 3:303 BW) om een procedure aanhangig te maken. In het algemeen wordt aangenomen dat een crediteur voldoende belang heeft, indien vrijwillige betaling uitblijft en de debiteur in verzuim is (in de regel: na ingebrekestelling).¹³⁶ De crediteur heeft een redelijk belang om deze impasse te doorbreken. Voor het vorderen van buitengerechtelijke kosten is vereist dat de schuldeiser de debiteur na de vervaldatum van de factuur (te weten de dag van het intreden van verzuim, artikel 6:81 BW) eerst kosteloos heeft herinnerd aan zijn betalingsverplichting en daarbij een termijn gunt van 14 dagen (artikel 6:96 lid 6 BW). Aan de inhoud van deze brief worden eisen gesteld.¹³⁷ Deze eerste herinneringsbrief wordt in de praktijk gevolgd door één of meer schriftelijke aanmaningen en vaak één of meer pogingen om telefonisch in contact te treden met de consument in kwestie.¹³⁸

2.1.3 Het verhaalsrecht van de crediteur bij niet-nakoming

Het veroordelende vonnis van de overheidsrechter is van rechtswege afdwingbaar, en daarmee een executoriale titel (ex artikel 3:296 BW j° 430 Rv). De afdwingbaarheid van een gerechtelijke uitspraak is onderdeel van het wettelijk stelsel en vormt een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van het verhaalsrecht door de crediteur (artikel 3:276 BW). Het verhaalsrecht is zelf geen goederenrechtelijk recht. Het is de voor een crediteur aan zijn vorderingsrecht verbonden wettelijke bevoegdheid om zich, bij niet-nakoming door zijn debiteur, door middel van executie op diens goederen te verhalen.¹³⁹ Men zou het zo kunnen formuleren, dat de eiser niet zozeer “wil” procederen in de zin van de “subjectieve wil”, maar dat hij niet anders kan.

De medewerking van de debiteur om een executoriale titel tot stand te brengen, is niet vereist. De debiteur moet het proces ondergaan. Weliswaar heeft de debiteur het recht om zich te verweren tegen de aanspraken van de crediteur, maar indien hij tijdens de procedure verstek laat gaan, verhindert hij daarmee niet dat hij wordt veroordeeld. Hij kan zich niet onttrekken aan een afdwingbare einduitspraak (het verstek volgt uit artikel 139 Rv bij overheidsrechtspraak en artikel 1043a lid 2 Rv bij arbitrage).

De afdwingbaarheid van de einduitspraak in een civiel geschil vormt het wettelijk rechtsgevolg, dat partijen in een civiel conflict op voorhand mogen verwachten van elke vorm van geschilbeslechting. Sterker nog, de gedwongen nakoming (door executie) is het doel van rechtspraak. Het rechtsgevolg van de afdwingbaarheid is daarmee een feit van algemene bekendheid en een “natuurlijke wetmatigheid” binnen de goede trouw die verondersteld wordt bij het aangaan van contracten (zie § 1.1.3, en § 2.6.1-2.6.2).

¹³⁶ Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-III), nr. 384-398.

¹³⁷ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704

¹³⁸ Zie Besluit van 27 maart 2012, houdende regels ter normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten), Staatsblad 2012/141.

¹³⁹ Asser/Mijnssen en De Haan 2006 (3-I), nr. 246; Mijnssen en Van Mierlo 2009, p. 23 e.v.

2.2 DE KEUZE VOOR PRIVATE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf behandelen wij het wettelijk stelsel van de rechtspraak, met inbegrip van het recht van partijen om te kiezen voor private rechtspraak in plaats van publieke rechtspraak. Wij benaderen het wettelijk stelsel als een systeem. In § 2.2.1 gaan wij in op de wettelijke regeling van het bindend advies op hoofdlijnen. Wij bespreken in § 2.2.2 de wettelijke regeling van arbitrage op hoofdlijnen. In § 2.2.3 gaan wij in op artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM in het licht van de keuze voor private rechtspraak. In § 2.2.4 behandelen wij de waarborgen genoemd in artikel 6 EVRM. Wij noemen in § 2.2.5 een (niet in artikel 6 EVRM omschreven) waarborg relevant voor incassogeschillen, te weten de bescherming tegen kostenstapeling. In § 2.2.6 wordt de inhoud van de keuze voor een privaats gerecht besproken op grondslag van bindend advies. Ten slotte behandelen wij in § 2.2.7 de inhoud van deze keuze voor een privaats gerecht in relatie tot de afdwingbaarheid van de einduitspraak.

2.2.1 De wettelijke regeling van bindend advies (artikel 7:900 e.v. BW)

Het bindend advies is in de wet geregeld onder de vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst wordt in de literatuur als volgt gedefinieerd:¹⁴⁰ *“Een vaststellingsovereenkomst is een vormvrije, wederkerige, verbintenisscheppende hulpovereenkomst waarbij partijen zich ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil binden aan een tot een vaststelling leidende beslissing over wat tussen hen rechtens is. Zij aanvaarden daarbij dat deze vaststelling mogelijk afwijkt van wat tussen hen rechtens wás.”*

De vaststellingsovereenkomst is geregeld in boek 7 BW, in slechts 11 artikelen genummerd 7:900 – 7:910. De wettelijke regeling bevat geen regels van procesrecht met twee uitzonderingen, te weten (a) artikel 7:904 BW dat de mogelijkheid biedt tot vernietiging van een bindend advies in geval van schending van de beginselen van behoorlijk procesrecht en (b) bepaalde passages van processuele aard in artikel 7:907 e.v. BW waar een beroep op de publieke rechter wordt vermeld inzake schadevergoeding.

Zoals aangegeven in § 1.1.3 kan een bindend advies ex artikel 7:900 BW afdwingbaar worden gemaakt. Hiervoor is een dagvaardingprocedure vereist bij de publieke rechter, waarbij nakoming wordt gevorderd van de uit het bindend advies voortvloeiende verbintenissen (artikel 3:296 BW jo 7:901 lid 2 BW). De grosse van het vonnis van de publieke rechter is vervolgens afdwingbaar ex artikel 430 Rv.

2.2.2 De wettelijke regeling van arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv)

De wettelijke regeling van arbitrage is neergelegd in Boek 4 Rv, in artikel 1020 – 1077 Rv. Het is een uitgebreide regeling. De wettelijke regeling bevat materiële regels over de overeenkomst tot arbitrage en formele, processuele regels. Er mag worden afgeweken van een groot aantal bepalingen uit de wettelijke regeling. Slechts een beperkt aantal bepalingen is van dwingend recht.¹⁴¹

¹⁴⁰ Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 133.

¹⁴¹ Meijer 2011, p. 27; Meijer en Ernste 2015.

Artikel 1059 lid 1 Rv regelt het gezag van gewijsde van een arbitraal vonnis en luidt: “*Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde met ingang van de dag waarop zij zijn gegeven.*”

Zoals aangegeven in § 1.1.3 kan een arbitraal vonnis als bedoeld in artikel 1049 Rv afdwingbaar worden gemaakt door een verzoekschrift voor het verkrijgen van verlop door de publieke voorzieningenrechter (het “*exequatur*”) volgens artikel 1062 Rv. Het verlop wordt verleend na een (marginale) toetsing. Blijkens artikel 1063 Rv kan de voorzieningenrechter van de rechtbank de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd op een van de gronden genoemd in artikel 1065, eerste lid, of herroepen op een van de gronden genoemd in artikel 1068, eerste lid, dan wel indien in strijd met artikel 1056 een dwangsom is opgelegd. In dit laatste geval betreft de weigering alleen de tenuitvoerlegging van de dwangsom. De grosse van deze beschikking is eveneens een executoriale titel ex artikel 1062 lid 1 jo artikel 430 Rv.

2.2.3 Artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM en de keuze voor private rechtspraak

Artikel 17 Gw bepaalt, dat niemand tegen zijn wil mag worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Dit artikel geeft invulling aan artikel 6 EVRM, dat bepaalt dat een ieder het recht heeft op behandeling van zijn zaak door een rechter die is ingesteld bij wet.¹⁴²

De wet veronderstelt weliswaar de behandeling door de publieke rechter, maar staat toe dat partijen kiezen voor private rechtspraak (artikel 7:900 BW voor het bindend advies, en artikel 1020 Rv voor arbitrage). De keuze moet dan wel (i) ongedwongen of vrijwillig en (ii) ondubbelzinnig gebeuren.¹⁴³ Elke keuze om af te wijken van de publieke rechtspraak wordt derhalve gelegitimeerd door de contractsvrijheid (artikel 6:217 BW), zijnde de wilsovereenstemming tussen partijen.¹⁴⁴ Wij menen in de wettelijke regeling een impliciete veronderstelling te lezen, namelijk dat de publieke rechtspraak de hoogste graad van kwaliteit en/of bescherming biedt aan de procespartijen, en met name aan de kwetsbare procespartij.

Private rechtspraak wordt in de praktijk niet vaak overeengekomen na het ontstaan van een conflict, omdat partijen op dat moment het zelden met elkaar eens worden over alternatieve geschilbeslechting.¹⁴⁵ Bij incassogeschillen met consumenten zal de keuze voor private rechtspraak op

142 Brenninkmeijer 1982, p. 346 e.v.; Akkermans 1988, p. 359 e.v.; Wiarda 1988, p. 413; Sanders 1997; Koekoek (red.) 2000, art. 17 aant. 3, p. 214; Sanders 2001; Van Dijk e.a. 2006, p. 326; Maris 2008, p. 161; Smits 2008, p. 25-30; Barkhuysen, Van Emmerik en Gerards 2009; Snijders 2010a; Snijders 2010b; G.J. Meijer 2011; Ernste 2012a.

143 EHRM, 27 februari 1980, nr. 6903/75 (*Deweert v. Belgium*), par. 48-51; Nolen 1957, p. 250; Van der Grinten 1974, p. 57-58; Heemskerk 1983, p. 226; Ernste 2012a, p. 81.

144 G.J. Meijer 2011, p.35-43.

145 Boer 1990; Van Den Berg, Van Delden en Snijders 1992; Van Zijst 1993, p. 1049 e.v.; Hartlief 1994, p. 7 e.v.; Luttik 1994, p. 259 e.v.; De Vries e.a. 1995, p. 299-300; Bauw en Hartendorp 2005, p. 2304 e.v.; Wessels en Verheij 2010, nr. 18; Barendrecht 2011, p.

grondslag van bindend advies in de regel tot stand komen door een nevenbeding in de algemene voorwaarden. Dit is voordat een conflict dreigt. De algemene voorwaarden maken deel uit van de tussen partijen oorspronkelijk gesloten overeenkomst (artikel 6:217 j° artikel 6:231 BW).

Ook indien de bepaling met de forumkeuze voor een bepaald gerecht in de hoofdovereenkomst zelf is opgenomen, zal het mogelijk zijn dat de bepaling vanwege het algemene en repeterende karakter als algemene voorwaarde kwalificeert. Artikel 6:231 sub a BW stelt het bestemmingscriterium centraal. Het gaat erom of het beding is opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.¹⁴⁶ Het nevenbeding houdt normaliter een regeling in voor geschilbeslechting ten aanzien van toekomstige geschillen. Een dergelijk beding is voor bindend advies en arbitrage rechtsgeldig ex artikel 6:233 BW.

Het beding moet wel voldoen aan het gestelde in artikel 6:236 sub n BW. Dit betekent dat wanneer de eiser schriftelijk een beroep doet op de betreffende clausule, de gedaagde nog een maand lang in de gelegenheid moet worden gesteld om te opteren voor de overheidsrechter. Het kan niet zo zijn dat een gedaagde via algemene voorwaarden als het ware zouden worden ‘gedwongen’ om akkoord te gaan met alternatieve geschilbeslechting.¹⁴⁷ Het spreekt voor zich dat de gedaagde goed geïnformeerd moet worden om die keuze te maken (zie daarvoor § 2.3.1). Al met al is hier een evenwichtige regeling van toepassing, die het midden houdt tussen enerzijds de eis (van het overeenkomstenrecht) dat een gedaagde niet tegen zijn wil van de overheidsrechter mag worden afgehouden en anderzijds het beginsel (van het procesrecht) dat niemand verplicht is om aan zijn eigen veroordeling mee te werken.

In artikel 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces vastgelegd, alsmede de eisen die gesteld mogen worden aan een behoorlijk proces. Aangenomen wordt dat met een keuze voor arbitrage of bindend advies door partijen afstand kan worden gedaan van het recht op toegang als bedoeld in artikel 6 EVRM. Dit geldt ook voor toekomstige geschillen.¹⁴⁸ Over de verhouding tussen artikel 6 EVRM en arbitrage is veel geschreven.¹⁴⁹

M.W. Knigge en Ribbers noemen daarbij twee belangen van een staat bij voldoende controle op arbitrage.¹⁵⁰ Het eerste belang ligt bij toezicht op arbitrage omdat een arbitrale uitspraak, na executie, door middel van overheidsdwang ten uitvoer kan worden gelegd. Een staat zal enkel willen meewerken aan executie indien hij zeker weet dat de totstandkoming van die arbitrale uitspraak met voldoende waarborgen is omkleed. Het tweede belang is dat zijn burgers voldoende toegang hebben tot een vorm van geschilbeslechting die aan een aantal minimumvereisten voldoet. Dit geldt ook in die gevallen waarin partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand

293 e.v.

146 Hijma 2003, p. 16, Asser/Harkamp en Sieburgh (6-III) 2014, nr. 465.

147 HvJ EU, 3 april 2014 (*Sebesteyn*), nr. C-342/13, ECLI: EU:C:2014:1857.

148 G.J. Meijer 2011, p. 49.

149 Zie voor een overzicht van literatuur M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 36, voetnoot 10.

150 M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 41.

hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter. Indien de keuze voor arbitrage zou betekenen dat partijen in feite geen reële mogelijkheid meer hebben om hun geschil te laten beslechten (omdat arbitrage bijvoorbeeld veel te duur is of omdat de procedure oneerlijk verloopt), ontstaat gevaar van eigenrichting. Ook zal een staat soms zwakke partijen in de arbitrageprocedure (zoals consumenten) willen beschermen. Ten slotte zal een staat willen voorkomen dat tijdens de procedure belangen van derden in het gedrang komen. De auteurs concluderen: *“Het belang van staten is dus op verschillende manieren bij arbitrage betrokken. Om deze reden kent de wetgeving van de meeste staten minimumwaarborgen waaraan de arbitrageprocedure moet voldoen, zoals bepalingen met betrekking tot het beginsel van hoor en wederhoor en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters.”*

M.W. Knigge en Ribbers wijzen ook op de andere kant van de medaille. *“Aan de andere kant is het belang van een staat bij arbitrage minder groot dan bij overheidsrechtspraak. Arbitrage wordt niet door de overheid gefinancierd. Ook worden arbitrage-instituten niet door de overheid in het leven geroepen, zodat een gebrek in het functioneren van deze entiteiten niet direct afstraalt op de overheid. Dit kan verklaren dat partijen meer procedurele vrijheid hebben in een (institutionele) arbitrageprocedure dan het geval is bij de overheidsrechter.”*

De Hoge Raad heeft in *Çukurova/Sonera*¹⁵¹ als volgt beslist: *“Aangenomen moet worden dat art. 6 EVRM zich niet ertegen verzet dat partijen een beding overeenkomen waarbij zij op voorhand afstand doen van het recht om een arbitraal vonnis in een geding ten overstaan van de overheidsrechter aan te tasten.”* Zo'n tien maanden later is zijn oordeel over de verenigbaarheid van de uitsluitingsovereenkomst met art. 6 EVRM bevestigd door het EHRM in de zaak *Tabbane*¹⁵². In die zaak achtte het Hof art. 6 EVRM niet geschonden. In de laatste zaak die ging over de verhouding tussen vrijwillige arbitrage en het EVRM. In zijn uitspraak gaat het EHRM niet alleen in op de klacht van Tabbane dat zijn recht op toegang tot een gerecht is geschonden doordat hij geen mogelijkheid heeft gehad een vernietigingsprocedure aanhangig te maken, het Hof behandelt ook de klacht van Tabbane dat de arbitrageprocedure niet eerlijk is verlopen, hetgeen (eveneens) een schending van art. 6 EVRM zou opleveren. Opvallend is echter dat het Hof toch nagaat of de arbitrageprocedure wel eerlijk is verlopen. Het Hof concludeert daarbij dat Tabbane tijdens de arbitrageprocedure niet duidelijk in een nadelige positie is geplaatst ten opzichte van zijn wederpartij zodat van een oneerlijke behandeling geen sprake is.¹⁵³

2.2.4 De waarborgen van artikel 6 EVRM

In het algemeen moet rechtspraak op grond van artikel 6 EVRM voldoen aan een aantal eisen.¹⁵⁴ Deze eisen worden vervolgens vanuit het perspectief van de rechtzoekende gekwalificeerd als waarborgen. Meijer vermeldt: *“Aangenomen wordt inmiddels dat met afstand van het recht op*

151 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1194, NJ 2015/454, m.nt. L. Strikwerda (*Çukurova/Sonera*),

152 EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*).

153 M.W. Knigge en Ribbers 2017, p. 42-43.

154 Meijknecht 2007, p. 38 e.v.; Smits 2008; G.J. Meijer 2011, p. 84 e.v.; Stein/Rueb 2011, p. 19 e.v.

*toegang tot de bij de wet ingestelde gerechten als bedoeld in art. 6 EVRM niet tevens afstand wordt gedaan van alle resterende waarborgen in artikel 6 EVRM.*¹⁵⁵

In artikel 6 EVRM worden de volgende waarborgen genoemd:

1. de eerlijke behandeling van een zaak;
2. de openbare behandeling van een zaak;
3. binnen een redelijke termijn;
4. door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht;
5. met een motivering van de uitspraak.

Dit brengt mee, dat scheidsgerechten – hoewel zij strikt genomen niet rechtstreeks onder de werking van het artikel vallen – aan de eisen van artikel 6 EVRM moeten voldoen, op straffe van vernietigbaarheid van het arbitrale vonnis (artikel 1065 Rv). Voor het bindend advies (artikel 7:904 BW) geldt dit in gelijke mate op de grond van schending van de algemene beginselen van een behoorlijk proces.¹⁵⁶ Met de keuze voor private rechtspraak wordt door een procespartij afstand gedaan van de rechter die de wet hem toekent, maar die keuze mag niet worden uitgelegd met de “impliciete aanvulling” dat een procespartij tevens afstand doet van de overige waarborgen van artikel 6 EVRM. De waarborgen van artikel 6 EVRM zien zowel op de inrichting van een behoorlijk proces (de punten 1, 2, 3, en 5) als op de eisen die aan de organisatie van een privaats gerecht mogen worden gesteld (punt 4). Indien een waarborg als bedoeld in artikel 6 EVRM essentieel is, mag de kern ervan niet worden aangetast.¹⁵⁷

Wij maken twee opmerkingen over de bovenstaande opsomming. Ten eerste merken wij op dat de eis van een behoorlijke oproeping niet expliciet in artikel 6 EVRM vermeld staat. Zonder een behoorlijke oproeping kan echter moeilijk worden gesproken over een eerlijke behandeling van de zaak. Zonder een behoorlijke oproeping is het voor de gedaagde niet kenbaar dat hem gelegenheid wordt geboden zijn positie te verdedigen. Wij achten de oproeping daarmee een onderdeel van een eerlijke behandeling van de zaak. Ten tweede merken wij op dat de eis van behandeling door “de rechter die de wet hem toekent” (vgl. artikel 17 Gw¹⁵⁸) wel in artikel 6 EVRM staat vermeld, maar niet in de bovenstaande opsomming. Bij private rechtspraak hebben partijen nu juist voor een andere rechter gekozen en dus afstand gedaan van de overheidsrechter die de wet hem toekent (§ 2.2.3).

Bij de publieke rechtspraak is de uitspraak openbaar. Het proces verloopt grotendeels schriftelijk.¹⁵⁹ Uitzonderingen zijn mogelijk. Bij strafzaken en familierecht wil de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek nog wel eens worden ontzegd in bijzondere situaties, bijvoorbeeld in het belang van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer

155 G.J. Meijer 2011, p. 75 e.v. en in het bijzonder p. 85-90.

156 G.J. Meijer 2011, p. 73 e.v.; Ernste 2012a, p. 105 e.v.

157 G.J. Meijer 2011, p. 73 – 82; Ernste 2012a, p. 105-179.

158 Brenninkmeijer 1982, p. 346-36; Brenninkmeijer 1987, p. 233; A. Knigge, 1998, p. 13; Sanders 1997, p. 241-243; Maris 2008, p. 161.

159 Broeders e.a. (red.) 2013, p. 64.

de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.¹⁶⁰ Bij private rechtspraak staat de vertrouwelijke behandeling voorop. Aangenomen mag worden dat met de keuze voor arbitrage afstand van het recht op openbare behandeling en uitspraak kan worden gedaan.¹⁶¹

Wij gaan in § 2.4 en § 2.5 nader in op de verschillende waarborgen van artikel 6 EVRM in de zin van eisen die mogen worden gesteld aan de kwaliteit van private rechtspraak.

2.2.5 Twee ontbrekende waarborgen in artikel 6 EVRM

Vanuit het perspectief van consumentenbescherming ontbreken naar ons oordeel in artikel 6 EVRM twee fundamentele waarborgen. Zij worden althans niet expliciet genoemd. Deze waarborgen achten wij van groot belang bij incassogeschillen met consumenten.

De eerste waarborg

De eerste waarborg die *niet* wordt genoemd in artikel 6 EVRM, is de *bescherming tegen kostenstapeling*. In de literatuur treffen wij voornamelijk beschrijvingen aan van de wettelijke tarieven, die mogen worden doorbelast aan de debiteur.¹⁶² Een overzicht van de ontwikkelingen in de praktijk op dit punt is beschreven door Van den Berg-Smit.¹⁶³ Wij zullen het onderwerp kort behandelen. De bescherming tegen kostenstapeling is als het ware de ‘andere kant’ van de medaille binnen de discussie over de toegang tot de rechter. Inderdaad kan voor de eiser de toegang tot de rechter worden bemoeilijkt als gevolg van de hoogte van de griffierechten. Maar de gedaagde kan nog meer last hebben van hoge griffierechten, wanneer hij in rechte wordt betrokken. De kostenveroordeling van de in het ongelijk gestelde partij kan hoog oplopen. Wij noemen vijf soorten kosten uit de kostenveroordeling bij vonnis, te weten: (1) de buitengerechtelijke incassokosten, (2) de rente over de hoofdsom, (3) de kosten van het inleidende exploit, (4) het zogeheten “salaris gemachtigde” (berekend volgens het liquidatietarief), en (5) de kosten van de betekening van het vonnis en andere executiekosten door de gerechtsdeurwaarder (hieronder vallen beslagleggingen, overbetekeningen, alsmede vaste maandelijks in rekening te brengen kosten). Het probleem van de kostenstapeling kan nog groter worden wanneer (i) door dezelfde crediteur opeenvolgende beslagen worden gelegd ten laste van de debiteur, en/of (ii) de debiteur wordt geconfronteerd met een kostenveroordeling jegens meerdere crediteuren.

Consumentenbescherming is onzes inziens daarin gelegen, dat de consument erop mag vertrouwen, dat (i) hij wordt beschermd tegen kostenstapeling vanuit het beginsel dat een crediteur zijn schade dient te beperken, en (ii) geen oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van de zogeheten “a-symmetrie” bij overheidsdwang.¹⁶⁴ De debiteur zou er voorts op moeten kunnen vertrouwen, dat

160 Artikel 6, eerste lid, tweede volzin, van het EVRM.

161 G.J. Meijer 2011, p. 86-87.

162 Van Zanten 2011; Bauw 2011; Boonzaaijer 2012; Engberts 2012.

163 Van den Berg-Smit 2013.

164 Onder a-symmetrie wordt verstaan dat de eisende partij opdracht geeft tot de incassoprocedure via de gerechtsdeurwaarder,

uitsluitend kosten worden doorbelast die strikt noodzakelijk en redelijk zijn. Ten slotte benadrukken wij dat het daarbij te allen tijde zou moeten gaan om kosten die daadwerkelijk zijn gemaakt.

Wanneer we de eerste in artikel 6 EVRM ontbrekende waarborg beschouwen in relatie tot de overheidsrechter, zien wij bij verstekzaken voor de kantonrechter een problematische kwestie. De kostprijs van een verstekzaak (incasso) bij de kantonrechter was in 2013/2014 slechts € 11¹⁶⁵, terwijl de griffierechten in 2014 € 115 (voor hoofdsommen tot € 500) resp. € 462 (voor hoofdsommen boven € 500) bedroegen (zie <https://www.kbvg.nl/4163/griffierechten-2014>). De marge, € 104 resp. € 451, bestaat uit onverklaarbare kosten (geen kosten of 'spookkosten'). Dit betekent dat de consument verplicht wordt om een behoorlijke financiële bijdrage te leveren aan de financiering van de rechtspraak, zonder dat hij hier weet van heeft en zonder dat hem iets wordt gevraagd. Deze gang van zaken is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van consumenten, in het bijzonder de kwetsbare burgers, naar ons oordeel onwenselijk.

In de Nederlandse rechtspraktijk heeft gerechtsdeurwaarder GGN in maart 2017 gewezen op de kostenefficiëntie bij digitale rechtspraak via e-Court.¹⁶⁶ *“Als zorgverzekeraars cliënten die hun premie niet betalen voor de rechter dagen, kost dat mensen met schulden nog eens honderden euro's extra. Digitale arbitrage via e-Court is goedkoper, makkelijker, sneller en leidt tot meer afbetaalde schulden, zo blijkt na 3000 e-Courtzaken die incasso- en deurwaardersbureau GGN voerde.”*

Positieve praktijkervaringen op het gebied van kostenefficiëntie met digitale rechtspraak zijn ook opgedaan in het buitenland. Wij noemen drie voorbeelden uit de publieke rechtspraak.

(1) In India heeft de overheid in 2005 besloten tot een grondige herziening van het gerechtelijke bestel.¹⁶⁷ Daarbij is overwogen: *“Indian Judiciary is in urgent need of re-engineering its processes, optimize the use of its human resources and bring about change management by harnessing the potentiality of the available Information and Communication Technology (ICT) to its fullest extent. The objective of this exercise is to enhance judicial productivity both qualitatively and quantitatively as also make the justice delivery system affordable, accessible, cost effective, transparent and accountable.”* India kent daarbij een National Informatics Centre (NIC). Over het NIC staat het volgende vermeld op de website (<https://www.nic.in/about-us/>): *“NIC was established in 1976, and has since emerged as a “prime builder” of e-Government / e-Governance applications up to the grassroots level as well as a promoter of digital opportunities for sustainable development. NIC, through its ICT Network, “NICNET”, has institutional linkages with all the Ministries /Departments of the Central Government, 36 State Governments/ Union Territories, and about 708 District administrations of India.”* Op de homepage van de website van de Indiase rechtbanken, http://www.ecourts.gov.in/ecourts_home/,

en dat de bij vonnis veroordeelde gedaagde de kosten hiervan moet betalen. Dit begrip ontleen wij aan de Parlementaire Geschiedenis bij de Gerechtsdeurwaarderswet 2001.

165 Kramer, Tillema en Tuil 2014, p. 8.

166 <https://www.ggn.nl/actueel/2017/wanbetaler-zorgpremie-beter-af-met-e-court>.

167 National Policy and Action Plan for Implementation of information and communication technology (ICT) in the Indian Judiciary 2005.

staat het aantal in behandeling genomen zaken vermeld met een specificatie naar het type gerechten. Hierdoor wordt de enorme schaal van het aantal zaken bij de publieke rechtspraak aanstonds duidelijk.

(2) Ook in Zuid-Korea heeft de overheid een systeem van een e-Court voor de publieke rechtspraak gerealiseerd.¹⁶⁸ Dit land was al in de jaren 1980 begonnen met het realiseren van digitale rechtspraak. *“(i) Korea was a pioneer in using electronic features to streamline court processes, launching electronic case management in the mid-1980s. (ii) The electronic case filing system - which allows for electronic filing of civil, commercial, administrative and family-affairs cases and will soon integrate insolvency cases - began operating in 2010, and by June 2013 almost half of civil cases were e-filed. (iii) E-court solutions in Korea mainly encompass features to help judges, facilitate the filing of cases for litigants and inform the public about case outcomes. (iv) Savings from the implementation of e-court systems can be substantial and result from a reduction in the use of paper, the time spent in court, the need for storage space, as well as easier archiving of documents and a general streamlining of processes and services.”*

(3) In de Verenigde Staten bij het small claims court van New Hampshire (eveneens e-Court genaamd) zijn onder meer de volgende positieve efficiency voordelen behaald.¹⁶⁹ *“While we strive to improve what we have in place in small claims and guardianship, preparations are well underway for the next e-filed case type - estates. With e-filing, the time to disposition of small claims cases has been reduced almost 20 percent across the state, guardianship matters are getting processed and scheduled more quickly and we fully expect the time to get administrators appointed in estates will be similarly reduced.”*

De tweede waarborg

De tweede waarborg die *niet* wordt genoemd in artikel 6 EVRM, maar die wij van groot belang achten voor de gedaagde consument, is de bescherming tegen het aantal procedures. Elke procedure brengt immers mee dat de consument die wordt veroordeeld, ook de proceskosten moet voldoen. Uit onderzoek van een gerechtsdeurwaarder is gebleken dat een gemiddeld huishouden ongeveer 14 crediteuren telt¹⁷⁰ (wij noemen als voorbeelden: de zorgverzekeraar, de tandarts, de woningbouwcorporatie (huur) of de bank (hypotheeklasten), de aanbieders van internet- en telefoniediensten, de aanbieders van gas, water en licht). Per crediteur kan er door de jaren heen meer dan eens worden geprocedeerd; denk aan doorlopende abonnementen of verzekeringen, waarvan meerdere maandbetalingen achterstallig raken. Zelfs indien de kosten van procederen verlaagd worden, kan de proceskostenveroordeling van meerdere procedures leiden tot structurele problemen met betaling in een huishouden, en in het uiterste geval: een situatie van langjarige schuldenproblematiek. Door de totale kostenveroordeling komen er (vele) honderden euro's bovenop de kale hoofdsom. Dit

168 Vilquin en Bosio 2014.

169 King 2016.

170 <https://www.flanderijn.nl/nieuws/persberichten/schuldzorg-een-innovatieve-service-voor-credit-management/>.

kan ertoe leiden dat de achterstallige betaling bij één crediteur overgaat op meerdere crediteuren. Vanwege dit risico is voor een consument, zeker de financieel kwetsbare consument, elke juridische procedure er één teveel. De proceskosten, van enkele honderden euro's of meer per procedure, komen bovenop de oorspronkelijke achterstallige betaling van de hoofdsom en moeten door de veroordeelde partij worden gedragen. De proceskosten bestaan onder meer uit de griffierechten. Voor 2017 bedragen de griffierechten van de kantonrechter € 117 resp. € 470 (voor hoofdommen tot € 500 resp. boven € 500); bij e-Court bedragen de griffierechten € 85.

De Raad voor de Rechtspraak publiceert jaarlijks het aantal incassozaken dat nieuw instroomt. Van 2007 tot en met 2016 ging het om de volgende aantallen¹⁷¹:

2007: 444.657

2008: 512.881

2009: 602.633

2010: 622.927

2011: 575.285

2012: 514.894

2013: 475.183

2014: 461.741

2015: 442.939

2016: 427.058

We zien een toename van zaken in de jaren 2007 tot en met 2010, en een lichte afname van 2010 tot en met 2016, gevolgd door een (naar het zich laat aanzien) zeer scherpe daling in 2017. De officiële cijfers voor 2017 zijn nog niet bekend gemaakt, maar het aantal incassozaken lijkt uit te komen op omstreeks 300.000.

Uit een artikel in het Nederlands Dagblad d.d. 28 september 2005¹⁷² blijkt voorts dat het aantal incassozaken in de periode van 1980 tot 2005 was verviervoudigd (1980: ongeveer 100.000 en 2005: ongeveer 400.000 zaken). Hoewel de oorzaken hiervan buiten de reikwijdte van ons onderzoek liggen, lijkt die sterke stijging samen te hangen met (1) de stijging van het gemiddelde aantal crediteuren per huishouden, bijvoorbeeld door de privatisering van ziektekosten en andere nutsvoorzieningen en de opkomst van moderne technologie (aanschaf mobiele telefoons, computers en abonnementen rond toegang tot telefonie-, internetdiensten, etc), (2) de marktwerking van gerechtsdeurwaarders in de wetswijziging van 2001, waardoor gerechtsdeurwaarders niet langer als ambtenaar werden betaald, maar als zelfstandig ondernemer werkzaam werden en gingen concurreren op de incassomarkt, en (3) de landelijke vestiging van de gerechtsdeurwaarder.

Na 2005 hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Zo werd in 2012 aan het grote publiek de mogelijkheid geboden om te investeren in schuldvorderingen, door toelating van de notering

171 Eshuis en Diephuis 2017.

172 Bulkzaken geen gebakken eitjes 2005.

aan de Amsterdamse beurs van een MKB-Obligatie.¹⁷³ De doelstellingen van de notering leidden tot een impuls voor het aantal incassozaken. Het investeringsvoorstel staat daardoor op gespannen voet met de belangen van consumenten om niet in rechte te worden betrokken.¹⁷⁴ De door de toezichthouder op de financiële markten AFM goedgekeurde prospectus dateert van 10 mei 2012. In de verkorte brochure wordt beleggers een hoge “return on investment” in het vooruitzicht gesteld¹⁷⁵:

“Zoekt u naar belegging met vaste rente-inkomsten? Wellicht zijn de 8,00% senior geseceureerde, winstdelende Obligaties CE Credit Management B.V. (“Credit Management”) in euro’s iets voor u. Deze Obligatie keert elk jaar een vaste coupon uit van 8,00%. Aan het einde van de looptijd, in 2017, wordt de nominale waarde (1.000 euro per Obligatie) afgelost.

Daarnaast heeft de Obligatie een winstdelend karakter. De houders van de Obligaties zijn gerechtigd tot 2% Winstrecht per jaar indien en voor zover aan alle gestelde voorwaarden is voldaan. Zie voor meer informatie het hoofdstuk Kenmerken van de Obligatie en het bijbehorende Prospectus.

“(…) De Obligaties zijn gedekt door een zekerheidsrecht, zijnde de aangekochte debiteurenportefeuilles.”

Conclusie subparagraaf

Gezegd kan worden dat de twee ontbrekende waarborgen samenhangen met de inrichting van de maatschappij en niet zozeer met de inrichting van een arbitrale procedure of een procedure op grondslag van bindend advies. Het zijn veeleer omstandigheden die vorm geven aan het ‘systeem’ waarbinnen (gerechtelijke) incasso plaats vindt. Niettemin is onze aanbeveling dat de twee bovengenoemde waarborgen in artikel 6 EVRM worden opgenomen.

2.2.6 De inhoud van de keuze: een private einduitspraak

Bij private rechtspraak beogen partijen een einde aan hun geschil te maken via de tussenkomst van een derde, zijnde de bindend adviseur of het scheidsgerecht. Wij behandelen hierna expliciet het bindend advies, vanwege de ingewikkelde terminologie van artikel 7:900 BW. De volledige tekst van het artikel luidt als volgt.

“1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

173 Beoogd was, zo blijkt uit de berichtgeving, een bedrag van € 15 miljoen op te halen, maar dat is aanvankelijk niet gelukt. In eerste instantie is een bedrag van € 2,5 miljoen aangetrokken. Blijkens het corporate event notice d.d. 28 september 2012 is het aantal verhandelde obligaties per 1 oktober 2012 met bijna de helft verhoogd, zie https://europeanequities.nyx.com/sites/europeanequities.nyx.com/files/AMS_20120928_06233_ALT.pdf. Inmiddels zijn er meerdere voorbeelden bekend.

174 http://www.beleggen.nl/experts/jos_rensen/rendement_gezocht_met_bedrijfsobligaties.asp; <https://europeanequities.nyx.com/nl/content/ce-credit-management-viert-notering-obligatie-op-nyse-alternext>; <http://www.iexprofs.nl/Column/Opinie-Productrecensies/76431/Tijd-voor-uw-eerste-MKB-obligatie.aspx>; http://www.z24.nl/speciaal/testsectie/artikel396078.z24/Vers_geld_voor_het_mkb_veel_plannen_nu_nog_resultaat.html

175 <http://www.oranjevermogensmanagement.nl/wp-content/uploads/2012/06/CE-Credit-Management-MKB-Obligatie-Brochure.pdf>.

- “2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.
- “3. Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.
- “4. Deze titel is niet van toepassing op de overeenkomst van arbitrage.”

Uit de tekst van artikel 7:900 BW blijkt aanstonds dat de wetgever drie verschillende vormen van de vaststellingsovereenkomst onderscheidt. Ten eerste gaat het om de vastlegging van het resultaat na geslaagde schikkingsonderhandelingen tussen partijen (*negotiation*). Ten tweede gaat het om een aan één van de twee partijen opgedragen beslissing (een partij-beslissing). Ten derde gaat het om een beslissing van een derde (het bindend advies).

In de variant van schikkingsonderhandelingen (*negotiation*) komen partijen in hun onderhandelingen tot een voor beiden aanvaardbaar resultaat, het schikkingsresultaat. De inhoud van de schikking wordt door hun beider instemming bepaald. In deze variant wordt de schikking (of vaststelling) neergelegd in een overeenkomst, de vaststellingsovereenkomst. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering hanteert in relatie tot arbitrage het begrip “het vergelijk” voor de schikking als resultaat van partij-onderhandelingen (zie bijvoorbeeld artikel 1069 Rv).

In de literatuur wordt in het algemeen vermeld dat de vaststellingsovereenkomst wordt gezien als “bron van verbintenissen” en dat de beslissing van de bindend adviseur slechts de inhoud ervan bepaalt.¹⁷⁶ Daarentegen wordt ook vermeld dat de beslissing, die geen terugwerkende kracht heeft, bepaalt wat de rechtsverhouding tussen partijen zal zijn en welke verbintenissen ontstaan.¹⁷⁷ Dat laatste impliceert dat juist de beslissing van de bindend adviseur de bron is van de verbintenissen. Deze tegenstelling behoeft nader onderzoek.

Wij staan daarom eerst stil bij de vraag welke verbintenissen voortvloeien uit de vaststellingsovereenkomst. Wij zien hier een opmerkelijk verschil.

- a. De vaststellingsovereenkomst in het geval van een schikking wordt opgemaakt en ondertekend, *nadat* een geschil is gerezen en de partijen na een periode van onderhandelingen overeenstemming hebben bereikt over de inhoud van de vaststelling. Bij de vaststellingsovereenkomst in de betekenis van een schikkingsovereenkomst tussen twee partijen, bevat de vaststellingsovereenkomst derhalve al de vaststelling zijnde de gezamenlijke beslissing van de partijen zelf (zie artikel 7:900 lid 2 BW); het is zelf de bron van verbintenissen. Dit wordt ook genoemd: de indirecte vaststelling.¹⁷⁸

176 Asser/Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 141. Zie ook Ernste 2012a, p. 17-58.

177 Asser/Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 158; Ernste 2012a, p. 67.

178 De vaststellingsovereenkomst is in die situatie precies gelijk aan ‘het vergelijk’ wat partijen tijdens een arbitrageprocedure hebben bereikt. In het laatste geval kunnen partijen verzoeken aan het scheidsrecht om het vergelijk in een arbitraal vonnis vast te leggen ex artikel 1069 lid 1 Rv.

- b. Daarentegen wordt de vaststellingsovereenkomst waarin conflictbeslechting via de weg van het bindend advies is opgenomen, meestal opgemaakt en ondertekend *voordat* enig geschil is gerezen. De vaststellingsovereenkomst is daarmee gelijk aan de overeenkomst tot arbitrage ex 1020 j° 1024 Rv. De verbintenis die uit deze overeenkomst voortvloeit is dat bij geschillen, partijen zich zullen wenden tot de bindend adviseur. Hiermee is de vaststellingsovereenkomst niet meer dan een equivalent van de overeenkomst tot arbitrage (artikel 1020 lid 1 Rv).

In het eerste geval wordt wel gesproken over een directe vaststelling en in het laatstbedoelde geval over een indirecte vaststelling.¹⁷⁹ Van belang bij het bindend advies is dat de partijen (1) hun eigen standpunten hebben verruild voor het enkele oordeel van de derde en (2) zich al bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst hebben verplicht om de vaststelling tot stand te brengen (artikel 7:901 lid 2 BW). Hiermee is de variant van het bindend advies niet wezenlijk anders dan arbitrage in de zin dat de uitspraak bindend is (vergelijk artikel 1059 lid 1 Rv, waaruit de gebondenheid van partijen aan het arbitrale vonnis blijkt). Bovendien wordt door het bindend advies geen ander eindresultaat bereikt dan bij een arbitraal vonnis: in beide gevallen geeft een onafhankelijke derde een beslissing ter beëindiging van het geschil. Door de beslissing ontstaan verbintenissen voor de partijen om de nieuwe rechtstoestand tussen hen tot stand te brengen. Dit laatste vloeit bij bindend advies voort uit artikel 7:901 lid 2 BW. Dit artikel luidt: *“Ieder van de partijen is jegens de andere verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.”* Dit artikel bepaalt dat de partijen jegens elkaar zijn gebonden om de rechtstoestand in overeenstemming te brengen met het bindend advies.

Doordat de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst twee verschillende rechtsfiguren omvat, kan de ingewikkelde formulering over de gebondenheid aan het bindend advies worden verklaard. De wettelijke regeling ziet immers zowel op het vastleggen van een reeds bereikt onderhandelingsresultaat als op de mogelijkheid van bindend advies voor toekomstige geschillen. Had de regeling uitsluitend het bindend advies omvat, dan had de wetgever kunnen volstaan met dezelfde eenvoudige formulering als bij arbitrage (zie § 2.2.2).

Heemskerk heeft in 1983 betoogd dat het zuiver is dat het karakter van de beslissing van de bindend adviseur wordt gelijkgesteld aan een bindend arbitraal vonnis. Wij menen dat deze benadering meer recht doet aan het karakter van het bindend advies.¹⁸⁰ Heemskerk meent voorts dat de overeenkomst-constructie van het bindend advies geheel voorbij gaat aan het feit dat het onzuivere bindend advies op het terrein van de rechtspraak ligt. *“Aldus wordt een overeenkomst gefingeerd waar het in werkelijkheid een vonnis is. Die fictie brengt mee dat aan de beslissing van de derde de rechtsgevolgen van een overeenkomst tussen partijen worden verbonden en niet de rechtsgevolgen van een vonnis. Hetgeen een vonnis is, wordt als contract beschouwd.”*¹⁸¹

179 Luttik 1994, p. 261, Van Heusden 2014.

180 Heemskerk 1983, p. 235-236.

181 Heemskerk 1983, p. 235-236.

Ook advocaat-generaal E.M. Wesseling van Gent heeft in 2005 het karakter van rechtspraak van het bindend advies benadrukt. “*Het onzuivere bindend advies is aldus naar zijn wezen niet te onderscheiden van geschillenbeslechting door arbitrage.*”¹⁸² Wij scharen ons achter deze benadering, die op zichzelf niet afdoet aan het obligatoire karakter van de onderliggende vaststellingsovereenkomst. Immers, nogmaals, voor een arbitraal vonnis geldt ook dat er een overeenkomst van arbitrage (artikel 1020 lid 1 Rv) aan ten grondslag ligt.

Wij sluiten ons derhalve aan bij de opvattingen van Heemskerk en van Wesseling van Gent. Het karakter van rechtspraak is aanwezig en voor onze analyse relevant. Bovendien benadrukken wij, dat het bindend advies, evenals het arbitraal vonnis, wordt gegeven *ter beëindiging* van het geschil. Dit impliceert dat de uit de beslissing voortvloeiende en kenbare verbintenissen zich lenen voor executie. Hiermee is de door ons gesignaleerde tegenstelling opgehelderd.

- a. Het bindend advies, evenals het arbitraal vonnis, is naar onze opvatting de bron van de verbintenissen die in de plaats treedt van de (deels) niet nagekomen verbintenissen uit de oorspronkelijke (hoofd)overeenkomst tussen de partijen; in deze situatie is de vaststellingsovereenkomst waarbij partijen de geschilbeslechting uit handen geven aan een bindend adviseur *niet* de bron van de verbintenissen in deze zin.
- b. De vaststellingsovereenkomst is *wel* de bron van de verbintenissen die in de plaats treedt van de (deels) niet nagekomen verbintenissen uit de oorspronkelijke (hoofd)overeenkomst tussen partijen, maar uitsluitend indien en voor zover de partijen in deze overeenkomst de schikking (of: het vergelijk) vastleggen die het resultaat is van de gevoerde onderhandelingen.

2.2.7 De inhoud van de keuze: afdwingbaarheid

Hierna gaan wij in op de afdwingbaarheid van de uitspraak als onderdeel van de keuze van partijen voor private rechtspraak.

Rechtspraak als instrument voor de beëindiging van een geschil impliceert dat partijen een afdwingbare einduitspraak wensen te verkrijgen. Dat is altijd zo geweest, en zal altijd zo blijven. “*Rechtsvordering zonder uitvoering betekent niets. In de zekerheid, dat gewezen vonnissen zullen worden ten uitvoer gelegd, ligt de kracht van het procesrecht.*”¹⁸³ Het doel van elke juridische procedure, publiek of privaat, is het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak ter beëindiging van het conflict. Daarmee verkrijgt de in het gelijk gestelde procespartij een titel, die ten uitvoer kan worden gelegd.

182 Conclusie bij HR 20 mei 2005, JIN 2005/277, overweging 2.18. In dezelfde zin Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*), nr. 171; Heemskerk 1983, p. 225 – 238; Ernste 2012a, p. 79 e.v.; Wiersma, red. art. 2013.

183 Philips 1880, p. 11.

2.3 OVERHEIDSDWANG BINNEN DE CONTEXT VAN RECHTSPRAAK

Isaac Tobias Philips maakte in 1880 expliciet onderscheid tussen de materiële beslissing (rechtspraak) en de formele afdwingbaarheid ervan (rechtsdwang). Hij kwam daarbij tot de conclusie dat al diegenen die materiële beslissingen geven in rechtsgeschillen, de rechtspraak bedrijven en derhalve kwalificeren als rechters.¹⁸⁴ Tegelijkertijd constateerde hij dat rechterlijke uitspraken zonder afdwingbaarheid geen betekenis hebben.¹⁸⁵ Wij sluiten ons aan bij de opvattingen van Philips, maar gaan hierna dieper in op de elementen van overheidswang binnen de rechtspraak. Wij doen dit omdat het karakter van rechtsdwang is verbonden aan het gehele proces van de rechtspraak. De rechtsdwang is derhalve breder dan de afdwingbaarheid van de einduitspraak.

De eiser is degene die de procedure initieert om de nakoming van de overeenkomst af te dwingen. Het doel, te weten het voeren van de procedure, wordt vervolgens bereikt, ongeacht de vraag of de debiteur hieraan medewerking verleent.¹⁸⁶ Een ieder kan in beginsel als gedaagde in rechte worden betrokken (in de context van een incassogeschil ex artikel 3:296 BW). De subjectieve partijwil van de gedaagde zal er uiteraard op gericht zijn om helemaal niet in rechte te worden betrokken. Die subjectieve wil wordt binnen de dwingende regels van procesvoering echter niet gehonoreerd.

Binnen deze context behandelen wij in § 2.3.1 de oproeping als scheidslijn tussen vrijwilligheid en dwang. In § 2.3.2 gaan wij in op het rechtsgevolg van artikel 6:236 sub n BW. In § 2.3.3 behandelen wij het verstekvonnis in de plaats van de medewerking van de gedaagde.

2.3.1 De oproeping als scheidslijn tussen vrijwilligheid en dwang

De wet bevat rechtsgevolgen voor de gedaagde die weigert, althans: nalaat, om de oproeping voor de procedure in ontvangst te nemen. Bij bindend advies en bij arbitrage is de oproeping via een deurwaardersexploot niet vereist. Wij zullen in ons onderzoek echter uitgaan van de situatie dat het procesreglement de oproeping gelast in de vorm van het uitreiken van het inleidende exploot door de gerechtsdeurwaarder ex artikel 2 lid 1 Gdw. Dit is niet zonder reden. Het voordeel van deze benadering is de rechtszekerheid door de materiële bewijskracht van de ambtsedig opgestelde oproeping. Hiermee is er dwingend bewijs van (a) het feit dat er is opgeroepen, (b) de datum van oproeping en (c) de daarbij verstrekte informatie. Hierdoor is de oproeping voor de notaris een controleerbaar rechtsfeit, in de betekenis van een feit waaraan het objectieve recht een rechtsgevolg koppelt (zie ook § 3.1.3). Volledigheidshalve zij vermeld dat bij de digitale procedure bij de kantonrechter geen verstekvonnis zal worden gewezen in incassozaken, tenzij na een inleidend oproepingsexploot: een digitaal bericht als procesinleiding volstaat niet (artikel 112 lid 2 Rv vereist de oproeping ex artikel 113 Rv). Laat de eiser na om op te roepen per exploot, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard (artikel 112 lid 3 Rv).

184 Philips 1880, p. 14.

185 Philips 1880, p. 11.

186 Uiteraard staat het op voorhand niet vast of een rechter de aanspraken van de crediteur (volledig) zal honoreren. In die zin wordt het doel vanuit het gezichtspunt van de crediteur niet altijd bereikt.

Uit een oogpunt van consumentenbescherming verdient een zorgvuldige oproeping de voorkeur. Daar komt bij dat de gerechtsdeurwaarder de gedaagde identificeert aan de hand van de openbare registers (artikel 1:3 Wet basisregistratie personen jo artikel 2 lid 1 Gerechtsdeurwaarderswet). Het exploit levert daarmee tevens dwingend bewijs op dat aan de juiste persoon een oproeping is uitgebracht.

Treft de gerechtsdeurwaarder niet de gedaagde, maar wel een huisgenoot dan mag hij volgens artikel 46 lid 1 Rv een exploit bij diegene achterlaten. Het weigeren om het exploit aan te nemen van de gerechtsdeurwaarder, verhindert niet dat het exploit rechtsgeldig wordt uitgebracht (artikel 46 lid 3 Rv). De gerechtsdeurwaarder vermeldt in dat geval eenvoudigweg de weigering op het exploit. Vervolgens laat hij ter plekke een exemplaar achter via de brievenbus en stuurt een kopie na per aangetekende post. De wet bepaalt dat degene voor wie het exploit is bestemd, door deze werkwijze geacht wordt het afschrift in persoon te hebben ontvangen. Voor het geval niemand thuis is om het exploit in ontvangst te nemen, geldt eenzelfde regeling (artikel 47 Rv). De wet bepaalt derhalve dat de gedaagde op het moment van het inleidende exploit over een drempel wordt getrokken, waarbij hij de sfeer van vrijwilligheid verlaat en in het domein van overheidsdwang terecht komt.

2.3.2 Het rechtsgevolg van artikel 6:236 sub n BW van de objectivering van de partijwil

De wet bevat verder een rechtsgevolg wanneer de gedaagde weigert of nalaat te reageren in de aanloop naar de procedure ten overstaan van de bindend adviseur of het scheidsgerecht. De keuze voor private rechtspraak wordt in geval van consumentenovereenkomsten aangemerkt als onredelijk bezwarend, en is daarmee geplaatst op de zogeheten “zwarte lijst” van artikel 6:236 sub n BW. Een dergelijke keuze is vernietigbaar, tenzij aan de consument een termijn voor herroeping van het beding wordt gegund. Het artikel luidt als volgt.

“Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen;”

Wij bezien hierna het schriftelijke beroep op het beding zoals bedoeld in artikel 6:236 sub n BW vanuit de aanname dat dit via het oproepingsexploit van de gerechtsdeurwaarder wordt gedaan, en dus niet bij een eerdere gelegenheid (bijvoorbeeld in een aanmaningsbrief). Het voordeel van die aanpak is de dwingende bewijskracht van het exploit (ex artikel 157 lid 1 Rv), waardoor de bindend adviseur of het scheidsgerecht in de procedure kan vaststellen (1) op welke datum door de eisende partij het schriftelijke beroep op het beding is gedaan, en (2) wanneer de termijn is

verstreken waarbinnen de gedaagde ervoor had kunnen kiezen om het geschil te laten beslechten door de overheidsrechter.

De keuzevrijheid van de gedaagde is beperkt, namelijk tot de keuze van een procedure bij ofwel de private rechter ofwel de overheidsrechter. Wanneer de gedaagde binnen de gestelde termijn zijn voorkeur uitspreekt voor behandeling door de overheidsrechter, is het private gerecht niet langer bevoegd om het geschil te behandelen. *A-contrario* leiden wij daarom af dat in de situatie dat de periode ongebruikt is verstreken, de keuze voor het private gerecht daarmee onherroepelijk en onomkeerbaar is komen vast te staan. Partijen kunnen daarna alleen nog in gezamenlijk overleg een nieuw bevoegd gerecht aanwijzen voor het gerezen geschil.¹⁸⁷ Het vorenstaande laat uiteraard onverlet dat er – achteraf - andere gronden kunnen zijn waardoor een uitspraak van een privaats gerecht toch geen stand zal houden (zie § 2.6). Echter, tot dat moment staat de bevoegdheid (van ofwel het private gerecht ofwel de overheidsrechter) reeds vast.

Het wetsartikel heeft derhalve ten eerste de functie van consumentenbescherming, omdat de consument niet tegen zijn wil mag worden afgehouden van de publieke rechter (zie § 2.2.3). Het wetsartikel heeft ten tweede een functie van rechtszekerheid, omdat het een ordenend en dwingend karakter heeft ter zake van het bevoegde gerecht. In relatie tot de partijwil zou men aan de ene kant kunnen betogen dat de wil van de gedaagde na ommekomst van de wettelijke termijn van een maand irrelevant is verklaard. Aan de andere kant zou men kunnen betogen dat de partijwil van de gedaagde als het ware wordt geobjectiveerd. Daarmee bedoelen wij dat de partijwil via de toepassing van art. 6:236 (n) BW objectief komt vast te staan of, anders geformuleerd, objectief “vaststelbaar” is geworden. Beide interpretaties achten wij verdedigbaar. Immers, indien en voor zover de subjectieve wil van de gedaagde om te procederen bij de kantonrechter ná het verstrijken van de wettelijke termijn van een maand zou herleven, en de zaak alsnog aanhangig wordt gemaakt bij de overheidsrechter, dan zal de overheidsrechter die partijen in beginsel niet-ontvankelijk behoren te verklaren.¹⁸⁸

Het rechtsgevolg is dat de bevoegdheid van het private gerecht ontstaat, of anders gezegd, dat de partijwil wordt geobjectiveerd. Dit rechtsgevolg ontstaat door het enkele verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Het is daarmee een rechtsfeit. Wij menen dat het een bloot rechtsfeit betreft. Immers, het rechtsgevolg vereist geen menselijk handelen (zie ook § 3.1.3). De bevoegdheid van het private gerecht volgt uit het achterwege blijven van menselijk handelen binnen de wettelijke termijn.

Wij wijzen hierbij mede op de verklaring van de staatssecretaris over de beperkte keuzevrijheid en de toepassing van de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Wij tekenen aan dat artikel 6:236 sub n BW op dat moment nog niet rechtstreeks van toepassing was op arbitrage, maar dat de toepas-

187 Ernste 2012a, p. 45-47.

188 Ervan uitgaande dat een beroep op niet-ontvankelijkheid als principaal verweer wordt aangevoerd, zie Ernste 2012, p. 45.

sing ervan in het procesreglement van e-Court al wel was opgenomen. De staatssecretaris gaf het volgende antwoord op Kamervraag 4 (zie *Handelingen II* 2013/2014, 292, p. 2).¹⁸⁹

“Vraag 4

“Wat is uw oordeel over de wijze waarop e-Court als enige de arbiters kan aanstellen? Denkt u dat de gedaagde partij hier vooraf voldoende over is geïnformeerd om te kunnen zeggen dat overeenstemming is bereikt? Zo ja, op welke wijze? Zo nee, welke maatregelen gaat u hiertegen nemen?”

“Antwoord 4

“Ingevolge art. 1027 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden de arbiter of arbiters benoemd op de wijze zoals partijen zijn overeengekomen. Partijen kunnen de benoeming onder meer overeenkomen door het van toepassing verklaren van een arbitragereglement. In dit arbitragereglement kan worden opgenomen dat de benoeming wordt overgelaten aan een derde, zoals het arbitrage-instituut. De wijze van benoeming bij arbitrages bij e-Court is geregeld in het reglement van e-Court. Een gedaagde kan via dit reglement (waarnaar in een overeenkomst moet zijn verwezen) bekend zijn met de wijze van benoeming door e-Court.

“Zoals bij het antwoord op vraag 3 aangegeven heeft de gedaagde blijkens het reglement van e-Court nog een maand de tijd om alsnog voor de overheidsrechter te kiezen wanneer deze geen arbitrage wil. (...)”

De staatssecretaris wijst in de laatste alinea expliciet op de mogelijkheid om te kiezen voor de overheidsrechter vanuit de wil van de gedaagde.

Het vorenstaande laat onverlet dat de procespartijen ook na het ongebruikt verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW de toegang tot de overheidsrechter behouden voor de eventuele vernietiging van de uitspraak of herroeping van een arbitraal vonnis (zie voor de rechterlijke toetsing § 2.6).

2.3.3 Het verstekvonnis in de plaats van de medewerking van de gedaagde

De wet bevat eveneens een rechtsgevolg voor de gedaagde die weigert, althans: nalaat, medewerking te verlenen gedurende het proces. Tegen de gedaagde die niet verschijnt, wordt verstek verleend. De publieke rechter is daartoe bevoegd ex artikel 111 lid 2 Rv jo artikel 139 Rv. Bij arbitrage geldt artikel 1043a lid 2 Rv. Voor een bindend adviesprocedure dient, bij gebreke van wettelijke bepalingen, het verstek te worden geregeld in het procesreglement.

Ook het verstekvonnis onderstreept het karakter van rechtsdwang verbonden aan het gehele proces van de rechtspraak.

Wij hebben met de voorbeelden (gegeven in § 2.3.1 tot en met § 2.3.4) willen illustreren dat de rechtsdwang verder gaat dan slechts de executoriale kracht die verbonden kan worden aan de einduitspraak. De dwang geldt (a) vanaf het moment van uitbrengen van de dagvaarding, door de

¹⁸⁹ *Handelingen II* 2013/14, 292, p. 2.

wettelijke fictie dat het exploit de gedaagde bereikt (§ 2.3.1), (b) in de aanloop naar de procedure door de objectivering van de partijwil bij de keuze voor een privaas gerecht via artikel 6:236 sub n BW (§ 2.3.2), en (c) tijdens de procedure voor de gedaagde die elke medewerking achterwege laat in de vorm van het verstekvonnis (§ 2.3.3).

2.4 DE WAARBORGEN VAN EEN BEHOORLIJK PROCES

In deze paragraaf gaan wij in op de waarborgen van een behoorlijk proces zoals die worden gesteld in artikel 6 EVRM. Wij noemen dit de waarborgen op dossierniveau, omdat deze waarborgen primair zien op de procesvoering in een concreet geval. In § 2.4.1 gaan wij in op de waarborgen op dossierniveau. In § 2.4.2 noemen wij de eisen die door de ADR-richtlijn worden gesteld aan een behoorlijk proces. Wij geven in § 2.4.3 onze eigen opvatting over het risico op dossierniveau.

2.4.1 *De inrichting van een behoorlijk proces*

Wij zullen in ons onderzoek uitgaan van de aanname dat de procesgang van een privaas gerecht zal bestaan uit twee schriftelijke rondes voor hoor en wederhoor, eventueel gevolgd door een zitting. Daarna wordt uitspraak gedaan en deze uitspraak wordt gemotiveerd. De gelijke behandeling van de procespartijen staat daarbij voorop. Hiermee moet in alle objectiviteit worden aangenomen dat de procesgang voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM van een eerlijke behandeling van de zaak, binnen een redelijke termijn, en van een gemotiveerde uitspraak (zie ook § 2.2.4).

2.4.2 *Eisen aan het proces in de ADR-richtlijn*

De ADR-richtlijn¹⁹⁰ bevat concrete handvatten voor de eisen die aan een proces mogen worden gesteld. Het doel van de richtlijn is door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen tot de goede werking van de interne markt, door te verzekeren dat consumenten op vrijwillige basis klachten tegen ondernemers kunnen voorleggen aan entiteiten die onafhankelijke, onpartijdige, transparante, doeltreffende, snelle en billijke procedures voor alternatieve geschillenbeslechting aanbieden (artikel 1). De richtlijn geeft daarmee een zekere mate van ‘comfort’ over de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de organisatie van een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting om te kunnen spreken van een hoog niveau van consumentenbescherming. De richtlijn is strikt genomen niet van toepassing op door een ondernemer tegen een consument ingeleide procedures (artikel 2 lid 2 sub g van de ADR-richtlijn), maar wij achten de eisen niettemin relevant zolang het gaat om private gerechten die consumentengeschillen behandelen. Wij zullen de eisen – die concreet zijn en in hoge mate voor zichzelf spreken – dan ook niet inhoudelijk behandelen, maar uitsluitend noemen. De richtlijn bevat instructies aan de lidstaten, maar wij zullen deze hieronder vertalen naar eisen die aan een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting met consumenten mogen worden gesteld.¹⁹¹

190 RICHTLIJN 2013/11/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG

191 Zie voor de ADR-richtlijn Velicogna, Errera en Derlange 2013, p. 38 e.v.; Barrot 2008; Cauffman, Faure en Hartlief 2010; Kallinikos 2009; Koop, Prins en Hijmans 2000; Krans 2010; Alternatieve geschillenbeslechting in de EU 2012; Ernste 2013, Verhage

Artikel 8 van de ADR-richtlijn vereist dat ADR-procedures doeltreffend zijn, en dienen te voldoen aan de volgende vereisten:

- a) de ADR-procedure is zowel online als offline beschikbaar en gemakkelijk toegankelijk voor beide partijen, ongeacht de plaats waar de partijen zich bevinden;
- b) de partijen hebben toegang tot de procedure zonder verplicht te zijn van een advocaat of een juridisch adviseur gebruik te maken, maar de procedure ontnemt de partijen niet het recht om in enig stadium van de procedure onafhankelijk advies in te winnen of zich door een derde te laten vertegenwoordigen of te laten bijstaan;
- c) de ADR-procedure is voor consumenten kosteloos of tegen een geringe vergoeding beschikbaar;
- d) de ADR-entiteit die een klacht heeft ontvangen, brengt de partijen bij het geschil op de hoogte zodra zij alle documenten met de relevante informatie over de klacht heeft ontvangen;
- e) de uitkomst van de ADR-procedure wordt beschikbaar gesteld binnen een termijn van 90 kalenderdagen vanaf de datum waarop de ADR-entiteit het volledige dossier van de klacht heeft ontvangen. In het geval van zeer complexe geschillen kan de met de klacht belaste ADR-entiteit de termijn van 90 kalenderdagen naar eigen goeddunken verlengen. De partijen worden van elke verlenging van die termijn op de hoogte gesteld, alsmede van de tijd die nodig wordt geacht om het geschil te kunnen beëindigen.

Artikel 9 van de ADR-richtlijn bepaalt in lid 1 dat in ADR-procedures:

- a) de partijen de mogelijkheid hebben om, binnen een redelijke termijn, hun standpunt kenbaar te maken, door de ADR-entiteit in kennis te worden gesteld van alle argumenten, bewijsstukken, documenten en feiten die door de andere partij naar voren worden gebracht, alsmede van eventuele door deskundigen afgelegde verklaringen en ingenomen standpunten, en om daarop te reageren;
- b) de partijen ervan in kennis worden gesteld dat zij niet verplicht zijn gebruik te maken van een advocaat of juridisch adviseur maar dat zij in elk stadium van de procedure onafhankelijk advies kunnen inwinnen of zich door een derde kunnen laten vertegenwoordigen of laten bijstaan;
- c) de partijen schriftelijk of op een duurzame gegevensdrager van de uitkomst van de ADR-procedure in kennis worden gesteld, alsmede van de redenen waarop de uitkomst is gebaseerd.

In lid 2 is bepaald dat in ADR-procedures die zijn gericht op beslechting van het geschil door het voorstellen van een oplossing:

- a) de partijen de mogelijkheid hebben zich in elk stadium uit de procedure terug te trekken, indien zij ontevreden zijn over de wijze waarop de procedure verloopt of gevoerd wordt. Zij worden voor de aanvang van de procedure van dit recht in kennis gesteld. Indien bij nationale regels is bepaald dat de ondernemer verplicht is deel te nemen aan ADR-procedures, is dit punt alleen van toepassing op de consument;

- b) de partijen, alvorens met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven, erover worden geïnformeerd dat:
 - i) zij de keuze hebben om al dan niet met de voorgestelde oplossing in te stemmen of er gevolg aan te geven;
 - ii) deelname aan de procedure de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden onverlet laat;
 - iii) de voorgestelde oplossing kan verschillen van een door een rechter aan de hand van wettelijke regels bepaalde uitkomst;
- c) de partijen, voordat zij met een voorgestelde oplossing instemmen of er gevolg aan geven, worden geïnformeerd over de rechtsgevolgen van het instemmen met of gevolg geven aan die voorgestelde oplossing;
- d) de partijen, alvorens met een voorgestelde oplossing of minnelijke schikking in te stemmen, voldoende tijd ter beschikking wordt gesteld om over het voorstel na te denken.

Artikel 9 lid 3 bepaalt dat indien ADR-procedures er overeenkomstig het nationale recht in voorzien dat de uitkomst ervan bindend is voor de ondernemer zodra de consument de voorgestelde oplossing heeft aanvaard, artikel 9, lid 2 geacht wordt alleen van toepassing te zijn op de consument.

In artikel 10 lid 1 van de ADR-richtlijn is bepaald dat een overeenkomst tussen een consument en een ondernemer om geschillen voor te leggen aan een ADR-entiteit niet bindend is voor de consument indien de overeenkomst vóór het ontstaan van het geschil is gesloten en tot gevolg heeft dat de consument het recht wordt ontnomen zich voor de beslechting van het geschil tot de rechter te wenden. In artikel 10 lid 2 is bepaald dat ADR-procedures die erop gericht zijn een geschil te beslechten door het opleggen van een oplossing, deze oplossing de partijen slechts kan binden indien zij vooraf op de hoogte zijn gesteld van het bindende karakter ervan en hiermee uitdrukkelijk hebben ingestemd. Specifieke aanvaarding door de ondernemer is niet noodzakelijk indien bij nationale regels is bepaald dat oplossingen bindend zijn voor ondernemers.

Artikel 11 lid 1 van de ADR-richtlijn vereist dat in ADR-procedures die erop gericht zijn het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen:

- a) wanneer er geen collisie is, de opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument en de ondernemer hun gewone verblijfplaats hebben;
- b) wanneer er geen collisie is en het op de verkoop- of dienstenovereenkomst toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 6, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 593/2008, de door de ADR-entiteit opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken op grond van het recht van de lidstaat waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft;

c) wanneer er geen collisie is en het op de verkoop- of dienstenovereenkomst toepasselijke recht wordt bepaald overeenkomstig artikel 5, leden 1 tot en met 3, van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, de door de ADR-entiteit opgelegde oplossing er niet toe leidt dat voor de consument de bescherming wegvalt van de dwingende bepalingen betreffende contractuele verplichtingen van het recht van de lidstaat waarin hij zijn gewone verblijfplaats heeft.

Op grond van artikel 11 lid 2 moet voor de toepassing van dit artikel de „gewone verblijfplaats” worden bepaald.

2.4.3 Eigen opvatting over de waarborgen van een behoorlijk proces

Wij menen dat het op grond van de wet- en regelgeving – mede aan de hand van de concrete handvatten die in de ADR-richtlijn worden geboden – voor een notaris mogelijk is om vast te stellen in hoeverre er sprake is van een proces, dat voldoet aan de beginselen van een behoorlijk proces (zie ook § 2.2.4). Een eenvoudige, overzichtelijke procesgang in begrijpelijke taal werkt de gelijkwaardigheid van de procespartijen in de hand en bevordert gelijkheid in kennis. Het feit dat een bindend adviseur of een scheidsgerecht in elke plaats zittingen mag houden en daarbij rekening houdt met de woonplaats van partijen (en in het bijzonder van de gedaagde consument) draagt bij aan de laagdrempeligheid.

2.5 ONAFHANKELIJKHEID, ONPARTIJDIGHEID EN DESKUNDIGHEID

Naast de kwaliteit van de procesgang zijn er integriteits- en kwaliteitseisen te stellen aan het private gerecht op grond van artikel 6 EVRM. Wij noemen dit daarom de waarborgen op organisatieniveau, omdat dit aspect een individueel procesdossier overstijgt. Onder integriteitseisen verstaan wij eisen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Onder kwaliteitseisen verstaan wij eisen aan de deskundigheid. Hierna gaan wij in § 2.5.1 in op deze aspecten als waarborgen op organisatieniveau. Wij noemen in § 2.5.2 de eisen die in de ADR-richtlijn worden gesteld. In § 2.5.3 geven wij onze eigen opvatting over de eisen op organisatieniveau.

2.5.1 De eisen aan onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid

Artikel 6 EVRM stelt de eis dat een gerecht onafhankelijk en onpartijdig is. In het algemeen wordt aangenomen dat ook private rechters aan deze kwaliteitseisen moeten voldoen (zie ook § 2.2.3-2.2.4).¹⁹²

Snijders meldt dat het beginsel van de onafhankelijkheid vele facetten kent, met name naar gelang de vraag ten opzichte van wie de rechter onafhankelijk dient te zijn.¹⁹³ Wij laten voor het onderzoek de onafhankelijkheid binnen de Trias Politica buiten beschouwing, omdat de private gerechten

¹⁹² Ernste 2012a, p. 105-179, Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 433.

¹⁹³ Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 39-40.

niet rechtstreeks geraakt worden door deze dynamiek. Wij richten ons op de onafhankelijkheid ten opzichte van de procespartijen. Snijders vermeldt hierover, dat deze onafhankelijkheid ook geduid wordt als onpartijdigheid. Dit vergt objectiviteit, afwezigheid van vooringenomenheid en een zekere afstandelijkheid bij de behandelingen. Verder noemt Snijders dat rechters verplicht zijn zich te onthouden van handelingen waardoor die onpartijdigheid in gevaar kan komen. De rechter dient ook enige afstandelijkheid te hebben tot ongefundeerde stemmingmakerij en ongenueanceerde opvattingen die onder invloed van emoties in de maatschappij tot stand zijn gekomen.

In deze paragraaf bespreken wij welke maatregelen naar ons oordeel kunnen worden getroffen ter bevordering van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid (integriteit) en verder ten aanzien van de deskundigheid (de juridisch inhoudelijke kwaliteit), binnen de context van incassogeschillen.

Wat betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zullen de volgende maatregelen in positieve zin kunnen bijdragen aan hoogwaardige private rechtspraak. Ten eerste dient een privaats gerecht niet – direct of indirect – gefinancierd worden door degenen die belang hebben bij de vonnissen (grote opdrachtgevers uit het bedrijfsleven, brancheverenigingen of de incassobranche).¹⁹⁴ Ten tweede dienen de griffierechten als voorschot te worden betaald, zodat er door de private rechter in financiële vrijheid recht kan worden gesproken, evenals dit het geval is bij de publieke rechter.¹⁹⁵ Ten derde dient de model verwijzingsclausule voor algemene voorwaarden facultatief te zijn, en dus niet exclusief. Dit betekent dat geschillen *kunnen* worden voorgelegd, maar niet dat alle geschillen *moeten* worden voorgelegd aan het private gerecht. Hierdoor wordt de afstand tot de eisende partij bewaakt. Ten vierde dienen geen bedrijfsjuristen of experts uit de eigen organisatie of branche van de eisende partijen tot geschilbeslechter te worden benoemd, maar dienen geschilbeslechters juist van de procespartijen onafhankelijke beroepsbeoefenaren te zijn. Ten vijfde dienen geschilbeslechters aan een gedragscode gebonden te zijn vergelijkbaar met de “leidraad onafhankelijkheid” voor overheidsrechters.¹⁹⁶ Ten zesde dient het procesreglement te voorzien in de mogelijkheid tot wraking.¹⁹⁷

Door de gesprekken met de kandidaat in kwestie, endoor gerichte vragen aan referenten kan de geschiktheid van een kandidaat op integriteitsaspecten expliciet worden beoordeeld.¹⁹⁸ Daarbij kan met name worden onderzocht in hoeverre de kandidaat in staat kan worden geacht om

194 Overigens behoeft de financiering op zichzelf niet tot de conclusie te leiden dat een onafhankelijkheidsstatuut niet zou kunnen werken, zoals de Stichting geschillencommissie ook heeft bewezen. Zie verder Wefers Bettink 2013, Nakad 2014, Wefers Bettink 2014.

195 Anders dan in de advocatuur is het bij private rechtspraak niet relevant welke procespartij de zaak aanhangig maakt en de griffierechten betaalt. Het gerecht dient niet het belang van één van de partijen, maar wordt aangezocht om onafhankelijk en onpartijdig te oordelen. Het oordeel kan achteraf (marginaal) worden getoetst. Zie Wefers Bettink 2013 en 2014 en Nakad-Weststrate 2014.

196 De gedragscode voor geschilbeslechters bij e-Court is gepubliceerd op www.e-court.nl.

197 *Handelingen II* 2013/14, 292, p. 2.

198 Zie voor de werving- en selectieprocedure en –criteria: www.e-court.nl.

vroegtijdig belangenconflicten te signaleren en hiernaar te handelen, om zijn onpartijdigheid te bewaken.

Wat de deskundigheid betreft dienen eisen te worden gesteld aan de opleiding van geschilbeslechters. Aan de arbiter worden in de wet geen speciale opleidingseisen gesteld; hij hoeft ook geen jurist te zijn. Elke handelingsbekwame, natuurlijke persoon komt in aanmerking als arbiter (artikel 1023 Rv). Voor geïnstitutionaliseerde private rechtspraak kan worden verlangd dat de arbiter de titel Master/meester in de rechten moet hebben behaald, eventueel in combinatie met een te stellen minimum aantal jaren relevante werkervaring. De werving en selectieprocedure dient gericht te zijn op een zorgvuldig onderzoek omtrent de geschiktheid van de kandidaat in juridisch inhoudelijke zin en naar zijn vermogen tot onafhankelijk en onpartijdig oordelen.

Met dergelijke maatregelen voldoet een privaat gerecht aan wat redelijkerwijs zou kunnen worden verlangd om de kwaliteit en integriteit van de organisatie te waarborgen.

Daarnaast heeft bijvoorbeeld e-Court van meet af aan (januari 2010) een onafhankelijke raad van toezicht ingesteld, welke raad statutair is verankerd (artikel 9 van de statuten). Ook op de website van het NAI staan per 1 januari 2015 de leden vermeld van een Raad van Advies en Toezicht. Dergelijke raden kunnen door steekproefsgewijze controles een repressief organisatie- en dossiertoezicht uitoefenen.

2.5.2 Eisen aan de organisatie in de ADR-richtlijn

De ADR-richtlijn¹⁹⁹ bevat concrete handvatten voor de organisatie van een privaat gerecht.

Wij benadrukken hetgeen wij hiervoor (zie § 2.4.2) hebben vermeld, namelijk dat het doel van de richtlijn is door de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming bij te dragen tot de goede werking van de interne markt, door te verzekeren dat consumenten op vrijwillige basis klachten tegen ondernemers kunnen voorleggen aan entiteiten die onafhankelijke, onpartijdige, transparante, doeltreffende, snelle en billijke procedures voor alternatieve geschillenbeslechting aanbieden (artikel 1). De richtlijn geeft daarmee een zekere mate van ‘comfort’ over de vraag welke eisen gesteld moeten worden aan de organisatie van een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting om te kunnen spreken van een hoog niveau van consumentenbescherming. De richtlijn is strikt genomen niet van toepassing op door een ondernemer tegen een consument ingeleide procedures (artikel 2 lid 2 sub g van de ADR-richtlijn), maar wij achten de eisen niet-temin relevant zolang het gaat om private gerechten die consumentengeschillen behandelen. Wij zullen de eisen – die concreet zijn en in hoge mate voor zichzelf spreken – dan ook niet inhoudelijk behandelen, maar uitsluitend noemen. De richtlijn bevat instructies aan de lidstaten,

199 RICHTLIJN 2013/11/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG

maar wij zullen deze hieronder vertalen naar eisen die aan een instituut voor alternatieve geschillenbeslechting met consumenten mogen worden gesteld.²⁰⁰

Artikel 6 van de ADR-richtlijn ziet op “Deskundigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid”. In lid 1 wordt bepaald dat de met ADR belaste natuurlijke personen over de noodzakelijke deskundigheid dienen te beschikken en onafhankelijk en onpartijdig dienen te zijn. Dit moet worden gewaarborgd door ervoor te zorgen dat die personen:

- a) over de noodzakelijke kennis en vaardigheden op het gebied van alternatieve of gerechtelijke beslechting van consumentengeschillen beschikken, alsmede over een algemeen begrip van het recht;
- b) worden aangewezen voor een ambtstermijn die voldoende lang is om de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren en niet zonder geldige reden van hun taken kunnen worden ontheven;
- c) niet gehouden zijn instructies van een van beide partijen of hun vertegenwoordigers aan te nemen;
- d) een vergoeding ontvangen die niet met de uitkomst van de procedure verband houdt;
- e) de ADR-entiteit onverwijld in kennis stellen van alle omstandigheden die van invloed kunnen zijn, of kunnen worden gezien als zijnde van invloed, op hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid of aanleiding kunnen geven tot een belangenconflict met een van de partijen bij het geschil dat hun ter beslechting wordt voorgelegd. De verplichting tot openbaarmaking blijft gedurende de gehele ADR-procedure bestaan. De verplichting geldt niet indien de ADR-entiteit uit slechts één natuurlijke persoon bestaat.

In artikel 6 lid 2 van de ADR-richtlijn is opgenomen dat ADR-entiteiten dienen te beschikken over procedures om ervoor te zorgen dat, in de in lid 1, onder e), bedoelde omstandigheden:

- a) de betrokken natuurlijke persoon wordt vervangen door een andere natuurlijke persoon die met het voeren van de ADR-procedure wordt belast; of, als dat niet geschiedt;
- b) de betrokken natuurlijke persoon ervan afziet de ADR-procedure te voeren en dat, indien mogelijk, de ADR-entiteit de partijen voorstelt het geschil voor te leggen aan een andere ADR-entiteit die bevoegd is om het geschil te behandelen, of, als dat niet geschiedt;
- c) de omstandigheden ter kennis van de partijen worden gebracht en de betrokken natuurlijke persoon alleen toestemming heeft om de ADR-procedure voort te zetten indien de partijen, na in kennis te zijn gesteld van de omstandigheden en van hun recht bezwaar te maken, geen bezwaar hebben gemaakt.

Artikel 6 lid 3 van de ADR-richtlijn bepaalt dat de procedures, behalve aan de algemene vereisten van leden 1 en 5, dienen te voldoen aan de volgende specifieke vereisten:

- a) de met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen worden benoemd door, of maken deel uit van, een collegiaal orgaan waarin een gelijk aantal vertegenwoordigers van consumenten

200 Zie voor de ADR-richtlijn Velicogna, Errera en Derlange 2013, p. 38 e.v.; Barrot 2008; Cauffman, Faure en Hartlief 2010; Kallinikos 2009; Koop, Prins en Hijmans 2000; Krans 2010; Alternatieve geschillenbeslechting in de EU 2012; Ernste 2013, Verhage 2015; Brand 2015; M.W. Knigge 2015.

tenorganisaties en vertegenwoordigers van de ondernemer zitting heeft, en worden aangewezen ingevolge een transparante procedure;

- b) de met geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen worden benoemd voor een ambtstermijn van ten minste drie jaar teneinde de onafhankelijkheid van hun optreden te verzekeren;
- c) de met geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen verbinden zich ertoe niet te werken voor de ondernemer noch voor een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan de ondernemer lid is gedurende drie jaar nadat hun ambt in de geschillenbeslechtingsentiteit een einde heeft genomen;
- d) de geschillenbeslechtingsentiteit heeft geen hiërarchische of functionele band met de ondernemer en is duidelijk onderscheiden van de operationele entiteiten van de ondernemer en beschikt voor de uitvoering van haar taken over een toereikend budget dat gescheiden is van het algemeen budget van de ondernemer.

Op grond van artikel 6 lid 4 van de ADR-richtlijn dienen de met ADR belaste natuurlijke personen die uitsluitend in dienst zijn van of uitsluitend een vergoeding ontvangen van een beroeps- of bedrijfsorganisatie waarvan die ondernemer lid is, te voldoen aan de algemene vereisten van leden 1 en 5, en bovendien over een afzonderlijk, specifiek en voor de vervulling van hun taken toereikend budget te beschikken. Dit lid is niet van toepassing indien de betrokken natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan waarin een gelijk aantal vertegenwoordigers zitting heeft van de beroeps- of bedrijfsorganisatie waarbij zij in dienst zijn of waarvan zij een vergoeding ontvangen, enerzijds, en van consumentenorganisaties, anderzijds.

Artikel 6 lid 5 van de ADR-richtlijn bepaalt dat ADR-entiteiten waar de met de geschillenbeslechting belaste natuurlijke personen deel uitmaken van een collegiaal orgaan, erin voorzien dat in dit orgaan een gelijk aantal vertegenwoordigers van consumentenbelangen en vertegenwoordigers van ondernemersbelangen zitting heeft.

In artikel 6 lid 6 van de ADR-richtlijn wordt bepaald dat voor de toepassing van lid 1, onder a), wordt aangemoedigd dat ADR-entiteiten voorzien in een opleiding voor de met de ADR belaste natuurlijke personen. Indien in die opleiding wordt voorzien, houden de bevoegde autoriteiten toezicht op de opleidingsprogramma's van de ADR-entiteiten op basis van de overeenkomstig artikel 19, lid 3, onder g), verstrekte informatie.

Artikel 7 van de ADR-richtlijn vereist een mate van transparantie door begrijpelijke informatie die in een geschikte vorm wordt aangeboden. Het gaat hierbij (artikel 7 lid 1) om de volgende informatie.

- a) hun contactgegevens, waaronder postadres en e-mailadres;
- b) het feit dat ADR-entiteiten zijn opgenomen in de lijst volgens artikel 20, lid 2;
- c) welke natuurlijke personen belast zijn met ADR, hoe deze worden aangewezen en wat de duur van hun ambtstermijn is;

- d) de deskundigheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van met ADR belaste natuurlijke personen die uitsluitend in dienst zijn bij of een vergoeding ontvangen van de ondernemer;
- e) of zij, voor zover van toepassing, zijn aangesloten bij netwerken van ADR-entiteiten ter vergemakkelijking van de grensoverschrijdende geschillenbeslechting;
- f) voor de behandeling van welke soorten geschillen zij bevoegd zijn, inclusief elke toepasselijke drempel;
- g) welke procedurevoorschriften op de beslechting van een geschil van toepassing zijn en op welke gronden de ADR-entiteit mag weigeren een gegeven geschil te behandelen overeenkomstig artikel 5, lid 4;
- h) in welke talen klachten bij de ADR-entiteit kunnen worden ingediend en in welke talen de ADR-procedure wordt gevoerd;
- i) op welke soorten voorschriften de ADR-entiteit zich bij de geschillenbeslechting kan baseren (bv. wettelijke voorschriften, overwegingen van billijkheid, gedragscodes);
- j) welke stappen de partijen eventueel vooraf moeten doen voordat een ADR-procedure kan worden ingeleid, met inbegrip van een poging door de consument om met de ondernemer rechtstreeks tot een schikking van de zaak te komen;
- k) of de partijen zich uit de procedure kunnen terugtrekken;
- l) welke kosten in voorkomend geval voor rekening van partijen komen, met inbegrip van de regels inzake de verwijzing in de kosten aan het einde van de procedure;
- m) hoe lang de ADR-procedure gemiddeld duurt;
- n) welke rechtsgevolgen de uitkomst van de ADR-procedure heeft, met inbegrip van de sancties voor niet-naleving zijn in het geval van een beslissing met bindende werking voor de partijen, voor zover van toepassing;
- o) in hoeverre, voor zover ter zake doend, de ADR-beslissing uitvoerbaar is.

Op grond van artikel 7 lid 2 van de ADR-richtlijn dienen ADR-entiteiten jaarlijkse activiteitenverslagen voor het publiek toegankelijk maken. Deze verslagen bevatten de volgende informatie:

- a) het aantal voorgelegde geschillen en de soorten klachten waarop zij betrekking hebben;
- b) eventuele systematische of aanzienlijke, veelvuldig voorkomende problemen die leiden tot geschillen tussen consumenten en ondernemers; dergelijke informatie kan vergezeld gaan van aanbevelingen over de wijze waarop dergelijke problemen in de toekomst kunnen worden vermeden of opgelost, opdat ondernemers de lat steeds hoger leggen en de uitwisseling van informatie en beste praktijken wordt gefaciliteerd;
- c) het percentage geschillen dat de ADR-entiteit geweigerd heeft te behandelen en het procentuele aandeel van de soorten gronden voor weigering als bedoeld in artikel 5, lid 4;
- d) in het geval van de in artikel 2, lid 2, onder a), beschreven procedures, het aandeel in procent van oplossingen die ten gunste van de consument of van de ondernemer worden voorgesteld of opgelegd, dan wel van geschillen die de vorm aannemen van een minnelijke schikking;
- e) het aandeel in procent van de ADR-procedures die zijn stopgezet en, voor zover bekend, de redenen van stopzetting;

- f) de gemiddelde tijd die de beslechting van geschillen in beslag heeft genomen;
- g) voor zover bekend, het percentage van de gevallen waarin de uitkomsten van de ADR-procedures zijn nageleefd;
- h) of er, voor zover van toepassing, sprake was van samenwerking binnen netwerken van ADR-entiteiten ter vergemakkelijking van de beslechting van grensoverschrijdende geschillen.

2.5.3 Eigen opvatting over de eisen aan de organisatie

Wij menen dat het op grond van de wet- en regelgeving – mede aan de hand van het procesreglement, de informatie op de website en gesprekken met arbiters, en met de voorzitter en leden van het bestuur en de concrete handvatten die in de ADR-richtlijn worden geboden – voor een notaris mogelijk is om in relatie tot een specifiek privaats gerecht vast te stellen in hoeverre voldaan wordt aan de eisen van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en deskundigheid.

Een additionele vorm van toezicht, zoals door een onafhankelijke raad van toezicht, kan bijdragen aan de kwaliteit en onafhankelijkheid van de geschilbeslechting en de organisatie. In geval van een raad van toezicht kan de notaris zijn onderzoek ook uitstrekken tot een reglement van de raad van toezicht en gesprekken met de voorzitter en leden ervan. Voor procedures die worden ingeleid door bedrijven, zou het aanbeveling verdienen om te kiezen voor geschilbeslechteurs die boven de partijen staan in plaats van afgevaardigden van partijen. Met andere woorden: in plaats van meervoudige tribunaal met vertegenwoordigers van bedrijfs- en consumentenbelangen zijn, zou – zeker voor eenvoudige geschillen over lage hoofdsommen – wellicht beter nog gekozen kunnen worden voor onafhankelijke juristen die (in een enkelvoudige of meervoudige kamer) recht doen en daarbij de partijen op voet van gelijkheid behandelen. Daarbij kan de tussenkomst van een onafhankelijke stichting die de bindend adviseurs of arbiters benoemt, zorgen voor verdere afstand tussen scheidsrecht en partijen.²⁰¹

2.6 DE TOETSING VAN PRIVATE UITSPRAKEN IN DE PRAKTIJK

In deze paragraaf bespreken wij kort de toetsing van private vonnissen door de publieke rechtspraak ofwel vanwege de tenuitvoerlegging ofwel vanwege de aantasting ervan. In § 2.6.1 bespreken wij de inhoud van de marginale toets van het bindend advies ex artikel 7:900 BW. In § 2.6.2 behandelen wij de inhoud van de marginale toets van het arbitrale vonnis ex artikel 1062 Rv. Wij behandelen in § 2.6.3 de vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 BW. In § 2.6.4 behandelen wij de vernietiging en de herroeping van het arbitrale vonnis. In § 2.6.5 gaan wij in op mogelijk foutieve uitspraken door een privaats gerecht. Wij gaan in § 2.6.6 in op de mogelijke aansprakelijkheid van de notaris bij waarneming en vastlegging van een procedure. In § 2.6.7

201 De suggestie van een onafhankelijke stichting (artikel 2:285 BW) doen wij naar analogie van de toepassingen in het recht, zoals in het financiële recht een stichting bewaarder voor een beleggingsfonds (artikel 4:37j Wft), een 'stak' (stichting administratiekantoor) voor certificering van aandelen, en een stichting derdengelden voor advocatuur (artikel 6:18 e.v. Verordening op de advocatuur) en notariaat (artikel 25 lid 1 Wna). Door een aparte rechtspersoon, met een eigen onafhankelijk bestuur wordt deze toepassing in het algemeen aanvaard als een 'risk remote' en 'bankruptcy remote' oplossing.

behandelen wij de ambtshalve toetsing bij arbitrage en in § 2.6.8 het (in potentie) nieuwe leerstuk van de barmhartigheid.

2.6.1 De marginale toets van artikel 7:900 BW

Bij de nakoming van het bindend advies ex artikel 3:296 BW j° artikel 7:900 BW, is de marginale toets van de publieke rechter beperkt. Hij zal met name dienen te beoordelen of het private gerecht redelijkerwijze tot het bindend advies heeft kunnen komen.²⁰² De Rechtbank Amsterdam overwoog daarbij: *“De rechtbank heeft bij de toetsing van het bindend advies niet de rol van appellinstantie. Zij beoordeelt slechts of de rijdende rechter in redelijkheid tot de door hem gegeven beslissing heeft kunnen komen.”*²⁰³ Deze maatstaf impliceert dat er niet slechts één juist vonnis kan worden gewezen in een concreet geval, maar dat verschillende bindend adviseurs mogelijk verschillend kunnen oordelen. Dit is op zichzelf toelaatbaar, mits de bindend adviseur redelijkerwijze tot het bindend advies heeft kunnen komen. Binnen de context van moderne professionele, geïnstitutionaliseerde geschilbeslechting (zie met name § 2.5) ligt het voor de hand dat het bindend advies deze toets normaliter zal doorstaan.

2.6.2 De marginale toets van artikel 1062 Rv

Bij een arbitraal vonnis kan op eenvoudige wijze een verlot tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis worden verkregen door indiening van een daartoe strekkend verzoekschrift (artikel 1062 lid 1 Rv). Met het verlot kan het arbitrale vonnis ten uitvoer worden gelegd. De voorzieningenrechter van de rechtbank kan blijkens de tekst van artikel 1063 Rv, de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een summierlijk onderzoek is gebleken dat het aannemelijk is dat het vonnis zal worden vernietigd op een van de gronden genoemd in artikel 1065 lid 1 Rv, of herroepen op een van de gronden genoemd in artikel 1068 lid 1 Rv, dan wel indien in strijd met artikel 1056 Rv een dwangsom is opgelegd.²⁰⁴

2.6.3 De vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 BW

Een procespartij kan zich ook tot de publieke rechter wenden voor een vernietiging van het bindend advies ex artikel 7:904 lid 1 BW.²⁰⁵ De publieke rechter zal toetsen of gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Verdedigd kan worden de stelling dat de maatstaf van de toets van artikel 7:904 BW besloten ligt in artikel 6:248 lid 2 BW. In dat opzicht valt de maatstaf binnen de professionele verantwoordelijkheid van elke juridische beroepsbeoefenaar. Dit kan wellicht mede verklaren waarom een succesvol beroep op het vernietigen van het bindend advies zich niet snel zal voordoen.

202 Ernste 2012, p. 90.

203 Rechtbank Amsterdam 23 oktober 2013, ECLI, NL RBAMS:2013:7984, (r.o. 4.2).

204 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 450-451.

205 Ernste 2012a, p. 72-79.

2.6.4 De vernietiging en de herroeping van arbitrale vonnissen

Per 1 januari 2015 staan in artikel 1064 Rv twee rechtsmiddelen genoemd tegen een arbitraal vonnis, te weten de vernietiging en de herroeping. De bevoegdheid van het gerechtshof is in artikel 1064a lid 2 Rv neergelegd.²⁰⁶ In de Memorie van Toelichting is hierover opgemerkt: “*De procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis is teruggebracht tot een rechtsgang in één instantie, namelijk bij het gerechtshof. Dit voorkomt dat partijen na het doorlopen van een arbitrageprocedure nog veel extra tijd en kosten kwijt zijn.*”²⁰⁷ De bevoegdheid tot het instellen van een vordering tot vernietiging verstrijkt drie maanden na het verstrijken van de termijn voor het instellen van het arbitraal hoger beroep.

De vernietiging van een arbitraal vonnis kan alleen plaatsvinden op een of meer van de gronden als vermeld in artikel 1065 Rv.²⁰⁸ Dit zijn:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde.

De herroeping van een arbitraal vonnis kan alleen plaatsvinden op een of meer van de gronden als vermeld in artikel 1068 Rv.²⁰⁹ Dit zijn:

- a. het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
- b. het vonnis berust geheel of ten dele op bescheiden die na de uitspraak blijken vals te zijn;
- c. een partij heeft na de uitspraak bescheiden die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.

2.6.5 Mogelijk foutieve uitspraken van het private gerecht

Indien een procespartij meent dat de uitspraak van een privaat gerecht fouten bevat, is de weg naar herstel primair gelegen in het aanwenden van rechtsmiddelen. Indien het hoger beroep niet open staat of indien het niet slaagt, kan een procespartij bij bindend advies, indien hij meent dat zijn gebondenheid aan de beslissing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, een beroep doen op artikel 7:904 BW (§ 2.6.3). De publieke rechter kan in dat geval het bindend advies vernietigen. Dit beroep op vernietiging kan overigens ook als verweer naar voren worden gebracht indien de in het gelijk gestelde partij nakoming vordert bij de publieke rechter om een executoriale titel te verkrijgen.

206 Meijer en Van Mierlo 2014.

207 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1-2.

208 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 442-446.

209 Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 446.

Bij arbitrage staat een beroep tot vernietiging van het arbitrale vonnis open ex artikel 1064 Rv. Artikel 1065 Rv noemt de gronden voor vernietiging (§ 2.6.4). Als voorbeeld noemen wij (i) de constatering dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, of (ii) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde.

Daarnaast rijst de vraag onder welke voorwaarden de bindend adviseur of de arbiter aansprakelijk kan worden gesteld. In de praktijk zijn er weinig van zulke gevallen bekend.²¹⁰ Zowel in het geval van bindend advies als in het geval van arbitrage kan de aansprakelijkheid worden gesteld via artikel 6:74 BW (bij een geldige overeenkomst tot bindend advies of arbitrage) of artikel 6:162 BW (bij de afwezigheid van een geldige overeenkomst daartoe). Wij behandelen hierna de vraag onder welke omstandigheden een private rechter aansprakelijk kan worden gesteld voor een foutieve uitspraak. Hierbij houden wij een chronologische volgorde aan.

De Hoge Raad heeft zich in het *Greenworld*-arrest van 2009²¹¹ uitgesproken over de aansprakelijkheid van een rechter (een publieke rechter of een scheidsrechter) voor de schade die ontstaat wegens een onjuiste uitspraak, na vernietiging ervan. De Hoge Raad oordeelt dat arbiters slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk gehouden kunnen worden. Een dergelijk uitzonderlijk geval kan zich na vernietiging van het arbitraal vonnis voordoen indien de arbiter, met betrekking tot de vernietigde uitspraak, opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, dan wel met kennelijk grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling. De Hoge Raad verwijst daarbij naar een vergelijkbare hoge drempel voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de overheidsrechter (art. 42 Wet rechtspositie rechtelijke ambtenaren). Ook brengt volgens de Hoge Raad het enkele feit van vernietiging nog niet met zich mee dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt derhalve dat waar ‘gewone’ juridische dienstverleners zoals advocaten worden beoordeeld volgens de vergelijkingsmaatstaf van de ‘redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot’, voor arbiters net als voor overheidsrechters een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel geldt. Die drempel is zowel gelegen in de vernietiging van de uitspraak als voorwaarde voor aansprakelijkheid, als in de strengere maatstaf van aansprakelijkheid. De rechtvaardiging voor deze hoge drempel is volgens de Hoge Raad gelegen in de wenselijkheid van ‘angstvrije arbiters’ die in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil oordelen.

Op 15 juni 2012 heeft de Hoge Raad arrest gewezen, waarbij de rechtsvraag is behandeld onder welke omstandigheden gebreken in de inhoud of in de wijze van totstandkoming van een bindend advies voldoende reden vormen voor de opdrachtgever om het honorarium dat met de bindend adviseur is overeengekomen, niet te vergoeden. In dit kader heeft de Hoge Raad voor het eerst

210 Zie voor een overzicht Ernste 2012a, p. 270.

211 HR 4 december 2009, *L/N* BJ7834. Zie ook Dekker en Van Boom 2013, p. 1702-1707.

de vraag beantwoord aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of de bindend adviseur tekort is geschoten in de uitvoering van zijn opdracht.²¹²

De Hoge Raad overweegt:

“dat door de bindend adviseurs gemaakte fouten eerst tot hun aansprakelijkheid jegens (een der) opdrachtgevers kunnen leiden dan wel een gegrond verweer kunnen opleveren tegen hun vorderingen tot betaling van het overeengekomene, indien het in hun verhouding tot (een der) opdrachtgevers in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn aan die fouten geen gevolgen ten nadele van de bindend adviseurs te verbinden.

“Een minder strikte maatstaf zou tot de onwenselijke gevolgen kunnen leiden dat bindend adviseurs niet in vrijheid en onbevangenheid kunnen oordelen, en dat een partij de nadelige gevolgen van een (naar inhoud of wijze van totstandkoming) onjuist bindend advies gemakkelijker op de bindend adviseurs zou kunnen afwentelen dan dat zij de bindende kracht daarvan langs de weg van art. 7:904 BW zou kunnen aantasten.”

In 2016 oordeelde de Hoge Raad²¹³ dat *alle* (materiële én processuele) fouten bij de uitoefening van de rechterlijke taak van arbiters dienen te worden beoordeeld naar de *Greenworld*-maatstaf (persoonlijke aansprakelijkheid in geval van opzet, bewuste roekeloosheid of grof plichtsverzuim). In hoger beroep spitste het geschil zich toe op de vraag of de voorzitter zich schuldig had gemaakt aan “grof plichtsverzuim”, door niet toe te zien op de voorgeschreven ondertekening van het vonnis. Het hof oordeelde van niet en overwoog daartoe (uitsluitend) dat het ontbreken van de twee handtekeningen, “door welke omstandigheden dan ook” en “hoe ongelukkig dat ook is”, niet kan leiden tot de conclusie dat is gehandeld met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. In cassatie klaagde Qnow allereerst dat het hof de verkeerde maatstaf heeft toegepast. De terughoudende maatstaf uit het *Greenworld*-arrest zou namelijk berusten op de notie van rechterlijke beoordelingsvrijheid en (daarom) alleen gelden voor inhoudelijke gebreken van het arbitrale vonnis. Voor processuele fouten zouden de gewone regels van wanprestatie of onrechtmatige daad gelden, met als (lichtere) maatstaf of de arbiter heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend arbiter betaamt. De Hoge Raad verwierp dit onderscheid en oordeelt dat, mede omwille van de rechtszekerheid, *alle* fouten bij de uitoefening van de rechterlijke taak van arbiters dienen te worden beoordeeld naar dezelfde maatstaf. Er is geen grond de *Greenworld*-maatstaf te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden (r.o. 3.4.3). De verantwoordelijkheid van de voorzitter van een scheidsgerecht om erop toe te zien dat het ondertekeningsvoorschrift van art. 1057 lid 2 Rv wordt nageleefd, moet volgens de Hoge Raad, mede gelet op de ernstige gevolgen van schending daarvan, worden aangemerkt als een “wezenlijk onderdeel van diens taak” (r.o. 3.5.3).²¹⁴

212 HR 15 juni 2012, *JOR* 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (*PwC/Van Zanten*); vgl. Dekkers 2012.

213 HR 4 HR 30 september 2016, ECLI, NL:HR:2016:2215 (*Qnow/Verweerder*).

214 Wij tekenen hierbij aan dat naar het hier toepasselijke, oude arbitragerecht het ondertekeningsgebrek onherstelbaar was. Echter, onder de huidige Arbitragewet 2015 voorziet art. 1065a Rv in de mogelijkheid van een zogeheten “rémission” (zie de conclusie

Met Dekkers achten wij de maatstaf van de Hoge Raad strikt.²¹⁵ Toch is in de literatuur voor wat betreft de invulling van de maatstaf voor aansprakelijkheid van de bindend adviseur een onderscheid gemaakt tussen zuiver en onzuiver bindend advies.²¹⁶ Zo heeft Ernste in haar noot bij het arrest de vraag opgeworpen of, nu de Hoge Raad heeft geconstateerd dat er sprake was van een zuiver bindend advies, de geformuleerde maatstaf ook geldt voor de aansprakelijkheid van de bindend adviseur voor schade als gevolg van een onzuiver bindend advies. Volgens Ernste is dit onwenselijk gezien de bijzondere aard van de opdracht bij een onzuiver bindend advies en dient voor het onzuiver bindend advies aansluiting gezocht te worden bij de maatstaf voor aansprakelijkheid van arbiters.²¹⁷

Dit betekent dat de bijzondere aard van de opdracht in het geval van een zuiver bindend advies met zich zou moeten meebrengen dat het bindend advies moet zijn vernietigd op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, voordat wordt toegekomen aan de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bindend adviseur. Een partij kan de nadelige gevolgen van een bindend advies niet afwentelen op de bindend adviseur alvorens deze nadelige gevolgen eerst (voor een deel) weg te nemen door het bindend advies te vernietigen op grond van artikel 7:904 lid 1 BW, waarna partijen hier niet meer aan gebonden zijn.

Wij menen met Ernste dat voor de praktijk van het onzuiver advies de aansluiting bij de maatstaf voor de aansprakelijkheid van arbiters wenselijk is. Wij achten het ook logisch. De rechtvaardiging is gelegen in de wenselijkheid van ‘angstvrije bindend adviseurs’ die in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil oordelen, op dezelfde wijze als arbiters, maar wel met voldoende waarborgen voor de procespartijen die het betreft.

2.6.6 Mogelijke aansprakelijkheid van de notaris binnen private gerecht

De vraag geldt welke betekenis de jurisprudentie heeft voor de rol van de notaris als waarnemer van gerechtelijke procedures ten overstaan van een privaats gerecht. Voor de rol van de notaris die waarneemt en de einduitspraak (bindend advies of arbitraal vonnis) vastlegt in een akte geldt in beginsel de maatstaf van een ‘redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot’. Van een redelijk bekwame en redelijk handelende notaris mogen wij verwachten dat hij de marginale toets van 7:904 BW en artikel 1062 Rv uitvoert, op de wijze als de overheidsrechter zich van die taak kwijt als hiervoor is beschreven. De notaris kan naar ons oordeel daarom niet snel aansprakelijk worden gehouden voor de vastlegging van een uitspraak die in hoger beroep wordt gewijzigd.

van A-G Rank-Berenschot, sub 2.26). Deze bepaling biedt de mogelijkheid om het scheidsrecht in staat te stellen de grond tot vernietiging ongedaan te maken door het heropenen van het arbitraal geding, dan wel door het nemen van een andere maatregel als het scheidsrecht geraden acht.

215 Dekkers 2012.

216 Van Marwijk Kooy 1977, p. 347-350; Ernste 2012a, p. 270.

217 HR 15 juni 2012, JOR 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (*PwC/Van Zanten*); vgl. Dekkers 2012 en Van Zeist 2014.

De notaris kan mogelijk wel aansprakelijk worden gesteld indien hij evidente onjuistheden niet heeft opgemerkt, zoals het feit dat de algemene voorwaarden geen verwijzing bevatten naar private rechtspraak, of dat de gedaagde niet is opgeroepen. Hij kan dan aansprakelijk worden geacht omdat hij dit had behoren te controleren en onvoldoende zorgvuldig is geweest bij de uitvoering van zijn opdracht, waardoor hij zijn zorgplicht heeft geschonden.

Het is vervolgens de vraag in hoeverre de notaris zijn aansprakelijkheid kan afwentelen op de geschilbeslechter, die immers kennelijk dezelfde evidente onjuistheden niet heeft opgemerkt en tot het wijzen van een einduitspraak is overgegaan. Wij menen dat voor het antwoord op die vraag in de praktijk aansluiting gezocht zal kunnen worden bij de aansprakelijkheid van de notaris voor schade die het gevolg is van een fout van de veilingmeester.²¹⁸ Dit betekent dat de notaris in dergelijke gevallen schadeplichtig zal zijn vanuit een eigen zorgplicht.

De notaris kan naar ons oordeel aansprakelijk worden gehouden voor de vastlegging van een uitspraak, die achteraf wordt vernietigd of herroepen, indien en voor zover hij de vernietiging of herroeping heeft kunnen voorzien. Bij herroeping zal dit niet snel het geval zijn, wanneer de omstandigheden pas bekend worden na afloop van het geding. Voor de gronden van vernietiging op formele gronden, zoals het ontbreken van een keuzebeding voor private rechtspraak, is dit anders, omdat de notaris terstond kan vaststellen – en dit bij wijze van marginale toets behoort te doen – waardoor van hem niet kan worden verlangd om over te gaan tot het passeren van de akte.

Wij menen dat de aansprakelijkheid van de notaris bij private rechtspraak zeer beperkt zal zijn. Hij dient weliswaar naar behoren het dossier te controleren en als procesbewaker vast te stellen dat de procedure is verlopen volgens het procesreglement, maar mede gelet op de vrije keuze van partijen voor private rechtspraak, de beperkte aansprakelijkheid van de bindend adviseur, de rechtsmiddelen die open staan tegen een uitspraak, en de mogelijkheid van een executiegeschil bij de burgerlijke rechter tegen de tenuitvoerlegging van een uitspraak, zijn wij van oordeel dat de aansprakelijkheid van de notaris in deze rol beperkt is, en restrictief moet worden uitgelegd, behoudens evidente formele gronden voor latere aantasting van de uitspraak.²¹⁹

2.6.7 Ambtshalve toetsing bij arbitrage

Hieronder behandelen wij twee relevante vragen in de relatie tussen arbitrage en publieke rechtspraak. De eerste vraag is of een procedure bij een privaats gerecht op grond van arbitrage een benadeling oplevert voor de gedaagde consument ten opzichte van de behandeling van het geschil door een publieke rechter. De tweede vraag die wij behandelen betreft de vraag of de publieke rechter altijd ambtshalve moet toetsen of (tot 1 januari 2015:) sprake is van oneerlijke arbitrage

218 Rechtbank Zwolle-Lelystad 3 juni 2009, ECLI, NL:RBZLY:2009:BK8018; Voor andere voorbeelden zie de uitspraken genoemd in Loonstein 2016, p. 36-38.

219 Er is op dit moment geen literatuur over de aansprakelijkheid van de notaris in deze specifieke rol. Zie over de algemene aansprakelijkheid van de notaris Melis/Waaijer 2012, p. 410 e.v.; Boks 2002.

of: in het geval van bindend advies en sinds 1 januari 2015 ook in het geval van arbitrage of sprake is van een onredelijk bezwarend beding.

Vraag 1. In 2011 stelde het Hof Leeuwarden²²⁰ in de relatie tussen een aannemer en zijn consument-opdrachtgever zich met een uitgebreide motivatie op het standpunt dat arbitrage in beginsel oneerlijk is voor consumenten, en dat de rechtspositie van consumenten *altijd* beter gewaarborgd zou zijn bij de publieke rechter.²²¹ Het hof overwoog in r.o. 3.8-3.10 als volgt.

“De vraag of het om een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn gaat, vergt, naar volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie een beoordeling die door de nationale rechter moet worden gemaakt (HvJEU 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005/75, Freiburger Kommunalbauten). De bijlage waarnaar art. 3 lid 3 van de Richtlijn verwijst bevat slechts een indicatieve en niet-uitputtende opsomming van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Een beding dat erin voorkomt behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd en omgekeerd kan een beding dat er niet op voorkomt niettemin oneerlijk worden bevonden (rov. 3.8).

“Op de bijlage bij de Richtlijn is onder q) genoemd het beding dat tot doel heeft “het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden” (rov. 3.9).

“Het onderhavige arbitragebeding is een beding als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn onder q), omdat de consument zich bij een geschil dat niet behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter uitsluitend tot arbitrage kan wenden. Daarmee wordt de consument afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, zonder dat hij zich daarvan in de regel bij het sluiten van de overeenkomst bewust zal zijn geweest en zonder dat dit onderwerp van onderhandeling zal zijn geweest. Het druist in tegen het in art. 17 van de Grondwet en in de Europese verdragen (in het bijzonder art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) neergelegde recht op toegang tot de rechter, dat de consument op deze wijze de toegang tot de overheidsrechter wordt ontnomen.

“Daar komt bij dat aan arbitrage nadelen voor de consument zijn verbonden in vergelijking met de procedure voor de overheidsrechter. Als zodanige nadelen ziet het hof (a) dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze is gewaarborgd als die van de overheidsrechter, (b) dat de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden is tot toepassing van de wettelijke regels, (c) dat de consument voor hogere kosten kan worden geplaagd dan in een procedure voor de overheidsrechter, (d) terwijl ook in de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd een belemmering voor de consument kan liggen om een vordering in te stellen, dan wel zich tegen een vordering van zijn wederpartij te verweren. Voor die wederpartij daarentegen

220 Gerechtshof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI, NL:GHLEE:2011:BR2500.

221 Opgemerkt zij dat er een ambivalente houding lijkt te bestaan die ten grondslag ligt aan nationale en Europese regelgeving over private rechtspraak in het geval van consumenten. Indien de consument eisende partij is in een procedure, wordt het gebruik van private rechtspraak vooropgesteld en gestimuleerd. Indien de consument gedaagde is, wordt gevreesd voor de inbreuk op fundamentele grondrechten.

kan concentratie bij één instantie (kosten-)voordelen bieden.

“Tot slot is van belang dat in het voorontwerp herziening Arbitragewet tot uitgangspunt is genomen dat het arbitragebeding vernietigbaar is voor zover de consument geen keuze wordt gelaten tussen de overheidsrechter of arbitrage.

“Al deze omstandigheden tezamen brengen het hof tot het oordeel dat het arbitragebeding van art. 21 AVA 1992 oneerlijk is in de zin van de Richtlijn en onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW (rov. 3.10).”

Het arrest werd daarop voorgelegd aan de Hoge Raad, die de opvatting van het hof van de hand wees.²²²

“Daar komt bij dat aan arbitrage nadelen voor de consument zijn verbonden in vergelijking met de procedure voor de overheidsrechter. Als zodanige nadelen ziet het hof:

- dat de onafhankelijkheid van de arbiter niet op dezelfde wijze is gewaarborgd als die van de overheidsrechter;*
- dat de arbiter niet op dezelfde wijze als de overheidsrechter gehouden is tot toepassing van de wettelijke regels,*
- dat de consument voor hogere kosten kan worden geplaatst dan in een procedure voor de overheidsrechter;*
- terwijl ook in de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats waar de Raad van Arbitrage is gevestigd een belemmering voor de consument kan liggen om een vordering in te stellen, dan wel zich tegen een vordering van zijn wederpartij te verweren.*

“Voor die wederpartij daarentegen kan concentratie bij één instantie (kosten-) voordelen bieden.

“Het bestreden oordeel van het hof steunt niet op een waardering van de concrete omstandigheden van het geval maar plaatst als het ware het arbitrale beding op de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, en geeft daarom blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Richtlijn schrijft niet voor dat arbitragebedingen in algemene voorwaarden steeds als oneerlijk moeten worden aangemerkt.”

De Hoge Raad heeft derhalve bepaald dat arbitrage niet per definitie oneerlijk is voor consumenten, en wijst daarbij op een eerdere uitspraak van het Europese Hof van Justitie uit 2004.²²³ Hooguit kan de publieke rechter – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – concluderen dat in een concreet geval sprake is van oneerlijke arbitrage. Een dergelijk oordeel moet dan wel zijn onderbouwd. De Hoge Raad geeft criteria op grond waarvan een dergelijke conclusie zou kunnen worden getrokken, zoals de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, waarbij de stelplicht en bewijslast volgens de Hoge Raad op de gebruikelijke wijze in beginsel op de consument rusten, die een beroep doet op het oneerlijke karakter van arbitrage.

²²² Hoge Raad 21 september 2012, LJN BW6135.

²²³ HvJ EG d.d. 1 april 2004, nr. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*).

Wij concluderen dat de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM (§ 2.2), in hoge mate relevant zijn voor de vraag of de private rechtspraak als definitieve beëindiging van het conflict kan worden beschouwd (§ 1.2.3).

In ons onderzoek naar private rechtspraak hebben wij binnen de publieke rechtspraak geen aanwijzing gevonden voor steun voor de opvatting dat private rechtspraak onder omstandigheden “beter” en “eerlijker” kan zijn voor de rechtspositie van de consument. Het is duidelijk dat hier verschillende standpunten mogelijk zijn.

Vraag 2. De tweede vraag die wij behandelen betreft de vraag of de publieke rechter altijd ambtshalve moet toetsen of sprake is van een onredelijk bezwarend beding.²²⁴ De belangrijkste arresten van het Europese Hof van Justitie in relatie tot arbitragebedingen zijn de arresten Mostaza Claro,²²⁵ Asturcom²²⁶ en Banco Español de Crédito.²²⁷ Samenvattend stellen wij vast dat in het Mostaza Claro arrest het Hof heeft bepaald, dat een arbitragebeding ambtshalve getoetst dient te worden, ook als de consument hierop geen beroep heeft gedaan in de voorgaande arbitrageprocedure. In het Asturcom arrest heeft het Hof de eerdere rechtspraak bevestigd. Voorts heeft het HvJ EU een kwalificatie gegeven van artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten in Europees en nationaal perspectief.²²⁸ De rechter dient volgens het Hof op basis van de nationale regels te onderzoeken of een arbitragebeding in strijd is met de openbare orde. In Banco Español de Crédito heeft het HvJ EU op grond van de eerdere jurisprudentie verklaard dat de rol die aan de nationale rechter op het betrokken gebied wordt toebedeeld, niet alleen de bevoegdheid bevat om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting inhoudt om die kwestie ambtshalve te onderzoeken, zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.

Wij wijzen erop dat de Hoge Raad nog in 2007 heeft geoordeeld, dat het Hof Leeuwarden een verweer dat een exonerationbeding oneerlijk zou zijn, mocht passeren omdat het niet tijdig was gevoerd.²²⁹ Echter, sinds het Pannon arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2009²³⁰ wordt er in het algemeen van uitgegaan dat rechters in de lidstaten van de Europese Unie verplicht zijn om voorwaarden in consumentenovereenkomsten te toetsen en te beoordelen, zelfs als de betrokken consument zich daar niet (of te laat) op beroept, zoals bij verstekzaken.²³¹ In 2013 heeft de Hoge Raad op dit punt rechtszekerheid verschaft toen hij zich opnieuw over de kwestie mocht uitlaten.²³² De Hoge Raad heeft daarbij een overzicht gegeven van de rechtspraak van het HvJ EU over de ambtshalve toepassing van

224 Keessen 2006; Krans en Wissink 2008.

225 HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05 (Montaza Claro/Centro Móvil Milenium SL).

226 HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08 (Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira).

227 HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10 (Banco Español de Crédito).

228 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publ.EU L 095 van 21/04/1993 Annex I, sub q, p. 29 – 34.

229 Hoge Raad 22 juni 2007, LJN: BA 3032.

230 HvJ EU, 4 juni 2009, C-243/08 (Pannon GSM/ Erzsébet Sustikné Györfi).

231 Loos 2007; Vermeij 2011.

232 HR 13 september 2013, NJ 2014, 274 (Heesakkers/Voets); Van Boom 2014.

de Richtlijn oneerlijke bedingen. Daaruit heeft de Hoge Raad vervolgens bevestigd, dat de rechter in hoger beroep is gehouden ambtshalve na te gaan of een beding in algemene voorwaarden oneerlijk is in de zin van de richtlijn. Dit geldt ook in het geval dat hij daarbij buiten het door de grieven ontsloten gebied moet treden. De appelrechter is niet tot dit ambtshalve onderzoek gehouden indien tegen de toe- of afwijzing van de desbetreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen, en hij derhalve als appelrechter niet bevoegd is om over die vordering te beslissen.

Wij mogen derhalve concluderen dat sinds 2009 geldt dat de voorzieningenrechter in het kader van de beschikking ex artikel 1062 Rv gehouden is tot ambtshalve toetsing van het beding waarmee is gekozen voor het betreffende private gerecht.

Inmiddels is sinds 1 januari 2015 arbitrage opgenomen in artikel 6:236 BW. Wij mogen samenvattend concluderen dat de notaris voldoende feiten en omstandigheden kan meewegen in zijn beoordeling of er sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Op grond van de uitkomst van die toetsing kan hij al dan niet overgaan tot het passeren van de akte.

Volledigheidshalve vermelden wij nog de volgende context aangaande de ambtshalve toetsing in de praktijk. Ancery en Krans wijzen erop dat de praktijk bij verstekzaken uitwijst dat er weinig ambtshalve wordt getoetst:²³³

“Of in de praktijk in verstekzaken veel ambtshalve wordt getoetst, is overigens een andere vraag. Volgens het rapport Ambtshalve toetsing II hanteren veel kantonrechters in verstekzaken de lijn: ongeregelde zaken niet actief opsporen, maar wel potentiële ‘verdachte’ situaties signaleren. Ontstaat bij de ‘reguliere controle’ het beeld dat er waarschijnlijk een consumentenbeschermende bepaling van toepassing is, dan dient de hiervoor vermelde benadering te worden gevolgd. Ontstaat dat beeld niet, dan wordt de kwestie als reguliere incassozaak afgedaan.”

Bij verstekzaken dient de rechter volgens hen te blijven binnen de grenzen van de rechtsstrijd.

“Partijen leveren immers het feitelijk kader aan, waarop de rechter het recht toepast. Dat feitelijk kader kan ook wel worden aangeduid als de rechtsstrijd. Alleen de feiten die binnen deze rechtsstrijd vallen, mogen door de rechter worden gebruikt.”

In aanvulling op het vorenstaande vermelden wij de regeling die is neergelegd in artikel 6:240-242 BW, artikel 62 en 1003-1006 Rv, op grond waarvan een beding uit algemene voorwaarden onredelijk bezwarend kan worden verklaard.²³⁴ Deze regeling voorziet erin dat de rechter een beding in algemene voorwaarden op vordering van onder meer consumentenorganisaties (artikel 6:240 lid 3 BW) onredelijk bezwarend kan verklaren. Het Hof te 's-Gravenhage is exclusief bevoegd om in

²³³ Ancery en Krans 2016, p. 830; Rapport Ambtshalve toetsing II 2014, hoofdstuk 3.7, p. 46 e.v.

²³⁴ Snijders, Klaassen en Meijer, nr. 361, p. 397-398.

eerste (en enige) instantie van een dergelijke vordering kennis te nemen (artikel 6:241 lid 1 BW). Ook van deze mogelijkheid wordt in de praktijk niet of nauwelijks gebruik gemaakt.

2.6.8 Barmhartigheid in het burgerlijk procesrecht

Op 8 december 2017 verscheen van de hand van Biemans en Castermans een pre-advies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht onder de titel “Barmhartigheid in het burgerlijk recht”.²³⁵ Daarin werd met goede argumenten een nieuw leerstuk geïntroduceerd in het domein van het burgerlijk recht: het leerstuk van de barmhartigheid. Om het belang van dit pre-advies voor ons onderzoek te duiden, behoeven wij slechts de subtitel te citeren: “*Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid*”. De twee centrale vragen die werden opgeworpen, zijn: (1) “*Moet er ruimte zijn voor barmhartigheid in het burgerlijk recht?*”, en (2) “*Is die ruimte er?*” Een kleine samenvatting is als volgt. In de bijdrage wordt een verkenning gegeven van het begrip barmhartigheid en haar betekenis voor het burgerlijk recht.²³⁶ Daarna spitst Biemans zijn bijdrage toe op de kredietverlening, en heeft Castermans onderzocht of het burgerlijk recht een bijdrage kan leveren aan de armoedebestrijding. In hun gezamenlijke conclusies hebben zij bijvoorbeeld op de mogelijkheid gewezen om de opeisbaarheid van vorderingen uit te stellen. Voorts dringen zij aan op een meer precieze implementatie van het Europees recht en de normalisering van de positie van de overheid als schuldeiser. De auteurs geven het eerste hoofdstuk de titel: “*Tot hier en niet verder*”. Vervolgens openen zij het hoofdstuk met de zin: “*Barmhartigheid en burgerlijk recht hebben op het oog niets met elkaar te maken, en tegelijk alles.*”

De auteurs menen in relatie tot het Europese consumentenrecht, dat het Burgerlijk Wetboek te weinig toegesneden oplossingen biedt voor de bescherming van de kwetsbare consument. Zij menen dat de implementatie in het privaatrecht “concreter” mag. Er is volgens hen behoefte aan concrete regelingen voor de privaatrechtelijke sanctie op de schending van in Europese richtlijnen genoemde normen. In de context van het pre-advies gaat het daarbij met name om de Europese bescherming tegen overkreditering (Richtlijn 2014/17/EU van het Europees parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 60/34). Het naleven van de normen kan volgens de auteurs niet zonder meer worden overgelaten aan algemene leerstukken in het burgerlijk recht zoals schadevergoeding, met alle complexe vervolgvragen van dien. Dit blijkt onder meer uit de rechtspraak inzake effectenlease. De auteurs menen verder dat de wetgever burgers aan hun lot overlaat wegens een gemis aan duidelijkheid, indien hij niet voorziet in een adequate vertaling. Dit getuigt naar hun mening niet van barmhartigheid.²³⁷ De bespiegelingen hierover staan vermeld in het laatste hoofdstuk, getiteld: “*Tot hier en verder*”.

235 Biemans en Castermans 2017.

236 Zie <https://www.universiteitiden.nl/nieuws/2017/12/preadvies-barmhartigheid-in-het-burgerlijk-recht-door-prof.-mr.-j.w.a.-biemans-en-prof.-mr.-a.g.-castermans>.

237 Biemans en Castermans 2017, p. 195.

De publicatie heeft ons aangezet om het leerstuk van de barmhartigheid eveneens te noemen in relatie tot het burgerlijk procesrecht. Het is zonder meer een interessante gedachte. In relatie tot ons onderzoek zouden toekomstige onderzoekers vanuit het leerstuk van de barmhartigheid kunnen veronderstellen dat er bijzondere aandacht vereist is in relatie tot “ongeletterde, murwe burgers” met veel schulden versus de rol van incassobureaus. De wet vereist inderdaad waarborgen voor deze groep. Hierdoor zal een actieve rol van de notaris, in het model van private rechtspraak dat wij in ons onderzoek voorstaan, vereist zijn.

In relatie tot ons onderzoek, noemen wij twee richtinggevende gedachten.

Ten eerste stellen wij vast dat niet alle consumenten bij incassoprocedures tot de kwetsbare groep behoren. Er zijn ook geschoolde consumenten die door tijdsdruk een betaling over het hoofd hebben gezien, of die het op een zitting willen laten aankomen om een principieel punt ter verdediging aan te voeren. Daarnaast zijn er consumenten die willens en wetens aan hun betalingsverplichtingen willen ontsnappen. In die groep zijn er voorts consumenten die daarbij alle mazen in de wet (en daarbuiten) zullen aanwenden. Er zijn ten slotte consumenten die verschillende kenmerken vertonen. Met andere woorden: in de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om een scherpe grens te trekken.

Ten tweede zijn de meningen nog niet uitgekristalliseerd. Wij menen dat in de praktijk de contouren reeds zichtbaar zijn geworden van twee stromingen die van elkaar kunnen worden onderscheiden. De eerste stroming zal op basis van het leerstuk van de barmhartigheid menen dat de overheidsrechter de enige instantie is, die op onafhankelijke en onpartijdige wijze de rechtspositie van de kwetsbare consument kan beschermen. De tweede stroming zal erop wijzen dat de overheid per definitief onbarmhartig is, althans dat het systeem waarbinnen de kantonrechter vonnis wijst, als zodanig onbarmhartige kenmerken vertoont.

Het vorenstaande wijst op een actieve rol van de notaris in het model dat wij voorstaan in dit proefschrift. Deze actieve rol ligt al besloten in het wettelijke kader door de gelding artikel 17 lid 1 Wna, dat bepaalt: *“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.”*

De tweede stroming baseert zich onder meer op de outputfinanciering van de publieke rechtspraak. De Raad van de Rechtspraak vermeldt hierover op de website (www.rechtspraak.nl): *“De Rechtspraak krijgt per vonnis een bedrag. Dus meer vonnissen, meer geld, minder vonnissen, minder geld. Hoeveel geld de Rechtspraak voor een vonnis krijgt, hangt af van het type zaak. Deze methode van financiering heet outputfinanciering. Circa 95% van de Rechtspraak wordt via outputfinanciering gefinancierd.”* De kostprijs van een verstekzaak bij de kantonrechter is niet meer dan € 11 (tarief 2014), terwijl de griffierechten € 115 of meer bedragen.²³⁸ De marge bestaat uit

238 Kramer, Tillema en Tuil 2014, p. 4.

onverklaarbare kosten (geen kosten of ‘spookkosten’). Dit betekent dat de consument – kwetsbaar of niet – verplicht wordt om een bijdrage te leveren aan de financiering van de rechtspraak, zonder dat hij hier weet van heeft en zonder dat hem iets gevraagd wordt (zie ook § 2.2.5).

Concluderend stellen wij dat aan het concept van barmhartigheid in het burgerlijk procesrecht op twee zeer uiteenlopende manieren vorm gegeven kan worden. Sommigen achten het enkele gebruik van de procedure bij de overheidsrechter een instrument van rechtsbescherming bij incassozaken. Anderen daarentegen achten het enkele gebruik van de procedure bij een privaatrechtelijk gerecht als instrument van rechtsbescherming bij incassozaken. In dit proefschrift (zie § 2.2.5) hebben wij uiteengezet dat de kostenefficiëntie in combinatie met het terugdringen van het aantal incassoprocedures een belangrijk instrument van rechtsbescherming is. Hierbij houden wij trouwens de eisen die de wet aan hen stelt (zie § 2.2.3 – 2.2.4) in het oog. Aangezien het gaat om ontluikende richtinggevend gedachten binnen het domein van het burgerlijk procesrecht naar aanleiding van de publicatie van Biemans en Castermans en wij niet de intentie hebben om daar diepgaand onderzoek naar te doen, zullen wij het hierbij laten.

2.7 DE POSITIE VAN GEÏNSTITUTIONALISEERD BINDEND ADVIES EN ARBITRAGE BINNEN DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf vergelijken wij de procedures van bindend advies en arbitrage. Wij kijken daarbij ten eerste in § 2.7.1 naar de praktijk, door een korte inventarisatie te geven van de reglementen van gevestigde instituten. In § 2.7.2 analyseren wij de mogelijkheden om te komen tot een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage. Tenslotte trekken wij in § 2.7.3 conclusies over de overeenkomsten en verschillen tussen bindend advies en arbitrage in de praktijk.

2.7.1 Inventarisatie van bindend advies en arbitrage bij verschillende private gerechten

Wij schetsen hieronder een beeld van de benadering van bindend advies en arbitrage bij verschillende gevestigde gerechten.

Tot 1 januari 2015 was de regeling voor het bindend advies opgenomen in het arbitragereglement van het NAI. In de toelichting voorafgaande aan het reglement van het NAI (2010) werd onder punt 10 van de inleidende opmerkingen benadrukt dat bij het bindend advies, in tegenstelling tot arbitrage, geen eenvoudig verloop tot tenuitvoerlegging mogelijk was. Het NAI had een duidelijke voorkeur voor arbitrage en zag het bindend advies als instrument voor een rest-categorie, blijkens lid 6 van dit artikel:

“10.6 Er zullen ook nog gevallen overblijven, die niet door arbitrage kunnen worden opgelost, omdat toepasselijke wetgeving dat niet toestaat. Met het oog op deze gevallen is in het Arbitragereglement de bepaling gehandhaafd, dat indien partijen arbitrage zijn overeengekomen doch naar het oordeel van het scheidsrecht een geschil geheel of ten dele niet vatbaar is voor arbitrage, het scheidsrecht bevoegd is de uitspraak geheel of ten dele in de vorm van een bindend advies te geven (artikel 3(2)).”

Voor het overige treffen wij geen bijzondere procedurevoorschriften aan voor bindend advies in het reglement. Op grond van het vorenstaande leiden wij af dat de procedure op dezelfde wijze wordt gevoerd als bij arbitrage, maar dat de nadruk in het reglement wordt gelegd op de verschillen tussen beide grondslagen. Wij tekenen hierbij aan dat de procespartijen een grote mate van vrijheid hebben om af te wijken van de bepalingen van het reglement. De wijze waarop een proces verloopt kan daarom van geval tot geval verschillen. Sinds 1 januari 2015 hanteert het NAI een afzonderlijk reglement voor bindend advies. Van een andere visie op bindend advies is ons niet gebleken. Kenmerkend voor het NAI is de grote mate van vrijheid van partijen om zelf hun procedure in te richten.

Bij de verklarende woordenlijst op de website van de Raad van Arbitrage voor de Bouw staat eveneens vermeld dat recht gesproken wordt op de grondslag van arbitrage, tenzij partijen hebben gekozen voor bindend advies. Artikel 12 van het arbitragereglement 2015 is ongewijzigd ten opzichte van het arbitragereglement 2012 en bepaalt dat geschillen worden beslecht op de grondslag van arbitrage, tenzij partijen bindend advies zijn overeengekomen. Verder wijzen wij op artikel 3 lid 14 (ongewijzigd), dat als volgt luidt:

“De woorden ‘arbitrer(s)’, ‘scheidsgerecht’ enz. worden in dit reglement, tenzij uit de tekst anders blijkt, niet alleen gebruikt voor de wettelijke arbitrage maar ook voor het bindend advies, dus in de betekenis van ‘bindend adviseur(s)’, ‘commissie van advies’ enz.”

Op grond van het vorenstaande leiden wij af dat de procedure op dezelfde wijze wordt gevoerd als bij arbitrage, maar dat de nadruk in het reglement wordt gelegd op de verschillen tussen beide grondslagen.

De afkorting TAMARA staat voor Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam. Op de website staat het volgende vermeld.

“Stichting Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam (TAMARA) biedt een platform voor het voeren van professionele arbitrages op de terreinen scheepvaart, scheepsbouw, transport, opslag, logistiek en internationale handel. Met TAMARA arbitrage kiest u voor een kwalitatieve en snelle oplossing van geschillen tegen redelijke kosten.”

Bij de Stichting TAMARA worden derhalve uitsluitend arbitrale procedures gevoerd. De figuur van het bindend advies komt alleen voor bij een geschil tussen één of meer partijen enerzijds en/of één of meer arbiters anderzijds. Het gaat dan bijvoorbeeld over de door arbiters in rekening gebrachte kosten. De keuze voor arbitrage kan samenhangen met het internationale karakter. Impliciet valt uit de tekst af te leiden dat binnen het instituut het bindend advies gezien wordt als niet geheel gelijkwaardig aan arbitrage.

De SGC behandelt zaken op grondslag van bindend advies. De klachtencommissies hanteren een reglement met procedurele voorschriften. Uit het jurisprudentieregister blijkt dat de klachtencommissies in de beslissingen veroordelingen uitspreken, alsof het om vonnissen gaat. Wij geven hiervan slechts een voorbeeld.

“Stichting Geschillencommissies, Procedure ADV11-0031

“Beslissing

“De commissie bepaalt dat de cliënt aan de advocaat nog een bedrag is verschuldigd van € 947,62 (inclusief BTW en verschotten). Met inachtneming van het vorenstaande wordt het depotbedrag van € 956,73 als volgt verrekend. Aan de advocaat wordt een bedrag van € 947,62 overgemaakt. Aan de cliënt wordt een bedrag van € 9,11 gerestitueerd.

“De commissie wijst het meer of anders verzochte af.

“Aldus beslist door de Geschillencommissie Advocatuur op 11 april 2011.”

Dezelfde benadering wordt gevolgd door Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KIFID).²³⁹ Als voorbeeld noemen wij opnieuw een uitspraak.

“Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-340 d.d. 1 december 2011

“Samenvatting

“Advies. De consument stelt dat hij ontoereikend is voorgelicht over het achtergestelde karakter en de rentegevoeligheid van perpetuums. Voor de beoordeling van de voorlichting gaat de Commissie af op transcripties van een telefoongesprek tussen consument en zijn beleggingsadviseur. De inhoud van dit gesprek geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de consument, als hij indringender op de risico's was gewezen, van aankoop van de perpetuums zou hebben afgezien. De vordering wordt afgewezen.

(...)

“4.13 Gezien het voorgaande dient de vordering van Consument te worden afgewezen.

“5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering af.”

e-Court behandelde tot juni 2011 zaken op grondslag van bindend advies, en de jaren erna op grondslag van arbitrage (zie § 1.3.1). Het procesreglement van e-Court voorziet nog steeds in beide vormen van geschilbeslechting. Daarbij is sprake van een dwingend karakter van de bepalingen uit het procesreglement. Partijen hebben daardoor geen vrijheid om via hun onderlinge overeenkomst de procedure naar eigen inzicht (nader) in te richten.

Dit laatste, een dwingende toepassing van het procesverloop, geldt overigens eveneens voor de SGC. Echter, bij de SGC staan de processtappen niet volledig vast en hangt de doorlooptijd soms af van de interne verwerking en de snelheid van de betreffende commissie. Als voorbeeld behandelen wij twee artikelen uit het Reglement Geschillencommissie Kinderopvang en Peuterspeelza-

239 Hellegers 2015. KIFID biedt ook de mogelijkheid van een niet-bindend advies, zie Ernste 2015.

len. (1) In artikel 12 is bepaald dat de commissie de ondernemer schriftelijk in kennis stelt van het in behandeling nemen van het geschil, en stelt hem gedurende één maand in de gelegenheid zijn standpunt over het geschil schriftelijk aan de commissie kenbaar te maken. Wij leiden uit de bepaling af dat het moment van in kennis stellen af zal hangen van de interne verwerkingstijd die de commissie nodig heeft na binnenkomst van de klacht. Wij stellen vast dat er geen specifieke tijdsindicatie opgenomen. (2) In artikel 13 lid 1 is bepaald dat indien de commissie dit nodig acht of indien één partij of beide partijen hiertoe de wens te kennen geeft of geven, beide partijen worden opgeroepen teneinde mondeling te worden gehoord. De commissie stelt in dat geval plaats, dag en uur vast en stelt partijen daarvan op de hoogte. Wij leiden uit het artikel af dat van tevoren niet kenbaar is of een zitting zal worden gelast, hetgeen op zichzelf een gebruikelijke gang van zaken is. Verder leiden wij af, dat indien en voor zover een zitting zal worden gelast, eerst op dat moment gezocht zal worden naar een datum en tijdstip voor de mondelinge behandeling. Deze benadering kan een vertragend effect hebben op de doorlooptijd van de procedure van enkele weken tot enkele maanden.

Wij concluderen dat de arbitrage-instituten stellig menen dat een bindend advies niet gelijk gesteld kan worden aan een arbitraal vonnis, en dat zij het onderscheid vooral maken doordat het verkrijgen van de executoriale titel voor een bindend advies door rechterlijke tussenkomst (nakoming) als omslachtiger wordt gezien dan de verkrijging van de executoriale titel voor een arbitraal vonnis door rechterlijke tussenkomst (exequatur). Daarentegen worden bij de geschillencommissies zaken op de grondslag van bindend advies juist op eenzelfde manier behandeld als (scheids)rechterlijke procedures en vonnissen. De tenuitvoerlegging van uitspraken is via een garantieregeling geëffectueerd. Dit is ook mogelijk doordat de veroordeelde partijen bedrijven zijn die aan de daarvoor geldende regels moeten voldoen. Sinds 2010 heeft e-Court het onderscheid tussen bindend advies en arbitrage genuanceerd, en lijkt het juist te streven naar een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage.

2.7.2 Gelijkstelling van bindend advies en arbitrage

In § 1.1.1 stelden wij vast, dat arbitrage door de wetgever wordt gezien als een van de belangrijkste vormen van geschilbeslechting naast de overheidsrechter, die berust op de wet. Voorts acht de wetgever arbitrage een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen.²⁴⁰ In § 2.6.7 hebben wij geconcludeerd, dat de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM (§ 2.2), in hoge mate relevant zijn voor de vraag of de private rechtspraak als definitieve beëindiging van het conflict kan worden beschouwd (§ 1.2.3). Wij menen dat het vorenstaande een nader onderzoek indiceert naar de mogelijkheid tot een vergaande gelijkstelling van bindend advies en arbitrage. Immers, indien een gelijkstelling gerealiseerd kan worden, kan ook van bindend advies worden gezegd dat het een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak is.

240 *Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.*

Wij zien op grond van de wet dat er twee methoden zijn om bindend advies en arbitrage aan elkaar gelijk te stellen, althans zoveel mogelijk aan elkaar gelijk te stellen.

De eerste methode is door gebruik te maken van de contractsvrijheid bij arbitrage, en wel zodanig dat de wettelijke procedurele voorschriften contractueel zoveel mogelijk buiten werking worden gesteld. Hierdoor kan arbitrage nagenoeg gelijk gemaakt worden aan het (*ad hoc*) bindend advies, op een enkele dwingende wettelijke bepaling na. Deze methode laten wij buiten beschouwing, omdat wij voor incassogeschillen de kenbaarheid van de procedurele voorschriften en de rechtsbescherming van consumenten als onderdeel daarvan, van groot belang achten.

De tweede methode is door gebruik te maken van een procesreglement bij bindend advies, waarbij zoveel mogelijk de procedurele waarborgen van de wettelijke regeling van arbitrage van toepassing worden verklaard op de bindend adviesprocedure. De betekenis van het procesreglement voor dat doel, is naar ons oordeel in de literatuur onvoldoende onderkend. Dit is jammer, omdat met een procesreglement het nadeel van het gemis van een procedurele voorschriften in artikel 7:900 BW kan worden ondervangen. Wij menen dat dit door de praktijk van de SGC voldoende is aangetoond. De SGC heeft daarbij zelfs voorzien in een nakomingsgarantie, zodat de consument erop kan vertrouwen dat in geval van een toegewezen vordering deze wordt voldaan. Professionele geschilbeslechting op basis van een reglement heeft als voordeel dat op elk moment – door belanghebbenden en door derden – kan worden beoordeeld in hoeverre de procedure voldoet aan de beginselen van behoorlijk procesrecht, en aan de wettelijke bepalingen zoals die gelden voor arbitrage. Hierdoor wordt de rechtszekerheid en de rechtsbescherming van consumenten gediend. Wij brengen in deze context de formulering van art. 1374, lid 1 oud BW in herinnering: *“Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.”*

Gelet op de twee methoden van gelijkstelling zouden wij het belang dat in de literatuur wordt gehecht aan het feit dat de wet wel (uitvoerige) procedurele voorschriften bevat voor arbitrage en geen (althans: nauwelijks) procedurele voorschriften bevat voor het bindend advies, enigszins willen nuanceren.

Wij zullen de tweede methode volgen.

Aan de hand van verschillende elementen proberen wij te komen tot een gelijkstelling van de procedure op grondslag van bindend advies en arbitrage. Dit levert het volgende beeld op.

1. Er moet een overeenkomst zijn gesloten tussen partijen voor de vorm van de private rechtspraak (bindend advies of arbitrage). Om de geschilbeslechter of arbiter in staat te stellen het bestaan van de overeenkomst te constateren, zal het een schriftelijke overeenkomst dienen te zijn (vgl.

artikel 1021 Rv voor arbitrage).²⁴¹ Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

2. De oproeping van gedaagden kan voor bindend advies en arbitrage op dezelfde manier geschieden: schriftelijk, per mail of – relevant voor ons onderzoek – per deurwaardersexploot. De inhoud van het exploot kan daarbij op hoofdlijnen gelijk zijn, te weten een uitleg van de procesgang, met inbegrip van informatie over artikel 6:236 sub n BW (zie § 2.3.1). Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
3. De procesgang kan op dezelfde manier worden ingericht, te weten twee schriftelijke rondes van hoor en wederhoor gedurende vier weken, gevolgd door eventueel een zitting in week 5 en daarna uitspraak vanaf week 6. De beginselen van een behoorlijk proces zijn daarbij van toepassing, kenbaar en controleerbaar, zoals het uitgangspunt van een gelijke behandeling van partijen, en de mogelijkheid tot wraking.²⁴² Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op deze punten mogelijk is.
4. De wijze waarop de beslissing wordt genomen en gemotiveerd, is bij bindend advies en arbitrage gelijk. Een subtiel verschil is te vinden in de terminologie (boven de uitspraak in een bindend adviesprocedure zal “bindend advies” staan vermeld en bij arbitrage “arbitraal vonnis”). Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
5. Het bindend advies en het arbitrale vonnis zijn beide van rechtswege bindend, maar niet afdwingbaar (zie § 1.1.3). De wettelijke regeling maakt op dit punt geen onderscheid.
6. Bij de herziening van het arbitragerecht van 1 januari 2015 kwam de verplichting tot depot bij de griffie van de rechtbank voor arbitrage te vervallen. Hierdoor kan worden gezegd dat de wettelijke regelingen van arbitrage en bindend advies op dit punt gelijkgesteld kunnen worden, en de vraag in hoeverre dit het geval is, hangt af van de (contractuele) inrichting van het scheidsrecht en de geschillencommissie via het procesreglement.²⁴³ Het deponeren van een arbitraal vonnis kan geschieden bij de griffie van de rechtbank (artikel 1058 Rv). Voor de deponering van een bindend advies geldt dit niet. Evenwel wijzen wij erop dat een bindend adviseur evenals een scheidsrecht de deponering van een bindend advies kan gelasten onder de notaris. Uit een oogpunt van rechtszekerheid zien wij daarin een gelijkwaardige oplossing. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
7. De mogelijkheid van hoger beroep en de daarvoor bepaalde termijn kunnen bij bindend advies en arbitrage aan elkaar gelijk gesteld worden, waarbij de wettelijke termijnen van arbitrage kun-

241 HR 17 januari 2003, NJ 2004/280 (*ABN AMRO/Teisman*).

242 Ernste 2012a, p. 179; Krans 2010, p. 153; G.J. Meijer 2011, p. 33 e.v.

243 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611; zie voor reacties op de herziening uit de praktijk Van Almelo 2014.

nen worden gevolgd. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

8. De mogelijkheden voor de crediteur om via de publieke rechtspraak een afdwingbare einduitspraak te verkrijgen, lijken sterk op elkaar, te weten na een marginale toets door de overheidsrechter (zie § 2.6). Wij menen dat op grond van het vorenstaande weliswaar niet gesproken kan worden van een volledige gelijkstelling, maar wel van een mate van wettelijke bescherming bij zowel bindend advies als arbitrage.
9. De debiteur heeft de mogelijkheid om een bindend advies of een arbitraal vonnis door de publieke rechter te laten vernietigen (zie § 2.6). De debiteur heeft bij arbitrage daarenboven de mogelijkheid van herroeping ex artikel 1068 Rv. Voor bindend advies kunnen de verschillen via het procesreglement worden opgeheven door dezelfde gronden op te nemen voor bindend advies. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.
10. De overeenkomst tot bindend advies of arbitrage kan worden aangetast door een beroep op vernietigbaarheid van de overeenkomst op grond van dwaling (artikel 6:228 BW), bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW) of strijd met de openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW) of omdat de overeenkomst van rechtswege nietig is, in geval van strijd met een dwingende wetbepaling (artikel 3:40 lid 2 BW). De wettelijke regeling maakt op dit punt geen onderscheid.
11. De termijn om de vernietiging of herroeping in te roepen bij arbitrage is drie maanden (artikel 1064 e.v. Rv). Op grond van artikel 3:55 lid 2 BW kan ook voor bindend advies een termijn van drie maanden worden toegevoegd. Daarmee zal de gelijkstelling van bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk zijn.
12. De beoordeling van het geschil vindt plaats door geschilbeslechtters danwel arbiters, die zijn geselecteerd op grond van opleiding en werkervaring. Hun verplichting tot onpartijdige behandeling en onafhankelijk optreden, ongeacht de grondslag van bindend advies of arbitrage, is neergelegd in een gedragscode. Wij concluderen dat een gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage op dit punt mogelijk is.

Hiervoor hebben wij aangetoond dat een gelijkstelling van bindend advies en arbitrage mogelijk is. Wij merken op dat bij de hiervoor genoemde punten subtiele verschillen kunnen bestaan. Zo is bij punt 1 een onderscheid te maken tussen een overeenkomst tot bindend advies en een overeenkomst tot arbitrage. Bij punt 9 gaat het om onderling vergelijkbare rechtsmiddelen, hoewel deze niet volledig identiek zijn. Wij constateren echter geen wezenlijke verschillen. Daarom hebben wij deze punten als overeenkomsten beschouwd, in de zin dat procedures juist vergelijkbaar zijn en

zelfs nagenoeg gelijk aan elkaar zijn. Indien wij materiële verschillen als uitgangspunt nemen voor de vergelijking tussen bindend advies en arbitrage, blijken deze er niet te zijn.

2.7.3 Conclusies over de gelijkstelling tussen bindend advies en arbitrage in de praktijk

Op grond van het vorenstaande komen wij tot twee conclusies over de mogelijkheid van een gelijkstelling van de bindend adviesprocedure en de arbitrale procedure.

Onze eerste conclusie is dat in de benadering van een gelijkstelling voor de procespartijen geen materieel onderscheid bestaat tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting.²⁴⁴ Hun rechtspositie is immers vergelijkbaar en het procesverloop is identiek.

Onze tweede conclusie is dat in het geval van een gelijkstelling moeilijk gezegd kan worden dat bindend advies een niet geheel gelijkwaardige vorm van rechtspraak zou zijn. Onze redenering is als volgt. (i) De bindend adviesprocedure is gelijkwaardig aan die van arbitrage, indien er sprake is van een procesreglement dat vergelijkbare waarborgen biedt als de wettelijke waarborgen van arbitrage. (ii) De beide vormen van rechtspraak berusten op formele wetgeving (bindend advies ex artikel 7:900 e.v. BW respectievelijk arbitrage ex artikel 1020 e.v. Rv). Wij merken op dat de wetgever geen rangregeling tussen deze beide wetten heeft aangebracht. De wetten zijn derhalve onderling gelijkwaardig. (iii) De regeling van arbitrage bevat vooral bepalingen van aanvullend recht. Hiervan mag in de praktijk worden afgeweken, en mogen bepalingen buiten werking worden gesteld. Dit gebeurt ook. Op grond van de bovenstaande redenering is de brief van de staatssecretaris van 23 juni 2011 op dit punt juridisch en feitelijk onjuist.

De vorenstaande eerste conclusie dat voor de procespartijen geen materieel onderscheid hoeft te bestaan tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting heeft nog een verdere betekenis voor ons onderzoek. De conclusie brengt namelijk drie interessante punten mee die in de afgelopen jaren niet of nauwelijks in de belangstelling hebben gestaan. De drie punten zijn: (i) de arbitrale procedure leent zich op dezelfde wijze als de bindend adviesprocedure voor waarneming door de notaris (zie hoofdstuk 4), (ii) de notaris kan bij de arbitrage op dezelfde wijze als bij bindend advies vaststellen dat de verkrijging van de executoriale titel via een procedure bij een privaat gerecht door de partijen is gewild (zie hoofdstuk 5), en (iii) de notaris kan bij arbitrage op dezelfde wijze als bij bindend advies invulling geven aan zijn zorgplicht (zie hoofdstuk 6). Voor ons onderzoek zullen wij ons daarom op de gelijkstelling concentreren als hiervoor bedoeld.

2.7.4 De voorvraag voor de notaris bij een keuze voor private rechtspraak

Alvorens zich over het vraagstuk te kunnen buigen van zijn wettelijke bevoegdheid om een akte te passeren (zie § 3.1), zal de notaris, die wordt aangezocht om een juridische procedure waar te nemen en zijn bevindingen vast te leggen in een proces-verbaalakte, zich binnen de context van

²⁴⁴ Voor de arbiter in kwestie maakt het wel verschil of hij in hoedanigheid van bindend adviseur of van arbiter optreedt. In het strafrecht wordt in artikel 84 lid 2 Sr bepaald dat arbiters onder het begrip ambtenaren en rechters worden geschaard: "Onder ambtenaren en onder rechters worden begrepen scheidsrechters; onder rechters zij die administratieve rechtsmacht oefenen." Dit verschil blijft verder buiten beschouwing, omdat het de procespartijen niet raakt.

private rechtspraak ten eerste een oordeel moeten vormen over de vraag (i) of partijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter, en (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige waarborgen van artikel 6 EVRM (§ 2.2).

Van de notaris wordt immers verwacht dat hij zijn ambt onafhankelijk uitoefent en daarbij de belangen van alle betrokkenen behartigt (zie artikel 17 Wna). Deze voorvraag impliceert naar ons oordeel een eigen onderzoek van de notaris; in het model dat wij voorstaan in dit proefschrift is een positieve uitkomst daarbij vereist. In zoverre kwalificeren wij het onderzoek als een eerste pro-actieve toetsing. De notaris kan dit onderzoek vormgeven op drie niveaus. Het eerste niveau noemen wij het systeemniveau (zie § 2.1-2.3). Hiermee bedoelen wij de wetgeving, literatuur en jurisprudentie waarin de publieke gerechten en de private gerechten opereren en waardoor de rechtspositie van de consument in grote mate wordt bepaald. Het tweede niveau noemen wij het organisatieniveau (zie § 2.5). Hieronder vatten wij de wijze waarop een individueel gerecht is georganiseerd, zoals de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van gerechten en de deskundigheid van de arbiters of geschilbeslechtters. De mate van transparantie en de kosten van de dienstverlening. Het derde niveau noemen wij het dossierniveau (zie § 2.4). Hiermee doelen wij op de waarborgen van een behoorlijk proces, waaronder begrepen de begrijpelijkheid van de procedure (processtappen, eventuele uitstellen en processuele complicaties, begrijpelijke taal), en een redelijke termijn waarbinnen uitspraak wordt gedaan.

Wij stelden in § 2.2.3 bij de behandeling van artikel 6 EVRM en artikel 17 Gw, dat wij in de wettelijke regeling een impliciete veronderstelling menen te lezen, namelijk dat de publieke rechtspraak de hoogste graad van kwaliteit en/of bescherming biedt aan de procespartijen, en met name aan de kwetsbare procespartij. Daarop voortbouwend lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat de notaris (geabstraheerd van de feiten en omstandigheden van het geval), een keuze voor een privaat gerecht in beginsel zal willen behandelen als een mogelijke risico voor de rechtspositie voor de kwetsbare procespartij (zie § 2.6). De bevoegdheid van een privaat gerecht, welk gerecht dan ook, zal hij in dat geval hebben te beoordelen als een potentieel nadelig rechtsgevolg voor de consument.

De notaris kan het onderzoek ten aanzien van de bovengenoemde vraag naar de vrijwillige en ondubbelzinnige afstand van de overheidsrechter (i) uitvoeren aan de hand van (a) de formulering van de letterlijke tekst van het forumkeuzebeding in de algemene voorwaarden, (b) de informatievoorziening en de nadere wilsafvraging door middel van het oproepingsexploit waarin de eisende partij zich beroept op het beding (de toepassing van artikel 6:236 sub n BW), en (c) de naleving van de wettelijke termijn (van artikel 6:236 sub n BW), waarbinnen aan de gedaagde gelegenheid wordt geboden om alsnog te kiezen voor behandeling van het geschil door de overheidsrechter.

De notaris kan in het onderzoek ten aanzien van de bovengenoemde vraag naar de vrijwillige en ondubbelzinnige afstand van de overheidsrechter tevens betrekken (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige eisen die ex artikel 6 EVRM mogen worden gesteld en waarvan zij geen afstand hebben gedaan. Dit onderzoek kan hij uitvoeren aan de hand van de eisen die mogen worden gesteld aangaande de inrichting van het proces (§ 2.4) en de organisatie van het instituut (§ 2.5), zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM.²⁴⁵ Hij zal zich daarbij derhalve een oordeel vormen op dossierniveau en organisatieniveau om vast te kunnen stellen in hoeverre de rechtspositie van beide procespartijen met voldoende waarborgen is omkleed. De notaris kan op deze wijze de toetsingscriteria van Hof Leeuwarden²⁴⁶ (zie (§ 2.6.7) aan de hand van concrete feiten en omstandigheden beoordelen. De notaris zal derhalve de concrete omstandigheden van het geval dienen te toetsen, die wij als volgt formuleren:

- *is de onafhankelijkheid van de arbiter gewaarborgd?*
- *is de arbiter gehouden tot toepassing van de wettelijke regels?*
- *Wordt de consument niet voor hogere kosten geplaatst dan in een procedure voor de overheidsrechter?*
- *is de afstand tussen de woonplaats van de consument en de plaats van een zitting geen belemmering voor de consument?*

Op grond van de uitkomsten van het onderzoek zal de notaris mitsdien tot een positief eindoordeel dienen te komen op dossierniveau en op organisatieniveau in relatie tot een gegeven privaat gerecht.

De notaris die wordt aangezocht voor incassoprocedures zal zich naar ons oordeel eveneens dienen te verdiepen in de ontwikkeling van de moderne bulkincasso, na de vercommercialisering van het ambt van de gerechtsdeurwaarder. Dit is een onderzoek op systeemniveau. De notaris zal daarbij onder andere de inhoud van het rapport *Noblesse Oblige* kunnen (en naar ons oordeel: behoren te) betrekken om zich een beeld te vormen van de rechtspositie van de consument binnen de publieke rechtspraak.²⁴⁷

De notaris zal zijn bevindingen op systeemniveau, alsmede op organisatie- en dossierniveau, dienen te vatten in een eindoordeel over de voorvraag in hoeverre de procespartijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de overheidsrechter en in hoeverre het private gerecht voldoet aan de (overige) waarborgen van artikel 6 EVRM. Indien en voor zover zijn eindoordeel niet positief is, zal de notaris bij voorbaat de opdracht niet in behandeling willen nemen, en dit ook niet mogen doen.

245 Meijer 2011, p. 35 e.v. en p. 73 e.v.; Ernste 2012, p. 105 e.v.

246 Gerechtshof Leeuwarden 5 juli 2011, ECLI, NL:GHLEE:2011:BR2500.

247 Rapport *Noblesse Oblige* 2008

2.8 VIJF RELEVANTE BEVINDINGEN UIT HOOFDSTUK 2

Hieronder herhalen wij vijf voor ons onderzoek relevante bevindingen uit hoofdstuk 2 aangaande de verhouding tussen bindend advies en arbitrage.

(1) Bindend advies is evenals arbitrage verankerd in formele wetgeving. Het bindend advies is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en arbitrage in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het Burgerlijk Wetboek is een wet van dezelfde rang of orde als het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Als zodanig is deze constatering voldoende om beide vormen van rechtspraak aan elkaar gelijk te stellen. Dit geldt zeker bij geïnstitutionaliseerd bindend advies, waarbij waarborgen vergelijkbaar met die van arbitrage kunnen worden opgenomen in een procesreglement dat wordt gepubliceerd.

(2) Het bindend advies steunt, evenals het arbitrale vonnis, op een obligatoire overeenkomst, omdat partijen met elkaar dienen overeen te komen om gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheid van private rechtspraak. Daardoor spreken wij van het obligatoire karakter van het bindend advies. Niettemin heeft het bindend advies zelf, evenals het arbitrale vonnis, daarnaast het karakter van rechtspraak. Anders dan bij arbitrage bevat de wettelijke regeling van het bindend advies geen procedurele regels.

(3) Rechtspraak en rechtsdwang behoren van elkaar te worden onderscheiden. De afdwingbaarheid van een uitspraak is daarbij slechts een uiting van de rechtsdwang. Het gehele proces van rechtspraak bevindt zich op het domein van overheidswang. De grens tussen vrijheid (overeenkomstenrecht) en dwang (rechtsvordering) wordt gemarkeerd door het deurwaardersexploot dat het rechtsgeding inleidt, indien en voor zover deze kwalificeert als het moment waarop de eisende partij een beroep doet op het forumkeuzebeding in algemene voorwaarden ex artikel 6:236 sub n BW. De wettelijke termijn van een maand biedt de gedaagde een laatste gelegenheid om zijn subjectieve wil kenbaar te maken om het geschil te laten behandelen door de overheidsrechter. Als zodanig vatten wij dit op als een nadere wilsafvaging.

(4) Voor adequate private rechtspraak die voldoet aan de eisen die ex artikel 6 EVRM gesteld mogen worden, zijn eisen op dossierniveau en op organisatieniveau van belang. Wij hebben vastgesteld dat voor geïnstitutionaliseerde private gerechten de inrichting van het proces en van de organisatie kenbaar is door het procesreglement, en dat elk in Nederland gevestigd gerecht om goede redenen aan hoge eisen zal willen voldoen. Voor ons onderzoek gaan wij uit van een privaat gerecht dat aan deze eisen voldoet. Het wettelijke kader waarbinnen wij de eisen hebben geformuleerd, noemen wij het systeemniveau. Ook daarin zal de notaris zich hebben te verdiepen. De notaris zal zich al met al een oordeel moeten vormen over de context van private rechtspraak (systeemniveau), de kwaliteit van de organisatie (organisatieniveau) en van de procesvoering (dossierniveau) voordat hij zich kan buigen over zijn bevoegdheid om de procedure waar te

nemen en zijn bevindingen vast te leggen in een proces-verbaalakte. Het onderzoek hiernaar geschiedt mitsdien als een aanvraag.

(5) Bindend advies en arbitrage zijn aan elkaar gelijk te stellen via een procesreglement. Wij hebben aangetoond, dat de procedurevoorschriften voor arbitrage kunnen worden toegepast op bindend adviesprocedures. Indien dit wordt gerealiseerd, behoeft er voor de procespartijen geen materieel onderscheid meer te bestaan tussen bindend advies en arbitrage als vorm van geschilbeslechting. Voor ons onderzoek concentreren wij ons op de situatie van gelijkstelling van beide soorten procedures.

De relevantie van de bevindingen is daarin gelegen, dat arbitrage door de wetgever wordt gezien als een van de belangrijkste vormen van geschilbeslechting naast de overheidsrechter, die berust op de wet. Voorts acht de wetgever arbitrage een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak voor zowel nationale als internationale gevallen.²⁴⁸ De inrichting van het proces (zie § 2.4) en de organisatie van het instituut (zie § 2.5) voldoen aan de eisen, zoals die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 EVRM zie (§ 2.2), zodat private rechtspraak als instrument voor de definitieve beëindiging van het conflict worden beschouwd (§ 1.2.3). Nu de wet de mogelijkheid biedt om, bijvoorbeeld via een procesreglement, tot een vergaande gelijkstelling van bindend advies en arbitrage te komen, kan ook van bindend advies worden gezegd dat het een volwaardig alternatief voor overheidsrechtspraak is.

248 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.

3 | DE NOTARIËLE AKTE

Het ambt van notaris is van alle tijden.²⁴⁹ Huijgen wijst erop dat het woord “notaris” nog altijd naar de oorsprong en de kern van het huidige ambt van de beroepsbeoefenaar verwijst. “Notare” heeft immers in het Latijn als betekenis “optekenen”. De notaris is iemand die ten behoeve van zijn opdrachtgevers bepaald menselijk handelen op schrift stelt. Naar wordt aangenomen reiken de oudste wortels van het notariaat tot in de Egyptische en Romeinse oudheid.²⁵⁰ In dit hoofdstuk beschrijven en analyseren wij het juridische kader van de notariële akte. In § 3.1 gaan wij in op de wettelijke bevoegdheid van de notaris om akten te passeren.²⁵¹ Het gaat om twee soorten akten. In § 3.2 behandelen wij de bewijskracht van de notariële akte in het algemeen. In § 3.3 gaan wij in op de bewijskracht van proces-verbaalakten. In § 3.4 bespreken wij de executoriale kracht van de notariële akte. In § 3.5 behandelen wij het arrest Rabobank/Visser. In § 3.6 vermelden wij vijf relevante bevindingen van dit hoofdstuk op een rij.

Dit alles resulteert in een nieuwe interpretatie van het juridische kader. Dat kader zal worden toegepast in hoofdstuk 4 en volgende hoofdstukken, waarin de onderzoeksvragen zullen worden behandeld.

3.1 WETTELIJKE BEVOEGDHEID, SOORTEN AKTEN, EN SAMENHANG BEWIJSKRACHT EN EXECUTABILITEIT

In deze paragraaf wordt de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren door ons behandeld. In § 3.1.1 bespreken wij de algemene bevoegdheid van de notaris om akten te passeren. In § 3.1.2 gaan wij in op het vereiste van tenminste één opdrachtgever van de notaris. In § 3.1.3 worden zeven beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren, behandeld. In § 3.1.4 trekken wij conclusies naar aanleiding van deze beperkingen. In § 3.1.5 analyseren wij de tekst van artikel 37 Wna, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen partij-akten en proces-verbaalakten. Dit is een kernbepaling voor het in de volgende subparagrafen nader te bespreken vraagstuk van een mogelijk onderscheid tussen de bewijskracht van enerzijds een partijverklaring in een door de partij zelf ondertekende partij-akte of door hem mede ondertekende proces-verbaalakte, en anderzijds een partijverklaring die door de notaris is waargenomen en vastgelegd in een uitsluitend door de notaris ondertekende proces-verbaalakte. In § 3.1.6 gaan wij in op de verschillen tussen de twee soorten akten. In § 3.1.7 noemen wij wettelijke voorbeelden van beide soorten akten. In § 3.1.8 wordt het primaat van de partij-akte in de praktijk beschreven. In § 3.1.9 gaat het om de keuze in de toepassing van de partij-akte en de proces-verbaalakte en de maatstaf die daarbij wordt gehanteerd. In § 3.1.10 beschouwen wij de samenhang tussen bewijskracht en executabiliteit.

249 Huijgen en Pleysier 2001, p. 1 e.v.; Melis/Waaijer 2012, p. 1 e.v.

250 Huijgen en Pleysier 2001, p. 1.

251 Het begrip “passeren” is een synoniem voor het wettelijke begrip “verlijden”, waarmee bedoeld wordt op de ondertekening van de notariële akte door de notaris, zie Huijgen 2001, p. 84.

3.1.1 De algemene bevoegdheid om akten te passeren

Artikel 156 lid 2 Rv definieert het begrip “authentieke akten” als volgt.

“Authentieke akten zijn akten in de vereiste vorm en bevoegdelijk opgemaakt door ambtenaren, aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen. Als authentieke akten worden tevens beschouwd de akten, waarvan het opmaken aan ambtenaren is voorbehouden, doch waarvan de wet het opmaken in bepaalde gevallen aan anderen dan ambtenaren opdraagt.”

In artikel 2 lid 1 Wna is de bevoegdheid van de notaris om ambtelijke werkzaamheden, zoals het passeren van akten, als volgt nader uitgewerkt.

“Het ambt van notaris houdt de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt en andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden te verrichten.”

Waijjer vermeldt in de 2012 bewerking van het standaardwerk van Melis een in het oog springend verschil tussen (i) het notarisambt en (ii) andere ambten. Bij andere ambten kunnen wij denken aan een ambtenaar van de burgerlijke stand en een gerechtsdeurwaarder. Op grond van artikel 2 Wna is de bevoegdheid van de notaris niet beperkt tot het opmaken van bepaalde, bij of krachtens de wet aangewezen authentieke akten. Zelfs indien de wet het opmaken van een akte niet specifiek aan de notaris opdraagt, is hij bevoegd authentieke akten op te maken. Voorwaarde is volgens Waijjer dan wel dat er een partij is, die dat van hem verlangt.²⁵²

De laatste opmerking van Waijjer is voor ons onderzoek relevant, omdat een analyse van de wettelijke regeling van het bindend advies (artikel 7:900 BW e.v.), van arbitrage (artikel 1020 e.v. Rv) en van de notariële wetgeving uitwijst, dat het waarnemen en vastleggen in een notariële akte van bindend-adviesprocedures en arbitrageprocedures niet bij wet aan de notaris wordt opgedragen.²⁵³

Dit betekent dat de mogelijke bevoegdheid van de notaris om akten te passeren in de context van private rechtspraak, dient te worden ontleend aan zijn bevoegdheid van algemene aard. De notaris zal genoemde taak uitsluitend vanuit zijn algemene bevoegdheid mogen vervullen. Voor het vastleggen van een bindend-adviesprocedure betekent dit het volgende. De notaris zal een akte mogen opmaken voor dit doel, indien en voor zover een (enkele) partij dat als opdrachtgever van hem verlangt.

252 Melis/Waijjer 2012, p. 26.

253 Dit geldt overigens ook voor de waarneming van een aandeelhoudersvergadering door een notaris.

3.1.2 De opdrachtgever van de notaris bij een proces-verbaalakte

Echter, wij vermelden dat andere auteurs de eis van een opdrachtgever relativeren en erop wijzen dat de notaris toch bevoegd kan zijn om een akte te passeren, wanneer er geen opdrachtgever is. Wij baseren ons daarbij bijvoorbeeld op het volgende citaat van Huijgen:²⁵⁴

“Men spreekt hier wel van “formele bewijskracht.”

“Wanneer men die stap genomen heeft, wordt, behoudens tegenbewijs, voor waar aangenomen alles wat de notaris heeft verklaard. Men spreekt hier wel van “materiële bewijskracht.” Dat geldt voor al zijn door hem in de akte gerelateerde verrichtingen, dus ook voor de waarnemingen. Dus: wanneer de notaris waarneemt dat een over de Moerdijkbrug rijdende trein dertig “bakken” (dat wil zeggen wagons) telt, dan wordt die verklaring geacht waar te zijn tot het tegendeel wordt bewezen.

“Ik laat daarbij in het midden of het gewenst is of een notaris zulk een akte opmaakt. Men zou verder kunnen stellen dat de notaris hier niet bevoegd is omdat, gelet op artikel 2, er geen “partij” is die het opmaken van de akte verlangt, en dat het opmaken van de akte buiten zijn bevoegdheid valt. Met [K.] Wiersma en Hidma neem ik aan dat een notaris niettemin een authentieke akte kan passeren indien de akte feiten relateert die met redelijke mate van zekerheid vatbaar zijn voor vaststelling, voor het constateren waarvan geen bijzondere deskundigheid is vereist en het feiten betreft waarvan het relateren past bij de ambtsbeoefening van de notaris. Ten aanzien van het laatste vereiste zou ik niet te restrictief zijn: in geval van twijfel is de notaris bevoegd.”

Huijgen vermeldt derhalve dat een notaris ook zonder een opdrachtgever een authentieke akte kan passeren.

Hoewel het standpunt van Huijgen ons verdedigbaar toeschijnt, indachtig de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris, nemen wij in ons onderzoek de opvatting van Waaijer tot uitgangspunt. Waaijer huldigt een aan Huijgen tegenovergestelde opvatting, namelijk dat bij een proces-verbaalakte, als wettelijke verschijningsvorm van de in § 3.1.1 genoemde authentieke akte, minimaal één partij als opdrachtgever van de notaris is vereist.²⁵⁵ Wij stellen vast dat de opvatting van Waaijer zeer restrictief is. Wij zullen in ons onderzoek het verschil in opvattingen niet verder behandelen, eenvoudigweg omdat in de casus van ons onderzoek altijd sprake zal zijn van (minimaal) één opdrachtgever.

Wij maken derhalve met Waaijer onderscheid tussen (i) het vereiste van een opdrachtgever van de notaris en (ii) de hierna te bespreken door de notaris te controleren mogelijke beperkingen aan zijn bevoegdheid. Het vereiste van de opdrachtgever doet in onze benadering de bevoegdheid van de notaris ontstaan om een akte te passeren. Als gevolg van een beperking kan de notaris vervolgens voor zichzelf concluderen dat hij in het concrete geval (toch) niet bevoegd is om de akte te passeren.

254 Huijgen, Pleysier 2001, p. 85.

255 Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

De personen die gelden als “object van waarneming” door de notaris behoeven in beginsel geen (mede)opdrachtgevers te zijn.²⁵⁶ De vraag wie bij private rechtspraak (wel) zou kunnen kwalificeren als opdrachtgever, en op welke grondslag, wordt behandeld in § 4.2.

Artikel 2 Wna vereist niet dat uit de akte moet blijken wie de opdrachtgever is. De notaris zal in de regel de opdrachtgever willen vermelden in de akte. De vermelding van de opdrachtgever in de akte doet deze – behoudens tegenbewijs – ten opzichte van een ieder vaststaan op grond van de materiële bewijskracht van de akte.²⁵⁷

Terzijde merken wij op dat het Gerechtshof te Amsterdam in relatie tot de opdrachtgever het volgende heeft geoordeeld:²⁵⁸

“Anders dan de kamer in haar bestreden beslissing heeft geoordeeld handelt een notaris die door de rechter is aangewezen als notaris ten overstaan van wie de akte moet worden gepasseerd houdende het proces-verbaal van beschrijving van het vermogen (artikel 1:136 BW), niet in strijd met zijn geheimhoudingsplicht indien hij een afschrift van deze akte verstrekt aan de partij op wiens verzoek de beschrijving is bevolen. Deze partij is ingevolge de rechterlijke uitspraak immers rechtstreeks belanghebbende bij deze akte. Het bepaalde in artikel 49 Wna brengt voor de notaris zelfs de verplichting mee een afschrift van de akte te verstrekken aan deze partij.”

Hieruit volgt dat de opdrachtgever wordt gezien als rechtstreeks belanghebbende bij de proces-verbaalakte. Echter, over de toezending van een afschrift van de akte aan de ‘objecten van waarneming’ en in hoeverre zij kwalificeren als rechtstreeks belanghebbenden, wordt in de uitspraak niets vermeld.

De conclusie op grond van § 3.1.1 en 3.1.2 is dat de notaris bevoegd is om buiten de in de wet geregelde gevallen voor vrijwel elke situatie een proces-verbaalakte te passeren, mits er sprake is van minimaal één opdrachtgever die zulks van hem verlangt.

3.1.3 Zeven beperkingen aan de bevoegdheid om akten te passeren

De bevoegdheid van de notaris om akten te passeren in de context van private rechtspraak wordt zoals wij hiervoor in § 3.1.1 hebben vastgesteld, gebaseerd op zijn bevoegdheid van algemene aard, maar er zijn duidelijke beperkingen. Hieronder noemen wij er zeven. De eerste beperking ziet op notariële akten in het algemeen en de overige zes beperkingen hebben betrekking op de proces-verbaalakte.

256 HR 20 juni 1913, NJ 1913, 790.

257 Hidma 1987, p. 164.

258 Hof Amsterdam (NOT) 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY7007.

De eerste beperking is dat de notaris zich dient te onthouden van het passeren van een notariële akte in het geval de wet het opmaken van authentieke akten exclusief voorbehoudt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand of de gerechtsdeurwaarder.²⁵⁹ De notaris zal derhalve niet bevoegd zijn om een proces-verbaalakte te verlijden binnen de context van private rechtspraak, indien het opmaken ervan zou zijn voorbehouden aan een andere ambtenaar.

De tweede beperking is dat de waarnemingen die geen rechtshandelingen betreffen, wel een rechtsfeit-gehalte moeten hebben.²⁶⁰ Zoals eerder opgemerkt in § 2.3.1 is een rechtsfeit een feit waaraan het objectieve recht een rechtsgevolg koppelt, zoals het ontstaan van een subjectief recht. De notariële akte wordt immers opgemaakt om bewijs te leveren van dergelijke ontstane rechtsgevolgen.

Een rechtsfeit kan ontstaan als gevolg van een menselijke handeling of als gevolg van een gebeurtenis met een gevolg (dat rechtens betekenis heeft: een rechtsgevolg). De rechtsfeiten zijn daarmee te onderscheiden in: (i) blote rechtsfeiten, (ii) rechtshandelingen en (iii) feitelijke handelingen.²⁶¹ Ad (i) Onder blote rechtsfeiten verstaan wij gebeurtenissen of handelingen die wel een rechtsgevolg hebben (en daarom dus ook een rechtsfeit zijn), maar die niet door menselijke handelingen zijn ontstaan. Als voorbeeld noemen wij het bereiken van de meerderjarige leeftijd. Ad (ii) Onder rechtshandelingen verstaan wij menselijke handelingen waarbij is beoogd om een rechtsgevolg te scheppen. Zie ook artikel 3:33 BW, dat luidt: “Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.” Als voorbeeld noemen wij het aanvaarden van een aanbod, waardoor een overeenkomst tot stand komt. Ad (iii) Onder feitelijke handelingen verstaan wij menselijke handelingen waarbij niet is beoogd om een rechtsgevolg te scheppen, maar waarbij dit toch is gebeurd. Als voorbeeld noemen wij de automobilist die per ongeluk tegen een geparkeerde auto rijdt en schade veroorzaakt.

De notaris zal vanwege de tweede beperking niet mogen overgaan tot het waarnemen van handelingen of feiten zonder rechtsgevolg. Dit betekent dat hij de opdracht waarschijnlijk niet zal aanvaarden om twee spelende kinderen enige tijd te observeren en zijn verslag van hun onderlinge spel in een proces-verbaalakte vast te leggen. Hoewel het onderlinge handelen van de kinderen zich als feiten lenen voor waarneming, is hun spel niet gericht op het creëren van rechtsgevolgen en zal in het algemeen het karakter van een rechtsfeit ontbreken.

De derde beperking is dat de notaris met een “redelijke mate van zekerheid” zijn waarneming moet kunnen vaststellen.²⁶² Dit leidt ons tot de vraag wat dient te worden verstaan onder een rede-

259 Melis/Waaijer 2012, p. 26; Asser Procesrecht/Asser 2013, nr. 259.

260 Hidma 1987, p. 165; Melis/Waaijer 2012, p. 166.

261 Deze onderverdeling sluit nauw aan bij de onderverdeling in (rechts)handelingen en andere feiten in Asser/Hartkamp&Sieburgh (6-III) 2014, p. 3-4.

262 Veegens-Wiersma 1988, p.138; Pitlo/Hidma 1995, p. 86; Huijgen, Pleysier 2001, p. 85; De Bruijn/Kraan 2012, p. 21; Melis/Waaijer 2012, p. 167.

lijke mate van zekerheid. Wij zien dat in het bewijsrecht dezelfde maatstaf is geformuleerd. Voor de vraag wat hieronder wordt verstaan meldt Rutgers²⁶³, dat “*de benodigde mate van zekerheid zal verschillen al naargelang de gevolgen die de rechterlijke beslissing met zich meebrengt ingrijpender zijn. Is de burgerlijke rechter – blijkens art. 152 lid 2 Rv – vrij in de waardering van het bewijs en is in het civiele geding ‘preponderance of evidence’ voldoende, aan de strafrechter wordt – in artikel 338 Sv – een dubbele eis gesteld namelijk de overtuiging hebben bekomen op grond van wettige bewijsmiddelen; de feiten moeten ‘beyond reasonable doubt’ zijn komen vast te staan*”. Voor de beantwoording van deze vraag zien wij in relatie tot het notarisambt twee aanwijzingen.²⁶⁴ De eerste aanwijzing is dat de mate van zekerheid over de (juistheid van de) waarneming bepalend is voor de graad van nauwkeurigheid van de verslaglegging door de notaris en daarmee voor de juistheid van de inhoud van de akte. De notaris is ex artikel 17 lid 1 Wna gehouden tot de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Strijdig met deze verplichting handelt de notaris, die een akte in het rechtsverkeer brengt, waarbij hij twijfelt aan de juistheid van de inhoud ervan. Het dienen van de rechtszekerheid wordt door Waaijer genoemd als één van de pijlers van het functioneren van het notariaat.²⁶⁵ De tweede aanwijzing is af te leiden uit de door Van Velten geciteerde opmerking van A.G. Lubbers in de 1982 bewerking van het standaardwerk van Melis, die sprak van de notaris als “persfotograaf.”²⁶⁶ Dit begrip impliceert onzes inziens niet alleen dat de notaris zoveel mogelijk van zijn waarnemingen vastlegt, maar ook dat zijn verslag een hoge mate van nauwkeurigheid heeft. Wel wijzen wij hierbij op Santen, die vermeldt, dat het niet nodig is dat de notaris over het waargenomen nu ook in alle opzichten een waterdicht bewijs verschaft.²⁶⁷ Het vorenstaande leidt ons tot de conclusie dat onder een redelijke mate van zekerheid moet worden verstaan dat de notaris niet twijfelt aan de juistheid van zijn waarnemingen. Wij menen dat de woorden een “grote mate van zekerheid” meer gepast zijn dan “een redelijke mate van zekerheid” en wij zullen hierna spreken van een grote mate van zekerheid.

De vierde beperking is dat bij de vastlegging van de waarnemingen (minimaal) een “redelijk civielrechtelijk belang” moet bestaan.²⁶⁸ Er bestaat geen wettelijke definitie van een redelijk civielrechtelijk belang. De taalkundige betekenis van het begrip “belang” is: “iets dat iemand raakt doordat zijn voordeel ermee gemoeid is.” Wij menen dat het belang samenhangt met de vraag naar de legitimiteit van de opdrachtgever van de notaris. De verwijzing naar een civielrechtelijk belang hangt onzes inziens samen met de eerdergenoemde beperking van een “rechtsfeit-gehalte” welke op het gebied van het burgerlijk recht moet liggen. De notaris zal in de concrete omstandigheden moeten vaststellen of hiervan sprake is. Een voorbeeld van de afwezigheid van een redelijk civielrechtelijk belang is de opdracht van de directie van een schouwburg aan de notaris, om een

263 Pitlo/Rugers en Krans 2014, p. 9.

264 Anders dan in het civiele bewijsrecht waar de ‘aannemelijkheid’ centraal staat, zie als voorbeeld conclusie Mr. Keus Parket bij HR 12 juni 2009, ECLI, NL BH9283.

265 Melis/Waaijer 2012, p. 17 e.v.

266 Van Velten 1987, p. 16; Melis/Dijk e.a. 1973, hoofdstuk 6.

267 Santen 1987, p. 163.

268 De Bruijn/Kraan 2012, p. 21.

toneelvoorstelling waar te nemen en vast te leggen. Voorshands valt niet in te zien dat met dit verzoek enig civielrechtelijk belang wordt gediend. Aan de vervolgvraag of er sprake is van een *redelijk* civielrechtelijk belang, komt de notaris niet toe.

De vijfde beperking is dat van de notaris geen specifieke deskundigheid mag worden vereist.²⁶⁹ *“De notaris, die tevens architect is, is niet bevoegd zelf verklaringen af te leggen over de bouwkundige kwaliteiten van een gebouw”*, aldus Waaijer (zie § 3.1.2).

De zesde beperking is gelegen in het feit dat de notaris niet verbaliserend mag optreden, zoals een politieambtenaar dit wel doet.²⁷⁰ Immers, niemand mag geconfronteerd worden met een executoriale titel (door afgifte van de grosse van een notariële akte), die volstrekt zonder zijn medeweten tot stand is gekomen.²⁷¹ Deze beperking geldt ook in het geval van een proces-verbaalakte waarin één opdrachtgever als bedoeld in artikel 2 Wna van de notaris het passeren van een akte heeft verlangd ten aanzien van rechtshandelingen van personen die door de notaris worden waargenomen. Deze personen gelden als “object van waarneming” door de notaris. Om die reden is het noodzakelijk om de reikwijdte van de bevoegdheid van de notaris tot het passeren van een proces-verbaalakte te beperken tot het relaas van de handelingen waarin partijen participeren.²⁷² Als wij het voorbeeld van een veiling tot uitgangspunt nemen, dan wordt dit verduidelijkt. Het participeren bij een veiling bestaat uit actieve handelingen van een persoon, te weten dat hij zelf het initiatief neemt om een veiling te bezoeken en op de veiling een bod te doen, in de wetenschap dat hij als object van waarneming door de notaris zal worden gadegeslagen. Hidma wijst daarbij op het feit dat de bezoekers bekend zijn met het feit dat de notaris ter plekke waarneemt en na afloop vastlegt, door de veilingvoorwaarden die vooraf bekend gemaakt zijn.²⁷³

“Echter, indien aan die beperkende voorwaarde is voldaan, dan participeren de partijen met de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren. Dan moeten zij op hun woorden passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen.”

De zevende beperking is dat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen.²⁷⁴ Santen meent, dat het notariaat moet voorzien in de maatschappelijke behoefte van de proces-verbaalakte en hij wijst erop dat de samenleving is gediend met een serieuze professionele waarnemer en notulist. Hij voegt daaraan toe dat deze tegelijkertijd een ordelijke gang van zaken moet bewaken, omdat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen. Om die reden meent hij dat een notaris bij een proces-verbaalakte zich dat deel van de regie moet voorbehouden, dat benodigd is om zijn taak zinvol uit te voeren. *“Wie zich die regie laat ontglippen,*

269 Melis/Waaijer 2012, p. 163.

270 Hidma 1987, p. 165.

271 Hidma 1987, p. 165; Eggens 1926.

272 Eggens 1926; Hidma 1987, p. 165.

273 Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

274 Santen 1987, p. 163.

degradeert zichzelf, knoeit met de kwaliteit en pleegt in zijn optiek oneerlijke concurrentie.” aldus Santen. Hiermee geeft Santen onzes inziens mede invulling aan de eis van onafhankelijkheid, gesteld in artikel 17 lid 1 en 2 Wna.

- “1. 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.*
- “2. De notaris mag zijn ambt niet uitoefenen in dienstbetrekking of in enig ander verband waardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt of kan worden beïnvloed.”*

3.1.4 Conclusies over de zeven beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris

Wij mogen op grond van het vorenstaande samenvattend concluderen, (i) dat de notaris weliswaar een algemene bevoegdheid heeft tot het passeren van akten (zie § 3.1.1), en (ii) derhalve ook van akten in de context van private rechtspraak, mits er ten minste één opdrachtgever is die de notaris hierom verzoekt (zie § 3.1.2), maar (iii) dat de notaris daarbij wel moet controleren of zijn bevoegdheid in een concreet geval niet wordt beperkt (zie § 3.1.3). Wij hebben hiervoor zeven beperkingen van de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris onderzocht. Voor elk van de zeven beperkingen is onze eerste indruk dat de bewuste beperking een algemene bevoegdheid tot het passeren van proces-verbaalakten binnen private rechtspraak niet op voorhand in de weg staat (zie § 3.1.3). Wij zullen in § 4.3 deze beperkingen nader onderzoeken in het kader van een gerechtelijke procedure ten overstaan van een privaats gerecht.

3.1.5 Artikel 37 Wna: partij-akten en proces-verbaalakten

De wet onderscheidt in artikel 37 Wna twee soorten notariële akte, te weten partij-akten en proces-verbaalakten. Dit artikel is het eerste artikel van Titel V, dat ziet op *“akten, minuten, grotsen en afschriften”* en luidt als volgt.

- “1. Notariële akten kunnen zijn partij-akten of proces-verbaalakten. Partij-akten bevatten waarnemingen van de notaris, verklaringen van partijen en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen. Proces-verbaalakten bevatten slechts waarnemingen van de notaris en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen.*
- “2. Partij-akten komen tot stand door ondertekening van de akte door de partijen, de notaris en de eventuele getuigen. Proces-verbaalakten komen tot stand door ondertekening van de akte door de notaris en de eventuele getuigen.*
- “3. Is een proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, dan geldt die akte te hunnen opzichte tevens als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris.”*

De conclusie is dat de wet twee soorten akten onderscheidt, te weten de partij-akte en de proces-verbaalakte (artikel 37 lid 1 Wna).

3.1.6 Drie evidente verschillen tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte

Er zijn drie evidente verschillen tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte, te weten (i) een verschil in inhoud, (ii) een verschil in de aanwezigheid van partijen, en (iii) een verschil in het opdrachtgeverschap. Zij worden hierna kort besproken.²⁷⁵

Het eerste verschil ziet op de inhoud van de akte. De partij-akte bevat waarnemingen van de notaris, verklaringen van partijen, en eventueel bevestigingen door getuigen. De proces-verbaalakte bevat echter uitsluitend waarnemingen van de notaris, en eventueel bevestigingen door getuigen.

Het tweede verschil is een verschil in de aanwezigheid van partijen. De partij-akte wordt gepasseerd door de notaris in aanwezigheid van de partijen. Bij een partij-akte is naast de handtekening van de notaris, ook de handtekening van de partijen noodzakelijk. Ondertekenen zij de akte niet, dan mist de partij-akte authenticiteit. De proces-verbaalakte kan worden gepasseerd zonder dat de partijen aanwezig zijn. De proces-verbaalakte heeft authenticiteit op grond van de enkele ondertekening door de notaris. Dit geldt ook indien in de proces-verbaalakte partijverklaringen zijn opgenomen, waarom betrokkenen niet hebben verzocht. De authenticiteit bestaat ook indien betrokkenen de akte niet willen of kunnen ondertekenen.²⁷⁶

Het derde verschil is een verschil in opdrachtgeverschap. Elke partij bij de partij-akte kwalificeert als opdrachtgever van de notaris, en deze partij dient bij het passeren van de akte aanwezig (of vertegenwoordigd) te zijn. Daarentegen kan de notaris de proces-verbaalakte passeren op verzoek van één opdrachtgever.²⁷⁷ Deze opdrachtgever behoeft vervolgens niet aanwezig te zijn bij het passeren van de akte.²⁷⁸ Daarbij kan de opdrachtgever een andere zijn dan de partij wier verklaring is waargenomen en wordt vastgelegd in de akte. Hidma wijst er daarbij expliciet op, dat de notaris bevoegd is een proces-verbaalakte te passeren betreffende zijn waarnemingen ten aanzien van een persoon die hem dat niet verzocht heeft (artikel 2 Wna).²⁷⁹ Ook Huijgen merkt dit op.²⁸⁰ Hij vermeldt het volgende.

“In de tweede plaats zou men kunnen betogen dat, nu niet uit de akte blijkt dat comparanten van de notaris het opmaken van de akte hebben verlangd, niet vaststaat dat de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheden als bedoeld in artikel 2 is gebleven. Men kan daarbij denken aan het notariële proces-verbaal van een vergadering, waarbij wel het bestuur, maar niet de deelnemers aan het ter vergadering behandelde de notaris opdracht hebben gegeven. Men zou ook kunnen denken aan de berucht moeilijke problematiek van artikel 31 van de oude wet: het notariële relaas van een openbare veiling dat niet door de “mijner” is getekend.

275 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 122-125.

276 Kraan 1987, p. 173 e.v.; Hidma 1987, p. 165; Buijn 1987, p. 171 e.v.; Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 122-125.

277 Of zelfs zonder opdrachtgever. Zie voor het gesignaleerde verschil in opvattingen op dit punt in § 2.1.2

278 Bleeker 1938, p. 301-303.

279 Hidma 1987, p. 165.

280 Huijgen, Pleysier 2001, p. 89.

“De wet lost die problematiek in zoverre op dat artikel 37 lid 2 kennelijk een proces-verbaalakte als authentiek erkent zonder dat het nodig is dat uit het feit van hun handtekening blijkt dat de deelnemers aan de vergadering of de “mijners” bij de veiling de notaris daarom verzocht hebben, althans zich bij dat verzoek aansluiten. Hier zien wij dus een afwijking van artikel 2 waar de authenticiteit van de akte afhangt van de vraag of “een partij zulks van hem verlangt.”

Met deze laatste opmerking zal Huijgen de partij op het oog hebben, wier verklaring door de notaris is waargenomen en vastgelegd in de akte. Het passeren van de akte zal de notaris doen op verzoek van minimaal één opdrachtgever, die dus een andere kan zijn dan de personen die als object van waarneming gelden.

Dit leidt ons tot de conclusie dat de notaris ook bevoegd is om de proces-verbaalakte te passeren, zelfs indien de betrokkenen zelf in het geheel *niet* willen dat de notaris zijn waarnemingen in de proces-verbaalakte vastlegt (wel dient de betrokkene vooraf geïnformeerd te zijn over *het feit dat* de notaris gereed zat om zijn waarnemingen vast te leggen; zie over die wetenschap de zesde beperking in § 3.1.3). De notaris die de opdracht had aanvaard, behoeft zich in de wil van de waargenomen personen niet eens te verdiepen. De akte zal door de enkele ondertekening van de notaris authenticiteit hebben.

De conclusie is dat er tenminste drie grote verschillen zijn tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte. Het betreft een verschil (i) in de inhoud, (ii) in de aanwezigheid van partijen, en (iii) in opdrachtgeverschap.

Met name de observatie dat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris zonder dat de aanwezigheid van de partijen is vereist (artikel 37 lid 2 Wna), dus dat de notaris de akte onafhankelijk van de wil van partijen kan verlijden, heeft relevantie voor ons onderzoek. De relevantie van die observatie is gelegen in de toepassing ervan. Het feit dat de notaris een proces-verbaalakte kan passeren van hetgeen hij waarneemt, bijvoorbeeld op een veiling of een aandeelhoudersvergadering, zonder dat de akte behoeft te worden mede ondertekend door de bezoekers van de veiling, respectievelijk de aanwezige aandeelhouders, geeft de proces-verbaalakte een eigen dynamiek.

De letterlijke tekst van artikel 37 lid 1 Wna sluit niet uit dat voor vastlegging in de akte ook eventuele door de notaris waargenomen verklaringen van partijen in aanmerking komen. Deze waarneming van verklaringen zal vaak een visuele en auditieve waarneming zijn. Deze constatering leidt tot een vraagstuk in relatie tot de bewijskracht ex artikel 37 lid 3 Wna. Het gaat daarbij in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht in geval van een door de notaris waargenomen partijverklaring, die is vastgelegd in een proces-verbaalakte, in het geval de akte wel of niet is mede ondertekend door de betreffende partij. De letterlijke tekst van art. 37 lid 3 Wna lijkt in de richting van een verschil in bewijskracht te duiden. Deze dynamiek verdient verder onderzoek in het kader van de beantwoording van onze probleemstelling. Wij zullen dit

hierna nader onderzoeken en verwijzen daarvoor in het bijzonder naar § 3.2.1, 3.2.6, 3.3.9 en 3.3.10. Daarbij zullen wij ook ingaan op artikel 157 lid 1 en lid 2 Rv.

3.1.7 Voorbeelden van beide soorten notariële akten

Een voorbeeld van een in de wet genoemde partij-akte is te vinden in artikel 3:260 BW (de hypotheekakte). Een voorbeeld van een partij-akte op verzoek van partijen, is de situatie waarin een onderhandse geldlening op verzoek van de crediteur en de debiteur door de notaris wordt vastgelegd in een notariële akte.

Voorbeelden van een proces-verbaalakte zijn in de wet te vinden in artikel 50 lid 2 Wna (het proces-verbaal van een openbare verkoping) en in artikel 52 lid 1 Wna (het proces-verbaal van eedsaflegging). De wet bevat geen limitatieve opsomming van alle mogelijke soorten proces-verbaalakten. Volgens Waaijer zou dat ook onmogelijk zijn, omdat de praktijk te kleurrijk is om alle mogelijke voorbeelden van een proces-verbaalakte te noemen.²⁸¹

De wet bevat derhalve van beide soorten akten voorbeelden, maar daarnaast kunnen partijen voor vrijwel elke situatie de notaris verzoeken om vastlegging in een notariële akte.

3.1.8 Het primaat van de partij-akte in de praktijk

Vanwege het belang van de partij-akte in de notariële praktijk om redenen van de bewijskracht en de executoriale kracht, is de aandacht binnen het notariaat bij het traditionele gebruik primair gericht geweest op de partij-akte. Het belang van de proces-verbaalakte is in de praktijk veel beperkter geweest, zoals blijkt uit de inleiding van de redactie van het tijdschrift WPNR in 1987.²⁸²

“In de notariële praktijk speelt het proces-verbaal een bescheiden rol. Het akten-beeld wordt bepaald door verklaringen van comparanten. Het zuivere proces-verbaal bevat slechts verklaringen van de notaris. De notariële proces-verbaalakte heeft in de moderne rechtsliteratuur weinig aandacht ondervonden. Mede daarom besloot de redactie van het WPNR een themanummer te wijden aan deze akte-soort. Vooral de praktijk zou daarin moeten doorklinken. De redactie hoopt in haar opzet te zijn geslaagd.”

Deze opmerkingen van de redactie zijn 30 jaar later nog steeds actueel.

3.1.9 De maatstaf voor het bepalen van het type akte

Kraan heeft een maatstaf geformuleerd aan de hand waarvan kan worden bepaald of in een gegeven situatie een partij-akte geboden is, of dat een notaris bevoegd is om een proces-verbaalakte te passeren.²⁸³

281 Melis/Waaijer 2012, p. 166.

282 Inleiding van de redactie bij het themanummer WPNR De Proces-verbaalakte 5822 (1987), p. 161.

283 Kraan 1987, p. 174.

“Van een partij-akte is sprake wanneer de notaris in zijn akte een persoon (of meerdere personen) aan het woord laat en de akte alleen tot stand kan komen wanneer die persoon, blijkens zijn ondertekening (of blijkens de door de notaris gerelateerde verklaring van die persoon dat hij tot ondertekening bereid maar niet in staat is) de inhoud van zijn door de notaris neergeschreven verklaring voor zijn rekening wil nemen. (...)

“Het belang van het proces-verbaal karakter schuilt dan – vooraf – in de mogelijkheid om de akte ook als authentieke akte tot stand te brengen wanneer een partij een verklaring niet ondertekent omdat hij dit niet wil of b.v. door overlijden, niet meer kan. (...)

“Wij zien dit ook bevestigd in artikel 31 van de Notariswet volgens welk artikel een akte ook kracht van authentiek geschrift kan verkrijgen wanneer bepaalde personen weigeren hun naam te tekenen of zich voor het einde van de akte verwijderd hebben en uit dien hoofde niet ondertekenen, mits het maar gaat om een akte die niet (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnende persoon, hetgeen dan genoemd wordt: een proces-verbaalakte.”

Wij wijzen erop dat op grond van deze criteria een proces-verbaalakte geen instrument mag zijn om aan de comparitie van partijen te ontsnappen. Wij leiden dit af uit de opmerking, dat indien een akte (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon, een partij-akte moet worden verleden.

Het testament moet derhalve een partij-akte zijn, omdat een testament nu juist bij uitstek wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon. Het gaat daarbij vooral om de uit zijn verklaring blikkende partijwil om nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aan te gaan en bewijs daarvan tegen zichzelf te scheppen. De notariële vastlegging van de onderhandse geldlening gebeurt in een partij-akte, omdat ook deze akte wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van de debiteur dat hij een geldsom is verschuldigd. De notaris zal, in het geval slechts de crediteur als gevolmachtigde verschijnt, op zijn verklaring over het bestaan van een mondeling aan hem al verstrekte volmacht door de debiteur niet zonder meer mogen afgaan.²⁸⁴ De notaris heeft in dat geval het verstrekken van de volmacht door de debiteur aan de crediteur niet zelf waargenomen.²⁸⁵ Voor de vestiging van een hypotheekrecht is een partij-akte geboden, omdat de akte wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van de hypotheekgever, maar ook omdat de wet een partij-akte vereist (artikel 3:260 BW).

Bij processen-verbaal gaat het om het verslag van “gebeurtenissen” of “evenementen” die korter of langer duren: minuten (het vaststellen van de inhoud van een kluisje), uren (een aandeelhoudersvergadering), dagen (een meerdaagse veiling van roerende goederen) of weken (een gerechtelijke procedure). Daarvan wordt de akte opgemaakt om de waarnemingen van de notaris vast te leggen.

284 HR 1 juni 1984, NJ 1984, 630.

285 Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 126.

3.1.10 De samenhang tussen bewijskracht en executabiliteit

De executoriale kracht van de notariële akte is nauw verbonden met de bewijskracht.

De Bruijn betoogt dat de executoriale kracht en de bewijskracht ten nauwste met elkaar verbonden zijn. De betrouwbaarheid van de authentieke akte, haar veronderstelde echtheid en de daarop gebaseerde bewijskracht hebben ongetwijfeld de wetgever bewogen tot het opstellen van de bepaling van artikel 436 (oud) Rv (thans artikel 430 Rv), aldus De Bruijn.²⁸⁶ Daarom maakt hij geen onderscheid tussen de executoriale kracht van de partij-akte en van de proces-verbaalakte. De wet maakt zoals blijkt uit de tekst van artikel 430 Rv en artikel 50 Wna dat onderscheid evenmin. In § 3.2 en 3.3 behandelen wij de bewijskracht van de notariële akte en in § 3.4 de executoriale kracht.

3.2 DE ALGEMENE LEER VAN DE BEWIJSKRACHT VAN DE NOTARIËLE AKTE

In deze paragraaf behandelen wij eerst de bewijskracht van de notariële akte en in het bijzonder van de notariële proces-verbaalakte. In § 3.2.1 gaan wij in op de dwingende bewijskracht van de authentieke akte in het algemeen. In § 3.2.2 zetten wij de ontwikkeling van de leer van bewijskracht van de notariële akte uiteen. Het gaat daarbij in de kern om een mogelijk onderscheid tussen de bewijskracht van enerzijds een partijverklaring in een door de partij zelf ondertekende partij-akte of door hem mede ondertekende proces-verbaalakte, en anderzijds een partijverklaring die door de notaris is waargenomen en vastgelegd in een uitsluitend door de notaris ondertekende proces-verbaalakte.

3.2.1 De dwingende bewijskracht van authentieke akten ex artikel 157 Rv

De dwingende bewijskracht van de notariële akte volgt uit artikel 157 Rv, dat luidt:

- “1. Authentieke akten leveren tegen een ieder dwingend bewijs op van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard.*
- “2. Een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Onder partij wordt begrepen de rechtverkrijgende onder algemene of bijzondere titel, voor zover het desbetreffende recht is verkregen na het opmaken van de akte.”*

De bijzondere geloofwaardigheid die de wet aan de ambtenaar toekent, brengt mee dat zijn verklaring binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen (artikel 157 lid 1 Rv), behoudens bewijs dat het anders is, voor waar wordt gehouden tegenover iedereen.²⁸⁷

286 De Bruijn 1960, p. 35-35.

287 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 87 e.v.; Snijders, Klaassen en Meijer 2011, p. 231; Asser Procesrecht/Asser 2013 (3), nr. 259 e.v.

Wat dat tegenbewijs betreft geldt het volgende. Het tegendeel van de inhoud van de akte behoeft niet te worden bewezen, maar het is voldoende vast te stellen, dat door het tegenbewijs zo veel twijfel wordt gezaaid bij de rechter dat deze niet (langer) vermoedt dat de met de akte te bewijzen stellingen juist zijn. Dit is als volgt beschreven door Klaassen:²⁸⁸

“Dat tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van een verklaring in een akte door alle middelen kan worden geleverd, hetgeen tevens impliceert dat in dit verband het tegendeel van hetgeen in de akte is verklaard niet hoeft te worden bewezen, maar voldoende is dat dit tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Immers, als tegenbewijs kan worden geleverd door middel van een vermoeden, betekent dit dat tegenbewijs kan worden geleverd door feiten die niet met zekerheid zijn komen vast te staan, maar door de rechter wel aannemelijk worden geacht.”

De dwingende materiële bewijskracht van de ambtenaarsverklaring reikt hiermee verder dan die van de onderhandse akte. Bij de onderhandse akte is de materiële bewijskracht terug te voeren op het uitgangspunt dat iemand door ondertekening mede te kennen geeft dat hij hieraan wil worden gehouden door iemand tegenover wie de inhoud van de verklaring als waar geldt. Hij schept hierdoor bewijs tegen zichzelf, maar uitsluitend in relatie tot de andere partij (artikel 157 lid 2 Rv).

In een procedure is de rechter verplicht de inhoud van een authentieke akte als waar aan te nemen (artikel 151 lid 1 Rv). Uiteraard blijft het toegestaan dat er tegenbewijs wordt geleverd (artikel 151 lid 2 Rv).²⁸⁹

De partij-akte en de proces-verbaalakte hebben dwingende materiële bewijskracht op grond van de wet.

3.2.2 Formele en materiële bewijskracht van de notariële akte in historisch perspectief

Tot 1900 beschouwde de doctrine iedere authentieke akte als proces-verbaal; deze bevatte slechts het relaas van de ambtenaar. Ook de akte die vandaag de dag partij-akte wordt genoemd, bewees volgens de zogenaamde “formele bewijsleer” slechts dat de verschenen personen ten overstaan van de notaris bepaalde verklaringen hadden afgelegd. In deze opvatting ging het dus om mondelinge verklaringen aan de ambtenaar; de ondertekening door partijen was niet meer dan een blijk van instemming met het opgemaakte verslag. De vraag of de akte tussen partijen bewijs opleverde – in de zin van: stemt de inhoud van de verklaring met de waarheid overeen (bijvoorbeeld: bewijst de kwitantie dat er betaald is) – werd door deze leer uitsluitend gezien als een vraag van materieel recht. De oorzaak van deze toenmalige opvatting lag in de beperking die de 19^e eeuwse theorieën over het bewijsrecht met zich meebrachten, namelijk dat alleen voor bewijs vatbaar was, wat waarneembaar was met de zintuigen (zodat uit een akte geen ander bewijs te putten zou zijn

²⁸⁸ Zie C.J.M. Klaassen in de noot bij HR 16 maart 2007, NJ 2008, 219.

²⁸⁹ Melis/Waaijer 2012, p. 161.

dan *dat* iemand iets heeft verklaard, maar nooit dat het ook waar is *wat* hij heeft verklaard). Men nam dus aan dat een akte het feit van de verklaring bewijst, maar dat zij bewijsrechtelijk niets zou betekenen ten aanzien van de waarheid van die verklaring.²⁹⁰

Volgens Hidma is de materiële bewijskracht van de authentieke akte echter altijd de kern geweest. Hij noemt het op het eerste gezicht verwonderlijk, dat het zo lang heeft geduurd, tot begin 20^e eeuw, tot men tot het inzicht kwam dat de wetsbepalingen die de bewijskracht van de akte behandelde, de materiële bewijskracht regelden.²⁹¹ De desbetreffende wetsbepalingen die destijds de bewijskracht regelden waren artikel 1907-1912 (oud) BW. De commentatoren van destijds lazen in deze – volgens Hidma: ongelukkig geredigeerde – artikelen slechts de formele bewijskracht en ontkenden dat een akte materiële bewijskracht had.²⁹²

“De toenmalige wet sprak daar immers niet over! Men leerde dan dat een akte het feit van de verklaring bewijst doch dat zij bewijsrechtelijk niets betekent ten aanzien van de waarheid van die verklaring. Alleen aan de ambtenaarsverklaring werd materiële bewijskracht toegekend.

“Dit nu is een resultaat dat zichzelf veroordeelt. Wie een akte ondertekent, bedoelt daarmee – zoals hiervoor werd betoogd – wel degelijk in te staan voor de waarheid van zijn verklaring. Hij realiseert zich heel goed dat het niet aangaat later simpelweg te betogen dat dit niets zegt omtrent de vraag of de inhoud van die verklaring met de waarheid in overeenstemming is.”

Pas in 1904 verdedigde Moltzer voor het eerst met een beroep op het toenmalige artikel 31 Wn (nu artikel 37 Wna) het onderscheid tussen proces-verbaalakten en partij-akten.²⁹³ Zijn denkbbeelden waren een doorbraak. Aangetoond werd namelijk dat artikel 1907 e.v. (oud) BW de materiële bewijskracht van de akte behandelde. Voor de partij-akte betekent dit dat de juistheid van de in die akte vervatte partijverklaring – er is betaald – behoudens tegenbewijs (verplicht volledig) vaststaat ten laste van degene die de verklaring heeft afgelegd en ten gunste van degene voor wie dit geschiedde. De ondertekenaar beoogt tegen zichzelf bij voorbaat bewijs te scheppen: een *preuve préconstituée*. Deze opvatting werd communis opinio.²⁹⁴

Voor de proces-verbaalakte wordt in het algemeen aangenomen dat de materiële bewijskracht zich uitstrekt over alle waarnemingen van de notaris met een “rechtsfeitgehalte”. Er geldt dat het relateren aansluit op de reguliere ambtsbeoefening van de notaris en dat daarvoor geen specifieke deskundigheid is vereist.²⁹⁵

290 Hidma 1987, p. 163 e.v.

291 Hidma 2004, p. 89; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 89, Veegens/Wiersma 1988, p. 25-27.

292 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 89. Deze passage is niet langer opgenomen in Pitlo/Rutgers en Krans 2014.

293 Moltzer 1904.

294 Land/Eggens 1933, p. 78 e.v.; Scheltema 1938, p. 273 e.v.; Asser/Anema 1953, p. 167 e.v.; Hidma 1987, p. 164; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 45 e.v.

295 Land/Eggens 1933, p. 78 e.v.; Scheltema 1938, p. 273 e.v.; Asser/Anema 1953, p. 167 e.v.; Hidma 1987, p. 164; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 45 e.v.

Rond 1900 ging men uit van de formele bewijskracht van een partij-akte (de akte levert bewijs van het feit dat iets was verklaard). Tegenwoordig wordt de materiële bewijskracht van notariële akten in het algemeen aangenomen (de akte levert bewijs van de inhoudelijke juistheid van de notariële verklaringen de akte). Voor de partij-akte geldt dit ook ten aanzien van partij-verklaringen in die akte, wanneer de betrokkene de akte heeft mee ondertekend. Wij zullen hierna verder onderzoek doen naar de bewijskracht van proces-verbaalakten, en in het bijzonder in relatie tot de daarin opgenomen partijverklaringen, zonder dat de betrokkene de akte heeft mede ondertekend.

3.3 DE BEWIJSKRACHT VAN PROCES-VERBAALAKTEN

In deze paragraaf komen wij gaandeweg tot de kern van het vraagstuk naar een mogelijk verschil in bewijskracht van in proces-verbaalakten vastgelegde waarnemingen van de notaris, wanneer de waarnemingen bestaan uit partijverklaringen die in zijn aanwezigheid zijn afgelegd. Het gaat daarbij zoals eerder opgemerkt (zie § 3.1.6) in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht wanneer de procesverbaalakte wel en wanneer de proces-verbaalakte niet is mede ondertekend door de partij die de verklaring aflegde. In de loop van de tijd is hierover verschillend gedacht.

In § 3.3.1 behandelen wij de bewijskracht van rechtsfeiten die door de notaris zijn vastgelegd in proces-verbaalakten uit eigen waarneming. In § 3.3.2 en verder behandelen wij de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten. Eerst bespreken wij in deze subparagraaf de relevante wettelijke bepaling over partijverklaringen in proces-verbaalakten, te weten artikel 31 (oud) Wn en het huidige artikel 37 lid 3 Wna. In § 3.3.3 behandelen wij vervolgens de parlementaire geschiedenis bij artikel 37 lid 3 Wna. Wij onderzoeken in § 3.3.4 discussies in de literatuur over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten tot 2012. In § 3.3.5 onderzoeken wij discussies in de literatuur over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten vanaf 2012. In § 3.3.6 gaan wij in op de relevante jurisprudentie. In § 3.3.7 onderzoeken wij welke aanvullende argumentatie kan worden ontleend aan de dagvaarding, ter verdediging van de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte houdende partijverklaringen. De dagvaarding is een voorbeeld van een ambtelijke proces-verbaalakte waarin partijverklaringen zijn opgenomen. In § 3.3.8 gaan wij in op de relatie tussen artikel 157 Rv en artikel 37 Wna. In § 3.3.9 trekken wij conclusies over de bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten in relatie tot de executabiliteit. In § 3.3.10 gaan wij ten slotte in op de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna. In § 3.3.11 gaan wij in op de relevantie van de materiële bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

3.3.1 De bewijskracht van rechtsfeiten in proces-verbaalakten

Als eerste stap zullen wij in deze paragraaf de bewijskracht beschouwen van rechtsfeiten, niet zijnde partijverklaringen, in de proces-verbaalakte. In de volgende paragraaf zullen wij ons buigen over de bewijskracht van partijverklaringen in de proces-verbaalakte.

Wij citeren ten eerste K. Wiersma:²⁹⁶

“Voor wat de notariële akte betreft heeft het enige tijd geduurd voordat het inzicht de overhand kreeg dat uit het woord ‘daadzaken’ in art. 31 Not.wet moet worden afgeleid dat mede tot de bevoegdheid van de notaris behoort het relateren van feiten die niet zijn te rekenen tot verklaringen of handelingen van de verschijnende personen.”

Waaijer noemt als voorbeeld van de proces-verbaalakte de akte die uitsluitend rechtsfeiten (niet zijnde wilsverklaringen) bevat:

“In sommige processen-verbaal legde de notaris verklaringen af over rechtsfeiten, niet zijnde wilsverklaringen. In het proces-verbaal van non-comparitie bijvoorbeeld verklaart de notaris op verzoek van een partij dat diens wederpartij, ondanks schriftelijke sommatie, zich niet op de aangegeven tijd op het notariskantoor heeft vervoegd om bijvoorbeeld een akte van levering te tekenen. De notaris constateert dan dat iemand niet is komen opdagen. In het proces-verbaal van opening van kluisloketten constateert de notaris dat het loket leeg is of hij constateert dat het loket bepaalde sieraden en documenten bevat die hij in een verzegelde envelop laat bewaren.”

Hij ziet geen beletsel om aan de verklaringen van de notaris in proces-verbaalakten ambtelijke bewijskracht toe te kennen.

“Ik zie geen beletsel om aan de verklaringen van de notaris in deze akten ambtelijke bewijskracht toe te kennen. Aan de hiervoor genoemde vereisten om tot die bewijskracht te komen is mijns inziens voldaan. Zo kunnen de rechtsfeiten met redelijke mate van zekerheid worden geconstateerd.”

Waaijer vermeldt vervolgens dat geen ambtelijke bewijskracht toekomt aan verklaringen waarvoor een specifieke deskundigheid is vereist, waarover de notaris niet beschikt.^{Waaijer} noemt daarbij de verklaring van de notaris of sieraden van goud of zilver zijn. Typeringen van edelmetaal zijn volgens hem uitgesloten van de ambtelijke bewijskracht.²⁹⁷

Dat de notaris door hem waargenomen rechtsfeiten kan vastleggen in een proces-verbaalakte, is onomstreden. Door de notaris waargenomen rechtsfeiten kunnen partijen raken, in de zin dat zij met een rechtsgevolg worden geconfronteerd, ook zonder dat partijen door eigen verklaringen verbintenissen op zich hebben genomen (artikel 37 lid 1 Wna).

296 Veegens/Wiersma 1988, p. 137.

297 Melis/Waaijer 2012, p. 166. Voor de opvatting van Waaijer over door de notaris waargenomen wilsverklaringen van partijen, zie § 2.5.3.

3.3.2 Partijverklaringen in proces-verbaalakten: artikel 31 (oud) Wn en artikel 37 lid 3 Wna

Over de bewijskracht van de partijverklaringen in een authentieke of onderhandse akte is het volgende in artikel 157 lid 2 Rv bepaald: *“Een authentieke of onderhandse akte levert ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van die verklaring, tenzij dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.”*

Wij zullen nu ingaan op waargenomen partijverklaringen in proces-verbaalakten. Eerst behandelen wij artikel 31 (oud) Wn, en daarna het huidige artikel 37 lid 3 Wna.

Artikel 31 (oud) Wn, de voorganger van artikel 37 lid 3 Wna, luidde:

“Wanneer bij akten van boedelbeschrijving, van openbaren verkoop, openbare verhuring of aanbesteding en bij andere akten, die niet opgemaakt worden tot bewijs van de verklaringen der verschijnende personen, maar alleen tot bewijs van handelingen of daadzaken, die ten overstaan van den notaris tijdens het verlijden der akte plaats hebben, een of meer der verschijnende personen weigeren hunnen naam te teekenen of zich vóór de sluiting der akte hebben verwijderd, zonder onderteekening, heeft de akte niettemin kracht van authentiek geschrift, indien van deze omstandigheid, en in geval de reden van de weigering om te teekenen wordt opgegeven, ook daarvan uitdrukkelijk melding wordt gemaakt in de akte.”

Artikel 31 Wn is, zoals blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling, destijds in de wet opgenomen om aan de praktijk van veiling van roerende goederen in het openbaar tegemoet te komen. Het was en is immers geen gebruik dat kopers na elke koop of na afloop van de veiling de notariële akte kwamen tekenen.²⁹⁸

Eggens merkt hierover op:²⁹⁹

“Men wilde aan de praktijk tegemoet komen, die in omstandigheden, waarin het van te voren niet zeker was welke verklaringen zouden worden afgelegd, en wie zouden compareeren en waarin dus de acte niet rustig vóór de verschijning van partijen kon worden gereedgemaakt, maar onder de bedrijven door moest worden opgesteld, en daarna voltooid, in die gevallen, dat de handelingen ten deele los van elkaar stonden, en veel tijd in beslag namen, die in deze en dergelijke omstandigheden, er behoefte aan had, dat men partijen kon laten gaan, die men immers practisch niet zou kunnen dwingen ten einde toe te blijven.”

²⁹⁸ Van den Honert 1842, p. 388 en p. 444-450.

²⁹⁹ Eggens 1926, p. 13-16 resp. p. 25-28.

Waaier meent dat het iedere notaris moeite zal kosten een geval te noemen waarin een belanghebbende persoon niet zou ingaan op de mogelijkheid een akte mee te ondertekenen.³⁰⁰ Wij zouden menen dat er voorbeelden voorhanden zijn, te beginnen met de praktijk van veilingen. Andere voorbeelden zijn (1) een narrige aandeelhouder die verschil van inzicht heeft met de andere aandeelhouders over het uit te keren dividend, en (2) een vergadering van appartementseigenaren waar met meerderheid van stemmen is beslist tot het laten uitvoeren van kostbare reparaties, terwijl een minderheid hierop tegen is. Kortom, het kan gaan om elke situatie waarin een conflict is ontstaan of dreigt en/of een persoon spijt heeft van het door hem gegeven woord en hieraan niet gebonden wil zijn. Het kan verder gaan om situaties waarin de akte eerst op een later tijdstip gereed zal zijn (denk bijvoorbeeld aan een aandeelhoudersvergadering), terwijl men zich de moeite en kosten wil besparen om diegenen die aan het woord zijn gekomen opnieuw te laten compareren wanneer de akte ter ondertekening klaarligt.

Als concessie gold volgens Eggens de voorwaarde, dat de controle op de verklaringen scherper zou zijn dan anders:

“Doordat de getuigen en de notaris in deze gevallen als ’t ware “op de loer” zouden liggen, of liever dat er controle zou zijn, want anders bestaat die alleen in het opletten dat partijen hunne handteekening zetten onder de hun voorgelezen akte.”

Zulk een controle, die ondertekening van het proces-verbaal overbodig maakte, achtte men doeltreffend onder bepaalde omstandigheden. Vervolgens heeft men geprobeerd – niet erg gelukkig volgens Eggens – die bijzondere vorm te karakteriseren door in het toenmalige artikel 31 Wn van “handelingen en daadzaken” te spreken.

Wanneer nu een dergelijke proces-verbaalakte *niet* werd meegetekend, en in de akte werd niet vermeld dat de personen hadden geweigerd te tekenen of zich vóór de sluiting der akte hadden verwijderd, en ook niet de reden van weigering vermeldde, hetgeen werd voorgeschreven door de letterlijke tekst van de bepaling (artikel 31 (oud) Wn, dan werd verschillend gedacht over de gevolgen ervan voor de bewijskracht.

Dit wordt geïllustreerd aan de hand van twee uitspraken. De eerste uitspraak is van de kantonrechter te Bergum van 15 december 1915.³⁰¹ Het vonnis volgde op een ‘praeparatoir vonnis’ van 16 november 1915. Ter voldoening aan de in dat vonnis opgedragen bewijsopdracht had de gemachtigde van eiseres een ‘authentiek extract van een proces-verbaal van verkoop van grasgewas’ in het geding gebracht. De akte was opgemaakt door ‘den destijds te Augustinusga resideerenden’ notaris J. Landmeter op 11 juni 1914 in de herberg van Wartena te Garijp. De kantonrechter kende aan de akte voor wat betreft de namen van de kopers – die niet hadden mee-

300 Melis/Waaier 2012, p. 167.

301 Ktr Bergum 14 december 1915, *NJ* 1916, p. 1333 (nr. 2).

getekend, zonder dat melding was gemaakt dat zij daartoe niet in staat waren of daarin verhinderd waren – vrije bewijskracht toe, na de volgende overwegingen [onderstreping HN]:

“O., dat door de eischeresse overgelegde akte is een proces-verbaal van grasverkoop van den notaris J. Landmeter;

“O., dat deze akte niet is opgemaakt overeenkomstig de voorschriften van de wet op het notariaat daar de akte niet zooals art. 30 voorschrijft door de partijen is ondertekend en daarin ook geene verklaring voorkomt dat zij daartoe niet in staat of daarin verhinderd waren;

“O., dat de akte derhalve hare bewijskracht niet aan deze wet kan ontleenen en evenmin de kracht heeft van eene onderhandsche akte;

“O., dat de akte voldoet aan de voorschriften van de Wet van 22 Pluviôse van het jaar VII hier te lande executoir verklaard bij Keizerlijk decreet van 8 November 1810 en hare bewijskracht alzoo daaraan ontleent;

“O., dat de notarissen bevoegd zijn akten volgens die wet op te maken, zoodat de akte is een authentieke akte, dat deze authentieke akte echter alleen bewijskracht heeft ten aanzien van datgene wat in gemelde wet van 22 Pluviôse van het jaar VII aan den Ambtenaar is opgedragen te constateeren;

“O., dat deze wet ten doel heeft de betaling der registratierechten te verzekeren bij openbaren verkoop van roerende goederen en in verband daarmede verbiedt dat deze verkooping door anderen dan de daartoe bevoegde ambtenaren gehouden zullen worden en voorts in art. 5 aan die ambtenaren voorschrijft, dat elke verkochte zaak terstond op een procesverbaal moet worden ingeschreven met den prijs in letters en in cijfers, terwijl het stuk ondertekend moet worden door den Ambtenaar met twee getuigen;

“O., dat vermelding van de namen van koopers en verkoopers niet is voorgeschreven;

“O., dat de onderhavige akte derhalve alleen authenticiteit bezit ten aanzien van de identiteit der verkochte goederen en den prijs, doch niet ten aanzien van hetgeen daarin verder is vermeld ten aanzien van de aansprakelijkheid van koopers en verkoopers, boeten, wanbetaling, domicilie keuze, enz., noch ten aanzien der namen van koopers en verkoopers;

“O., dat het aanbod van gedaagde om tegenbewijs tegen deze akte te leveren ten aanzien van de namen der koopers, dan ook buiten beschouwing kan blijven;

“O., dat de eischer heeft aangeboden zijne stellingen te bewijzen door getuigen;

“O., dat gedaagde van de bij dagvaarding gestelde feiten alleen heeft ontkend, dat hij mede-kooper is geworden van het verkochte perceel grasgewas, zoodat al hetgeen bij dagvaarding is gesteld omtrent de voorwaarden, den prijs, tijd en plaats van den verkoop alsmede de identiteit van het verkochte grasgewas ten processe vaststaat;

“O., dat derhalve alleen te bewijzen over blijft dat gedaagde medekoöper van dat grasgewas is geworden;

“O., dat dit bewijs niet betreft eene vordering tegen of boven den inhoud van voormelde akte terwijl ook overigens het getuigenbewijs niet door de wet wordt uitgesloten;

Gezien de betreffende wetsartikelen, waaronder artt. 1905, 1932, 1933, 1934 B, W., artt. 1 en 5 der Wet van 22. Pluviôse van het jaar VII;”

De kantonrechter laat eiseres alsnog toe om bewijs te leveren van haar stellingen en beveelt daartoe een getuigenverhoor.

“Rechtdoende:

“Laten de eischeresse toe door getuigen te bewijzen dat bij den verkoop op 15 Juni 1914 van het 6^e perceel van de 22 mad hooiland aan den sintelweg te Garijp door notaris J. Landmeter ten verzoeken van Aukje Topma gehouden waarvan Durk Dorhout en Remmelt de Haan koopers zijn geworden, de gedaagde medekoper is geworden;

“Bepalen, dat dit verhoor zal gehouden worden op Dinsdag 11 Januari 1916 des voormiddags te 10 ure;

“Reserveeren de uitspraak omtrent de kosten tot het eindvonnis.”

De tweede uitspraak is van de Rechtbank Nijmegen.³⁰² De zaak is als volgt weergegeven [onderstreping HN]:

“Voor het Kanton-Geregte te Wychen heeft de geïntimeerde, toen eischer, den appellant doen dagvaarden, ten einde te worden veroordeeld tot de betaling der som van f 75, zijnde de prijs van eene bij openbare veiling van gereede goederen, ten overstaan van den Notaris van Roggen, residerende te Wychen, door Willem van Maasakker gekochte koe, voor de betaling van welken koopprijs de appellant, volgens beweren van den eischer en geïntimeerde, zich tot borg had gesteld. De vordering werd gestaafd door een proces-verbaal van verkoop van gereede goederen, door den genoemden Notaris van Roggen, in tegenwoordigheid van getuigen opgemaakt; doch hetwelk door den appellant, toen gedaagde, niet is geteekend, terwijl ook niet vermeld wordt, dat hij op de daartoe gedane aanvraag verklaard heeft, niet te kunnen schrijven.

“De appellant beweerde dan ook zich niet voor de voldoening van die schuld tot borg te hebben gesteld, en verzette zich op dien grond tegen de ingestelde vordering.

“De Kanton-Regter te Wychen heeft, bij vonnis van 5 April 1843, den gedaagde, in weêrwil van die ontkentenis, tot betaling veroordeeld, op grond, dat de vordering door het overgelegde proces-verbaal van verkoop werd bewezen, blijkende uit hetzelfde, dat de appellant zich tot borg had gesteld; dat dit stuk tusschen partijen volledig bewijs opleverde, en dat hetzelfde door de bloote ontkentenis van den appellant niet konde worden ontzenuwd.

“Van daar appèl, bij niet-verschijning van den geïntimeerde verstek, en voorts, ten profijte van dien, de volgende uitspraak:

“Overwegende, dat uit de bepalingen van art. 5 der Wet van 22 Pluviôse, An VII, welke in casu van toepassing is, wel uit den aard der zaak en implicite volgt, dat de proces-verbalen van verkoop, door de daarin opgenoemde openbare Ambtenaren, ingevolge hare voorschriften opgemaakte, als authentieke acten, kracht van bewijs in regten bezitten, om daar te stellen niet alleen, dat al de daarop als toegewezen vermelde voorwerpen, voor den uitgetrokken prijs zijn verkocht, maar ook, dat dezelfde zijn gekocht door de als koopers aangetekende personen;

302 Arrondissements-Regtbank Nijmegen 13 oktober 1843, NJ 1844 (Regtsgeleerd bijblad Vol. 6)., p. 181-183.

“Overwegende, dat echter de bevoegdheid van genoemde Ambtenaren als zodanig zich niet verder kan uitstrekken, dan tot het constateren dezer daadzaken, en dat, voor zoo verre zij als Notarissen bevoegd zijn, om van alle overeenkomsten acten te passeren, zoodanige overeenkomst, gelijk in casus die van borgstelling bij dergelijk proces-verbaal van verkoop aangegaan, om, als authentieke acte, kracht van bewijs te hebben, daarbij moet zijn opgemaakt, volgens al de vormen bij de Wetten op het Notariaat, in casu, die van 25 Ventôse, Jaar XI, vastgesteld;

“Overwegende, dat het quaestieuse proces-verbaal van verkoop, waarop de appellant als gestelde borg van den kooper, Willem van Maasakker, wordt vermeld, niet door den appellant ondertekend zijnde, noch in hetzelfde melding zijnde gemaakt, dat de appellant niet konde ondertekenen, hetzelfde, ofschoon door eenen bevoegden Notaris opgemaakt, niet voldoet aan de bepaling van art. 14, in verband met art. 68 van genoemde Wet, mitsdien niet als Notariële acte, ten opzichte dier overeenkomst van borgstelling, kan gelden, noch kracht van bewijs, in regten, als zoodanig bezitten; – terwijl daaraan door hetzelfde gebrek van onderteekening, mede geene bewijskracht als onderhansche acte kan worden toegekend;

“Overwegende, dat de geïntimeerde geene andere bewijzen tot staving zijner vordering heeft aangevoerd, en dat dus die vordering, bij de ontkenenis van den appellant, ten onrechte door den eersten Regter voor genoegzaam in regten bewezen is aangenomen; – zodat dezelfs vonnis behoort te worden te niet gedaan, en aan den eischer, nu geïntimeerde, die vordering ontzegt;

“En op deze gronden regt doende, in hooger beroep, op het verleende verstek, in naam en van wege den Koning!

“Doet te niet het vonnis, waarvan is geappelleerd, voor zoo veel den geïntimeerde betreft, en op nieuw regt doende, ontzegt den eischer, nu geïntimeerde, zijne conclusie in eersten aanleg tegen den appellant gedaan en genomen;

“Veroordeelt den geïntimeerde in de kosten der beide instantiën.”

Het valt op dat de rechtbank in hoger beroep oordeelt dat als gevolg van het vormverzuim (het niet vermelden dat de appellant niet kon ondertekenen) de akte niet voldoet aan artikel 14 van de wet en daarom geen notariële akte is. Waar de rechter van de eerste instantie wel dwingende bewijskracht toekende aan de akte, zien wij dat de rechtbank in hoger beroep geen enkele bewijskracht toekent aan de akte, daar de akte naar het oordeel van de rechtbank authenticiteit mist. Dit laatste is formeel geen onbegrijpelijke benadering. Tegelijkertijd had de rechtbank vastgesteld dat de akte was opgemaakt door een bevoegde notaris. De notaris was derhalve getuige geweest van de verkoop en de akte, ondertekend door de notaris. De akte kon gezien worden als schriftelijke getuigenbewijs met vrije bewijskracht. Verder was de notaris ook niet de enige getuige. De akte wordt echter in tweede instantie volledig terzijde gelegd als bewijsmiddel en de vordering wordt afgewezen.

Hoe dit ook zij, het huidige artikel 37 lid 3 Wna is anders geformuleerd en luidt als volgt.

“Indien een proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend is door één of meer bij de inhoud belanghebbende personen, de akte te hunnen opzichte tevens geldt als partij-akte voor wat

betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris.”

Uit de tekst leiden wij de volgende elementen af.

1. Proces-verbaalakten bevatten waarnemingen van de notaris, die naar hun inhoud één of meer personen als belanghebbende kunnen raken.
2. Het is mogelijk dat één of meer van die personen overgaat tot het mede ondertekenen van de akte.
3. Het is mogelijk dat één of meer van die personen niet overgaat tot het mede ondertekenen van de akte.
4. De akte geldt ten opzichte van een persoon die niet mee ondertekent, als een proces-verbaalakte.
5. De akte geldt ten opzichte van een persoon die wel mee ondertekent, als proces-verbaalakte.
6. De akte geldt ten opzichte van een persoon die wel mee ondertekent, gedeeltelijk eveneens als partij-akte.

Meer aanknopingspunten biedt artikel 37 lid 3 Wna niet. Het huidige artikel 37 lid 3 Wna vermeldt bovendien niet langer het voorschrift dat de akte melding moet maken van de reden van niet ondertekening. De akte kan derhalve onder huidig recht geen authenticiteit missen door het enkele ontbreken van een handtekening van een betrokkene (van wie een waargenomen verklaring is opgetekend), zonder nadere toelichting op dat punt.

Huijgen wijst in dit kader op het verschil in vorm die valt waar te nemen: partij-akten beginnen met *“Heden verscheen voor mij...”*, terwijl proces-verbaalakten beginnen met *“Heden heb ik mij begeven...”* of woorden van gelijke strekking.³⁰³ Hij stelt verder dat een akte die volgens de nog door hem nader te bespreken materiële criteria een proces-verbaalakte is, niettemin in de vorm van een partij-akte wordt gegoten: een veilingakte zal dan beginnen met *“Heden verscheen voor mij...”*. Wij zullen de laatste opmerking verder behandelen in § 3.3.10.

Bij het Gerechtshof in Amsterdam kwam de vraag aan de orde of een notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar handelt wanneer hij in een proces-verbaalakte ook een aan hem kenbaar gemaakte mening, hetgeen wij niet anders kunnen opvatten dan een partijverklaring, vastlegt. Deze uitspraak is gedaan onder het vigerende artikel 37 lid 1 Wna. Het Hof heeft bij arrest van 22 maart 2016 bevestigd dat dit *niet* het geval is. Dit arrest vatten wij op als een bevestiging dat proces-verbaalakten wel degelijk verklaringen van partijen kunnen bevatten, indien en voor zover deze door de notaris zijn waargenomen. Het Hof oordeelde:³⁰⁴

“In hoger beroep heeft klager aangevoerd dat het opnemen van partijverklaringen in een proces-verbaalakte in strijd is met het bepaalde in artikel 37 lid 1 van de Wet op het notarisambt. Het is juist dat een proces-verbaalakte op grond van vorenbedoeld wetsartikel slechts waarnemingen van de notaris – en eventueel bevestigingen daarvan door getuigen – mag bevatten. Dit betekent echter niet

303 Huijgen 2001, p. 88.

304 Hof Amsterdam (NOT) 22 maart 2016, ECLI, NL GHAMS:2016:1096.

dat de notaris op dit punt tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door de hem kenbaar gemaakte mening van [X] in een akte vast te leggen.”

Dit lijkt ons een juiste benadering. Een proces-verbaalakte kan ook partijverklaringen bevatten. In de traditie van het waarnemen van veilingen en van aandeelhoudersvergaderingen wordt van de notaris juist verlangd dat hij de waargenomen partijverklaringen vastlegt. Dit gebeurt, en dient te gebeuren, onafhankelijk van de vraag of de betrokkene (bijvoorbeeld aan het slot van de veiling of de aandeelhoudersvergadering) de akte mee ondertekent.

Zoals aan het slot van § 3.1.6 opgemerkt heeft met name de observatie dat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris zonder dat de aanwezigheid van de partijen is vereist (artikel 37 lid 2 Wna), relevantie voor ons onderzoek. De relevantie van die observatie is gelegen in de toepassing ervan. Het feit dat de notaris een proces-verbaalakte kan passeren van hetgeen hij waarneemt, zonder mede-ondertekenen door de betrokkenen, zelfs onafhankelijk van hun wil, geeft de proces-verbaalakte een eigen dynamiek.

Wij gaan hierna daarom verder met het vraagstuk van de bewijskracht ex artikel 37 lid 3 Wna. Het gaat daarbij in de kern om de vraag of er een verschil is in bewijskracht een door de notaris waargenomen partijverklaring, die is vastgelegd in een proces-verbaalakte, in geval van de akte wel of niet is mede ondertekend door de betreffende partij. De letterlijke tekst van artikel 37 lid 3 Wna lijkt in die richting te duiden. Daarbij zullen wij ook ingaan op artikel 157 lid 1 en lid 2 Rv. Achtereenvolgens gaan wij in op de parlementaire behandeling van artikel 37 lid 3 Wna en de opvattingen in de literatuur tot 2012.

3.3.3 De parlementaire behandeling van artikel 37 lid 3 Wna

Bij de parlementaire behandeling van de huidige Wet op het notarisambt heeft volgens de toelichting bij artikel 37 lid 3 Wna de toenmalige staatssecretaris, mr. E.M.A. Schmitz, in eerste instantie op 29 augustus 1997 de volgende opmerking geplaatst [onderstreping HN].³⁰⁵

“De bewijskracht van een proces-verbaalakte welke de betrokkenen niet mede hebben ondertekend, is voor wat betreft de daarin gerelateerde verrichtingen en waarnemingen van de notaris thans niet duidelijk (...). Om de nieuwe regeling zo volledig mogelijk te maken is in het voorgestelde artikel 33³⁰⁶ tevens bepaald dat als de proces-verbaalakte ten bewijze van instemming mede ondertekend is door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, die akte te hunner opzichte mede geldt als partijakte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin gerelateerde verrichtingen en waarnemingen van de notaris.

“Hieruit volgt daarom dat als de akte niet door die personen is mede-ondertekend, de verklaringen van de notaris geen andere waarde hebben dan een getuigenverklaring.”

³⁰⁵ Kamerstukken II 1996/97, 23 706, nr. 12, p. 14.

³⁰⁶ Dit artikel is thans artikel 37 lid 3 Wna.

Deze (a-contrario) interpretatie van de staatssecretaris uit 1997 is onzes inziens onjuist. Kraan maakt duidelijk waarom de opvatting van de staatssecretaris zeer betwistbaar is en hij onderbouwt dit als volgt:³⁰⁷

“Naar ik meen is deze opvatting zeer betwistbaar. Komt in een proces-verbaalakte de verklaring van een persoon voor, dan dient volgens de staatssecretaris een onderscheid te worden gemaakt tussen het geval dat deze persoon de akte mede-ondertekent, in welk geval de verklaring van de notaris dat deze persoon een verklaring met een bepaalde inhoud heeft afgelegd tegenover een ieder voor waar wordt gehouden, en het geval dat deze persoon de akte niet mede-ondertekent, in welk geval de verklaring van de notaris dat deze persoon een verklaring met een bepaalde inhoud heeft afgelegd niet tegenover een ieder voor waar wordt gehouden, maar slechts geldt als een door de notaris buiten zijn ambtsverrichtingen neergelegde getuigenverklaring. In het laatste geval staat dan wel de inhoud van de verklaring van die persoon op grond van de verklaring van de notaris jegens een ieder vast, of deze voor rekening van de door de notaris genoemde persoon kan worden gebracht dient echter nader te worden vastgesteld. In het eerste geval, indien de verklaring van de notaris jegens een ieder voor waar wordt gehouden, is de persoon door zijn mede-ondertekening aan zijn verklaring gebonden. In het tweede geval is hij niet aan zijn verklaring gebonden door de vermelding door de notaris in de akte dat hij die verklaring heeft afgelegd, maar is hij pas aan de verklaring gebonden, nadat de rechter dit, indien hij aan de getuigenverklaring van de notaris kracht toekent, heeft vastgesteld. Het komt mij voor dat dit onderscheid niet terecht is.”

Sinds deze uitspraak van de toenmalige staatssecretaris is er twijfel gerezen over de vraag of aan de waarneming van de notaris in zijn ambtsedig opgemaakte proces-verbaal dwingende bewijskracht toekomt als ambtenaar (artikel 157 lid 1 Rv), of dat zijn verklaring niet meer waard is dan elke andere getuigenverklaring met vrije bewijskracht (artikel 152 lid 2 Rv).

Dit is versterkt doordat de toenmalige staatssecretaris daarna, in oktober 1997, de twijfel heeft versterkt toen zij, in reactie op bezwaar van de zijde van de KNB, met een onjuiste interpretatie van het standaardwerk van Melis bevestigde dat de verklaring van de notaris inzake een door hem waargenomen partij-verklaring in een niet-ondertekende proces-verbaalakte slechts vrije bewijskracht zou hebben. In de door ons bedoelde passage vermeldt de staatssecretaris het volgende [onderstreping HN].

307 De Bruijn/Kraan 2012, p. 23.

“De KNB is voor wat betreft de bewijskracht van proces-verbaal-akten van mening dat de beperking die in het voorstel wordt aangebracht niet wenselijk is. Gedoeld wordt op het derde lid, waarin is bepaald dat als een proces-verbaal-akte ten bewijze van instemming medeondertekend is door een of meer bij de inhoud belanghebbende partijen, de akte te hunnen opzichte ook als partij-akte geldt voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris. Blijkbaar zou de KNB de eis van mede-ondertekening willen laten vervallen. Dit gaat mijns inziens te ver. De nieuwe bepaling is toegelicht in de nota naar aanleiding van het nader verslag, p. 14, met een verwijzing naar het Handboek van Melis, De Notariswet, zesde druk (1991), p. 257–259. De KNB zou willen dat de verklaring van de koper op de veiling, die het proces-verbaal niet mede-ondertekent, volledig bewijs van de gesloten overeenkomst oplevert, zodat op grond van de akte executie mogelijk is. Zij wijst er daarbij op dat de in de nota naar aanleiding van het nader verslag aangehaalde opvatting van Melis door de bewerkers eerst in de 6e druk is verdedigd, in afwijking van de 5e druk. Ik kan de KNB hier niet volgen.

“Immers, ook in de vijfde druk van het Handboek van Melis uit 1982, bewerkt door A. Pitlo, P. L. Dijk, A. G. Lubbers en A. H. M. Santen, p. 89–90, wordt gesteld «Als namelijk het notariële proces-verbaal van een of meer verschijnende personen de handtekening behelst, gaat het ons te ver om daaraan geen enkele betekenis toe te kennen: wij menen dat dit proces-verbaal voor zover het handtekeningen draagt van anderen dan de notaris (en mogelijk diens getuigen) en voor zover het verklaringen behelst welke in het proces-verbaal aan die ondertekenaren worden toegeschreven, in zoverre mede schriftelijke partijverklaringen behelst». Toegepast op het klassieke voorbeeld van degeen, die – na in een veiling «mijn» geroepen te hebben – zich zonder ondertekening van het proces-verbaal verwijdt, stellen de bewerkers van de vijfde druk: «Dit proces-verbaal behelst nu géén schriftelijke partij-verklaring in de zin van: door een partij als zodanig ondertekende verklaring. Doch dat hij gemijnd heeft, wordt verplicht volledig bewezen (behoudens tegenbewijs, doch tegenbewijs is ook mogelijk, zij het wellicht moeilijker, als hij wél ondertekend heeft) door hetgeen het proces-verbaal hem in de mond legt.» Ook de bewerkers van de zesde druk wijzen erop dat wie een ander niet tot ondertekening heeft kunnen bewegen, met de proces-verbaal-akte niet meer dan een getuigenverklaring heeft, al zal hij de rechter meestal kunnen overtuigen dat die ander verklaard heeft zoals in die akte staat te lezen. Het derde lid lijkt mij dus volledig in overeenstemming met de opvattingen in het Handboek van Melis, vijfde en zesde druk.

“De verklaring van de notaris op grond van artikel 39, vierde lid, derde volzin, waarin hij constateert dat een comparant niet in staat is te ondertekenen, is van geheel andere orde dan bovengenoemde proces-verbaal-akte. Het gaat hier om een regeling die wordt aangeduid als «het surrogaat van de ondertekening» en het betreft de ondertekening van een partij-akte. De notaris geeft in dat geval in een authentieke verklaring weer wat hem mondeling is meegedeeld. Hierdoor wordt de verklaring van de waarneming door de notaris nog niet opgewaardeerd tot partij-verklaring.”³⁰⁸

De interpretatie van de staatssecretaris uit 1997 valt niet terug te voeren op de geciteerde passage uit de toenmalige druk van het handboek van Melis. Lubbers komt immers juist wél tot de con-

clusie dat het proces-verbaal waarin de notaris heeft geconstateerd dat een persoon een verklaring aflegt tegenover die persoon “verplicht en volledig wordt bewezen” (dwingende materiële bewijskracht), ook al is het geen partijverklaring omdat de ondertekening van die partij ontbreekt.³⁰⁹ Dat deze consequentie door de staatssecretaris niet is getrokken, kan worden verklaard omdat de beschouwingen van Lubbers niet eenvoudig te lezen zijn. Uit de betreffende passage kan echter in geen geval worden afgeleid dat Lubbers meende dat slechts sprake zou zijn van een getuigenverklaring van de notaris met vrije bewijskracht. Wij zullen hierop verder ingaan in § 3.3.5.

De onjuiste interpretatie van de staatssecretaris over de vrije bewijskracht uit de parlementaire geschiedenis is echter overgenomen in de uitspraak van de voorzieningenrechter te Zwolle-Lelystad, die oordeelde:³¹⁰

“De onderhavige akte van non-comparitie, die alleen door de notaris en niet door (één van) partijen is ondertekend, is een zuivere proces-verbaalakte. Een proces-verbaalakte bevat slechts waarnemingen van de notaris, aldus artikel 37 Wet op het notarisambt.

“De verklaring van de notaris ten aanzien van de nader te noemen meester is te beschouwen als een wilsverklaring van Orcom Vastgoed Beleggingen, terwijl de akte niet is mede-ondertekend door deze laatste. Dit leidt er toe dat de verklaring van de notaris geen andere waarde heeft dan een getuigenverklaring en dat de rechter de vrijheid heeft de betekenis van dat bewijsmiddel zelf te wegen.”

3.3.4 Literatuur over de materiële bewijskracht tot 2012

Dat de getuigenverklaring van de notaris over een door hem waargenomen en in een proces-verbaalakte neergelegde partijverklaring dwingende bewijskracht heeft, wordt verder verduidelijkt door Hidma, die expliciet vermeldt dat het standaardwerk van Melis ter zake van de bewijskracht van de proces-verbaalakte ten opzichte van de partijverklaring als de heersende leer mag worden beschouwd. Hidma wijst er ten eerste op dat de bewerkers van het handboek van Melis erkennen dat de proces-verbaalakte – zonder daardoor partij-akte of partij-proces-verbaalakte te worden³¹¹ – partijverklaringen kan behelzen en dat aan die partijverklaring ook in juridisch opzicht dezelfde waarde toekomt als aan een partijverklaring in een partij-akte.³¹² Hieraan wordt toegevoegd: “*kan de koper die zich zonder ondertekening van het proces-verbaal van veiling heeft verwijderd, de grosse worden tegengeworpen als hij in gebreke blijft te betalen en af te nemen: dát is nu juist de kracht van artikel 31 Wn.*” Hidma onderschrijft vervolgens de conclusie van Lubbers, dat (i) een object van waarneming verandert in een comparant en (ii) de comparant door ondertekening van de proces-verbaalakte zijn eigen daarin (waargenomen) opgenomen verklaring “promoveert” tot een schriftelijke verklaring.

309 Melis/Dijk e.a. 1982.

310 Rechtbank Zwolle-Lelystad 10 juni 2010, ECLI, NL RBZLY:2010:BN3480.

311 De leer van een door Eggens geïntroduceerde formele derde categorie akten, te weten de “partij-proces-verbaalakte”, is al snel verlaten, hoewel de term nog weleens gebruikt wordt voor het aanduiden van een door een partij ondertekende proces-verbaalakte. Vgl. Eggens 1926; Santen 1987.

312 Hidma 1987, p. 164.

Ook Rutgers wijst de in de parlementaire behandeling gemaakte opmerking af, dat het niet via mede ondertekening door een belanghebbende “gedekt” relaas van de notaris in de ogen van de wetgever geen andere waarde zou kunnen hebben dan een getuigenverklaring en elke dwingende bewijskracht zou ontberen. Hij noemt dit een “degradatie van de ambtsedige notariële verklaring tot gewone getuigenverklaring, die afbreuk doet aan de natuurlijke plaats die de ambtenaar in ons bewijsrechtelijke systeem inneemt.”³¹³

Huijgen vat de discussie als volgt samen.

“De wet geeft geen rechtstreeks antwoord op de vraag wat, uitgaande van het feit dat de akte tóch authentiek is, de bewijskracht is van een proces-verbaalakte van een vergadering of een veiling welke niet is ondertekend door degene wiens verklaring in die akte wordt gerelateerd. A-contrario mogen we aannemen, gezien het feit dat lid 3 de bewijskracht laat afhangen van de ondertekening door de ‘belanghebbende personen’, dat de verklaring van de notaris terzake vrije bewijskracht heeft. We krijgen dan een opmerkelijke uitzondering op artikel 184 Rv [toevoeging: thans artikel 157 Rv]. Volgens dat artikel immers leveren authentieke akten tegen een ieder dwingend bewijs op van hetgeen de notaris binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen heeft verklaard. Welnu: als we artikel 184 Rv op artikel 37 lid 3 zouden mogen toepassen, zou het vaststaan (nu we mogen uitgaan van het feit dat een proces-verbaalakte een authentieke akte is) dat de verklaring van de notaris dat, bijvoorbeeld, hij heeft waargenomen dat iemand op een veiling zijn mond opende en ‘mijn’ riep, bewijs oplevert van het feit dát hij dat inderdaad gezegd heeft, uiteraard tot het tegendeel bewezen wordt.

“Artikel 37 lid 2 leert dat partij-akten tot stand komen door de ondertekening van partijen en notaris, en dat een proces-verbaalakte tot stand komt door ondertekening door de notaris alleen. Het blijft dan raadselachtig waarom, zoals lid 3 wil, dat een door een ‘bij de inhoud belanghebbende persoon’ getekende ‘proces-verbaalakte’ ten opzichte van die persoon geen partijakte is, doch alleen maar als een partij-akte geldt. Waarom zou het onmogelijk zijn dat een akte ten opzichte van de ene partij een partij-akte is, en ten opzichte van de andere partij een proces-verbaalakte? De wet voegt daar, ten overvloede, aan toe dat het ‘gelden’ slaat op de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris.

“Ik heb begrepen dat de meeste veilingen van onroerend goed ‘stuk voor stuk’ geschieden zodat de partijen gelegenheid hebben meteen te tekenen. Veilingen van roerend goed gaan meestal onder het toezien oog van een deurwaarder, maar bij heel ‘mooie spullen’ bij sjieke veilinghuizen, komen er ook wel notarissen aan te pas. Als ik goed ben geïnformeerd tekenen de ‘mijners’ dan niet, daar zouden dan proces-verbaalakten te ontwaren zijn.”

Voor ons onderzoek zijn de volgende opmerkingen van Huijgen relevant: (i) een *a-contrario* redenering van artikel 37 lid 3 Wna in de opvatting van de staatssecretaris uit 1997 leidt tot strijd met artikel 157 Rv. Immers, ex 157 lid 1 Rv heeft de proces-verbaalakte authenticiteit door ondertekening van de notaris en daarmee dwingende bewijskracht, terwijl op grond van 157 lid 2

313 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 110.

Rv de mede-ondertekening van partijen evenmin is vereist; (ii) ondanks zijn worstelingen met de proces-verbaalakten die waargenomen partijverklaringen behelst, onderkent Huijgen dat notariële proces-verbaalakten nu eenmaal ten opzichte van een ieder dwingend bewijs opleveren, en dat een ieder op de juistheid van de waarneming van de notaris mag afgaan dat de koper op een veiling “mijn” heeft geroepen, totdat tegenbewijs is geleverd. Met andere woorden: ook Huijgen erkent, dat de proces-verbaalakten met daarin vastgelegd een door de notaris waargenomen partijverklaring tegenover een ieder dwingende bewijskracht heeft, behoudens tegenbewijs.³¹⁴

In de latere drukken van het handboek van Melis, heeft Waaijer daarentegen – die over het algemeen de wetgeving restrictief uitlegt, zoals al hiervoor is gebleken in § 3.1.1 en ook hierna zal blijken – de interpretatie van de toenmalige staatssecretaris (zie § 3.3.3) geadopteerd; hij wijst de dwingende materiële bewijskracht van de door de notaris waargenomen en in een proces-verbaalakten vastgelegde partijverklaringen af. Waaijer schrijft: ³¹⁵ *“Ik heb grote moeite aan de zuivere proces-verbaalakten die een relaas van de notaris bevat over wilsverklaringen van partijen, de vergaande ambtelijke bewijskracht toe te kennen.”* Hij komt tot die stelling nadat hij eerder heeft uiteengezet dat de dwingende bewijskracht van het notariële relaas is beperkt tot de verklaringen van de notaris over zijn waarnemingen en verrichtingen.

Waaijer licht zijn terughoudendheid nader toe. Bij verklaringen over waarnemingen kan volgens hem worden gedacht aan de constatering van dag, maand en jaar van het passeren van de akte. Dit zijn verklaringen die buiten twijfel zijn gedaan binnen de kring van de bevoegdheid van de notaris. De notaris die zonder opdracht een akte verlijdt, handelt – zo stelt Waaijer terecht – buiten zijn bevoegdheid. Hetzelfde geldt voor de notaris die een opinie afgeeft over andere feiten dan rechtsfeiten. Zo kan de notaris vaststellen of een loket leeg is, of dat het sieraden of documenten bevat. De notaris overschrijdt zijn bevoegdheid door een opinie te geven over het soort edelmetaal. Dit leidt Waaijer tot de conclusie dat niet aan de notariële akte dwingende bewijskracht toekomt, maar uitsluitend aan die delen van het relaas van de notaris die kwalificeren als waarnemingen en verrichtingen in de hiervoor aangeduide zeer beperkte zin.³¹⁶

Waaijer noemt vervolgens vier argumenten tegen de dwingende bewijskracht van het proces-verbaal van een veiling, te weten (1) de notaris heeft zich niet van de identiteit van de koper op de veiling kunnen vergewissen, (2) het is niet altijd duidelijk wie de opdrachtgever is, (3) de handtekening kan niet ontbreken, omdat niet vast staat dat de partij heeft willen vergelijken, en (4) het is ongerijmd dat een zuivere proces-verbaalakten dwingende bewijskracht heeft jegens een ieder, wanneer de daarin vervatte verklaring niet meer oplevert dan dwingende bewijskracht jegens de wederpartij (van degene die verklaring heeft afgelegd).

314 Huijgen en Pleysier 2001, p. 90.

315 Melis/Waaijer 2012, p. 167.

316 Melis/Waaijer 2012, p. 165-166.

Deze argumenten zullen wij in de volgende paragraaf inhoudelijk behandelen, waarin wij weer-geven welke zienswijze Kraan in 2012 heeft geformuleerd ten aanzien van elk van deze punten. Daarmee vormt 2012 een keerpunt in het denken over de materiële bewijskracht van een door de notaris waargenomen partijverklaring in de proces-verbaalakte, waarbij de akte niet door de betrokkene is mede ondertekend.

3.3.5 Literatuur over de materiële bewijskracht vanaf 2012

Kraan, die zich sinds 2012 bij de leer van Lubbers, Hidma, De Bruijn en Huijgen inzake de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte heeft aangesloten, wijst erop dat de tekst van artikel 37 lid 3 Wna niet aan de opvatting van de dwingende bewijskracht van de ambtelijke getuigenverklaring in de weg staat.³¹⁷

“Zoals ik hiervoor aangaf, dient mijns inziens de persoon die in een proces-verbaalakte blijkens de verklaring van de notaris een verklaring aflegt als partij aan die verklaring te worden gebonden. Artikel 37 lid 3 Wna staat aan die opvatting op zichzelf niet in de weg. De toelichting, die in een andere richting wijst, is op dit punt niet gemotiveerd en de rechter kan zonder bezwaar tot een ander oordeel komen.”

Wij menen dat deze samenvattende opmerking van Kraan relevant is, omdat artikel 37 lid 3 Wna de bewijskracht niet laat afhangen van het wel of niet mede ondertekenen van de akte door de betrokkene als “object van waarneming.” Voor een *a-contrario* redenering biedt de bepaling op zichzelf beschouwd geen aanleiding, en al helemaal niet tegen de achtergrond van de dwingende bewijskracht ex artikel 157 lid 1 Rv in samenhang met de algemene bevoegdheid van de notaris ex artikel 2 Wna. Het artikel bepaalt slechts het rechtsgevolg indien van mede ondertekening sprake is. Meer dan dat staat er niet.

Als gevolg van de nieuwe – onderbouwde – inzichten van Kraan staat Waaijer sinds 2012 alleen in zijn afwijzing van de materiële bewijskracht. Hierna worden de vier door Waaijer geformuleerde argumenten tegen de materiële bewijskracht van partijverklaringen in proces-verbaalakten besproken.³¹⁸

Het eerste door Waaijer aangevoerde – vaak bij veilingen gehanteerde – argument is dat de gebondenheid aan de niet ondertekende proces-verbaalakte niet kan worden aanvaard, omdat de notaris zich niet van de identiteit van de betrokkene heeft kunnen vergewissen. Volgens Kraan mag de notaris de akte in dat geval toch al niet passeren. Indien de notaris de betrokkene niet uit eigen wetenschap kent, dient hij zich van diens identiteit te overtuigen en indien dit niet mogelijk is, kan hij de identiteit niet vermelden.³¹⁹

317 De Bruijn/Kraan 2012, p. 25.

318 Melis/Waaijer 2012, p. 167 e.v.

319 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

Een tweede argument tegen de dwingende bewijskracht is volgens Waaijer het feit dat niet altijd duidelijk is wie de opdrachtgever is bij een proces-verbaalakte, omdat op de veiling zal moeten blijken wie de opdrachtgevers zijn. Het vereiste van een opdrachtgever zou in de lucht blijven hangen. Dit argument wordt door Waaijer zelf al gerelativeerd, omdat de notaris kan en moet vaststellen of aan de eis van één opdrachtgever is voldaan. Daarbij geldt de eis niet – zoals Waaijer ook zelf onderkent – dat de notaris *elke* in de akte genoemde persoon als opdrachtgever moet kwalificeren. Deze personen kwalificeren als “objecten van de waarneming” door de notaris, op dezelfde manier als dat bij een vergadering van aandeelhouders het geval is.³²⁰ In aanvulling daarop zij ook verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 1913.³²¹ K. Wiersma wijst er verder op dat de opdrachtgever van de notaris niet eens aanwezig behoeft te zijn bij het waar te nemen evenement (zoals een aandeelhoudersvergadering of een veiling).³²² Slechts diegene die opdracht geeft aan de notaris, is partij bij de proces-verbaalakte. De conclusie is dat voor de notaris het duidelijk zal zijn – en zal moeten zijn – wie de opdrachtgever is.

Het derde argument van Waaijer tegen de dwingende bewijskracht is dat de proces-verbaalakte de handtekening van de partij niet kan ontberen, omdat het niet vast staat dat hij heeft willen compareren. Hiermee miskent Waaijer, dat de proces-verbaalakte nu juist in het leven is geroepen voor die gevallen, waarin de akte niet primair of uitsluitend is opgemaakt voor dat doel (een comparitie). Bij de proces-verbaalakte moet het voor de partijen op voorhand wel duidelijk zijn dat de akte zal worden opgemaakt en dat de notaris daarin zijn waarnemingen zal vastleggen, ongeacht de vraag of zij dit zelf van de notaris verlangen. De voorwaarde is dat zij van tevoren weten, althans konden weten, dat de notaris zijn waarnemingen zou vastleggen (zie § 3.1.3 en 3.1.6). De akte komt in dat geval rechtsgeldig tot stand, ook al zou achteraf een der betrokkenen niet wensen te tekenen.³²³ De conclusie is derhalve dat het feit of een persoon die geldt als object van waarneming achteraf de vastlegging in een proces-verbaalakte niet wenst, irrelevant is, indien en voor zover hij tevoren hierover was geïnformeerd.

Het vierde argument van Waaijer tegen de dwingende bewijskracht is dat hij het ongerijmd vindt, dat het relaas van de notaris over de wilsuiting van een persoon in een zuivere proces-verbaalakte ambtelijke bewijskracht, dus dwingende bewijskracht tegen een ieder, zou kunnen hebben, terwijl de proces-verbaalakte die ten blijke van de instemming van diezelfde persoon door hem is mede ondertekend, wat die verklaring betreft bewijsrechtelijk niet meer oplevert dan dwingende bewijskracht tegenover de wederpartij (bijvoorbeeld in het geval van de koper op een veiling levert die verklaring bewijsrechtelijk niet meer op dan dwingende bewijskracht tegenover de verkoper).³²⁴ Met Kraan menen wij dat Waaijer hier over het hoofd ziet dat in beide gevallen tegenover een ieder geldt dat een persoon een bepaalde verklaring heeft afgelegd, omdat de no-

320 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 102.

321 HR 20 juni 1913, NJ 1913, 790.

322 Veegens/Wiersma, p. 154.

323 Van Velten 1987, p. 167.

324 Melis/Waaijer 2012, p. 168.

taris verklaart dat die persoon de verklaring heeft afgelegd, wat in beide gevallen geldt tegenover een ieder. Het onderscheid is er immers in gelegen dat de dwingende bewijskracht van de inhoud van de verklaring in beide gevallen alleen geldt ten opzichte van degene die de verklaring heeft afgelegd.³²⁵ Op grond van de ambtelijke verklaring in de proces-verbaalakte staat ten opzichte van een ieder vast dat een persoon een verklaring heeft afgelegd met een bepaalde inhoud. Echter, een verbintenis kan worden tegengeworpen aan degene die volgens de verklaring de verbintenis op zich heeft genomen en door degene die recht heeft op die prestatie.

Wij zouden aan het vorenstaande twee principiële overwegingen toe willen voegen. De eerste overweging is de volgende. Uit de partij-akte blijkt uit de verklaring van betrokkenen welke comparant zich tegenover welke andere comparant heeft willen verbinden. Bij de proces-verbaalakte moet blijken uit de vastlegging van de waarnemingen door de notaris welke persoon zich heeft verbonden tegenover welke persoon. Dat brengt mee dat in eerste instantie de wederpartij van degene die een verklaring heeft afgelegd rechten kan ontlenen aan de aldus bewezen en executeerbare verbintenissen, op grond van de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte en de daaraan verbonden executorialle kracht. Omgekeerd kan de koper op de veiling tegenover de verkoper de vordering tot levering uit hoofde van de dwingende materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte afdwingen.³²⁶ De tweede overweging is de volgende. Alle discussie neemt niet weg dat derden de rechtsgevolgen van de veiling, zoals dwingend blijkt uit de notariële proces-verbaalakte, behoudens tegenbewijs, eveneens hebben te respecteren. Zo is bijvoorbeeld de bieder met het op één na hoogste bod géén koper geworden. Ook hij wordt geconfronteerd met het rechtsfeit dat een derde op de veiling koper is geworden, en dat het dwingende bewijs hiervan wordt gevormd door de in de proces-verbaalakte opgenomen waarnemingen van de notaris. Deze bieder (met het op één na hoogste bod) zal alleen door tegenbewijs de dwingende bewijskracht van de akte op dit punt kunnen afnemen. Een ander voorbeeld van een derde die met rechtsgevolgen van de proces-verbaalakte wordt geconfronteerd, is de notaris die de biedprijs in *escrow* heeft genomen. Hij kan – en hij mag en hij moet – bepalen op grond van de proces-verbaalakte van de veiling of en zo ja tot welk bedrag hij tot uitbetaling van de koopprijs mag gaan. De notaris die de biedprijs in *escrow* heeft genomen mag ex artikel 157 Rv vertrouwen op de juistheid van de in de proces-verbaalakte (door de notaris waargenomen en vastgelegde) opgenomen verklaringen, hoewel hij geen partij was bij de ter veiling tot stand gekomen overeenkomst en daarbij mogelijk zelfs niet aanwezig was (wanneer hij niet dezelfde notaris is als hij, die de veiling waarneemt). Dit is niet wezenlijk anders bij een partij-akte. Derden hebben het rechtsfeit te respecteren wanneer de erflater anderen als erfgenamen heeft bedeeeld.

Kraan beargumenteert zijn steun voor de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte als volgt.

325 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

326 Rb 's-Hertogenbosch 2 maart 1917, NJ 1917, 88. De notaris had de proces-verbaalakte na de veiling onjuist geredigeerd, waardoor een bieder geen eigendomsrecht verkreeg.

“Naar ik meen valt er veel voor te zeggen om de verklaring van B ondanks zijn niet-ondertekening toch voor zijn rekening te brengen. De betekenis van de proces-verbaalakte voor wat betreft de door B afgelegde verklaring is immers dat jegens een ieder vaststaat dat B een bepaalde verklaring heeft afgelegd.

“De inhoud van deze verklaring staat op grond van de notariële waarneming jegens een ieder, ook jegens B, vast, net zoals dit bij de partij-akte vaststaat. Of B aan de gevolgen daarvan gebonden is en jegens wie hangt af van de inhoud van de verklaring.

“Het is echter inconsistent dat wel jegens een ieder vaststaat dat B een bepaalde verklaring heeft afgelegd, maar dat B niet als partij aan die verklaring zou zijn gebonden. Men dient daarom redelijkerwijs, anders dan verdedigd in de vorige druk van dit werk, de notariële partij-akte en de notariële proces-verbaalakte in zoverre aan elkaar gelijk te stellen dat beide tegenover een ieder vaststellen dat bepaalde partijen- in dit geval A en B – een verklaring van een bepaalde, in de akte opgenomen, inhoud hebben afgelegd en dat ook de door B afgelegde verklaring geldt als partijverklaring. Uiteraard zijn slechts deze partijen aan die overeenkomst gebonden.

“Bij de partij-akte ontstaat de gebondenheid door de ondertekening door partijen, bij de proces-verbaalakte door de waarneming van de notaris. Bij de proces-verbaalakte kan deze gebondenheid ontstaan omdat de strekking van deze akte gebondenheid zonder ondertekening meebrengt.”³²⁷

Daarmee treedt Kraan in de voetsporen van De Bruijn, die al onder de oude wet (artikel 31 Wn) tot de voorstanders van de materiële bewijskracht van in de proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen gerekend mocht worden.³²⁸ De betrokkene zal tegenbewijs dienen te leveren, indien hij zich achteraf tegen de vastlegging wil verzetten. Hiermee zijn de bezwaren van Waaijer inhoudelijk besproken en onzes inziens weerlegd.

Ter afronding van dit onderwerp willen wij de volgende eigen argumenten tegen de benadering van Waaijer toevoegen aan de discussie. Wij menen dat het betoog van Waaijer, dat niet aan de notariële akte als geheel dwingende bewijskracht toekomt, maar uitsluitend aan die delen van het notariële relaas die kwalificeren als waarnemingen en verrichtingen in de hiervoor aangeduide zeer beperkte zin, ten principale dient te worden afgewezen. Wij voeren hiervoor twee argumenten aan.

Het eerste argument is, dat het betoog in strijd is met de wettelijke regeling van de bewijskracht van authentieke akten. De notariële akte heeft uitwendige bewijskracht (artikel 159 Rv): het stuk dat eruit ziet als een notariële akte wordt tot op bewijs van het tegendeel voor een akte gehouden. De notariële akte heeft formele bewijskracht: het staat vast dat verklaard is conform hetgeen in de akte staat. De notariële akte heeft ook materiële bewijskracht. Immers, het wordt inhoudelijk als waar aangenomen wat een partij verklaart of wat de notaris in de proces-verbaalakte over een partijverklaring heeft verklaard, behoudens tegenbewijs (ten aanzien van de verklaring van de

327 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24.

328 De Bruijn 1960, p. 35/36.

notaris ex artikel 157 lid 1 Rv, en in geval van een partij-akte of de mede ondertekening van een proces-verbaalakte ten aanzien van de betrokkene ex artikel 157 lid 2 Rv). De wet sluit uit dat er akten zijn die zowel passages van dwingende bewijskracht als van vrije bewijskracht door elkaar heen zouden kunnen bevatten, althans dat van elke akte elke passage op dit punt afzonderlijk zou moeten worden beoordeeld. Hooguit kan worden gezegd dat het in de kern gaat om de ambtsuitoefening door de notaris, en om zijn oordeel over zijn bevoegdheid om de akte in een concreet geval te mogen passeren.³²⁹ De wettelijke regeling impliceert voorts tegen de integrale dwingende bewijskracht van de notariële akte, dat tegenbewijs is toegelaten. Het kan achteraf blijken dat de juistheid van het notariële relaas op onderdelen wordt weerlegd. Derhalve zal de notaris – omwille van de rechtszekerheid – ervoor moeten waken dat de akte verklaringen van de notaris zelf bevat die eenvoudig kunnen worden weerlegd (omdat de notaris twijfelt aan zijn waarneming). Dit neemt niet weg, dat het passeren van de akte uitsluitend ter beoordeling van de notaris is, en de akte – eens gepasseerd – integraal dwingende bewijskracht heeft, totdat tegenbewijs is geleverd.

Het tweede argument is dat de conclusie van Waaijer innerlijk tegenstrijdig is met zijn conclusie dat de notaris een algemene bevoegdheid heeft om akten te passeren. Dit is een door hem benadrukt verschil tussen het notarisambt en andere ambten, zoals dat van de gerechtsdeurwaarder (zie § 3.1). Van de notaris die een algemene bevoegdheid heeft tot waarneming, kan vervolgens niet worden gezegd dat het neerleggen van het door hem waargenomen in de akte zonder (het karakteristieke) rechtsgevolg zou kunnen zijn, omdat waarnemingen anders dan plaats, datum en tijd, al snel buiten zijn bevoegdheid zouden vallen. Ofwel de notaris heeft een algemene bevoegdheid, ofwel zijn bevoegdheid reikt niet zover. Het is van tweeën één. De wet houdt geen beperking in ten aanzien van de vraag *wat* de notaris mag waarnemen of *welke verrichtingen* hij in het kader van het passeren van de akte meent te moeten verrichten. De beperking is uitsluitend van feitelijke aard en daarin gelegen dat de notaris bijvoorbeeld iets niet heeft waargenomen, of dat hij onvoldoende zeker is van wat hij heeft waargenomen. Ook dat is ter beoordeling aan de notaris in een concrete situatie. In aanvulling op hetgeen door Kraan is vermeld, achten wij op grond van deze twee aanvullende argumenten het betoog van Waaijer – principieel – onjuist. Bovendien menen wij dat Waaijers theorie in strijd is met artikel 157 Rv, zoals al door Huijgen is opgemerkt. Dit maakt de beperkte interpretatie onhoudbaar.

3.3.6 *Jurisprudentie over de materiële bewijskracht*

Kraan noemt twee gerechtelijke uitspraken, die zijn betoog aangaande de materiële bewijskracht van de proces-verbaalakte houdende partijverklaringen ondersteunen.³³⁰

De eerste uitspraak dateert van 1927 en ziet op de vraag, of bij een openbare verkoop waarbij de koper zich voor het sluiten van de akte had verwijderd en de akte dus niet had ondertekend, daarvan een grosse kon worden afgegeven. Het gaat derhalve om een proces-verbaalakte houdende

329 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 87-88.

330 De Bruijn/Kraan 2012, p. 25 e.v.

een partij-verklaring, die niet door de betrokkene is mede ondertekend in de zin van (het huidige) artikel 37 lid 3 Wna. De rechtbank beantwoordde de vraag naar de gebondenheid bevestigend op grond van de “bijzondere geloofwaardigheid van de authentieke akte.”³³¹ Deze uitspraak is niet betrokken in de literatuur. Was dit anders geweest, dan had deze uitspraak mogelijk de vermeende onzekerheid (zie § 3.3.4) kunnen relativeren of wegnemen.

De tweede uitspraak, uit 2007, betrof een proces-verbaal van een vergadering van een Vereniging van Appartementseigenaren, bestaande uit twee leden, van wie de een beschikte over acht stemmen (A) en de ander over zeven (B).³³² Daarbij werd vastgesteld dat opdracht zou worden gegeven tot reparatie van het dak in overeenstemming met een uitgebrachte offerte. De authentieke akte strekte volgens de voorzieningenrechter *in casu* slechts tot vastlegging van het verloop van de vergadering en daarin genomen besluiten en “niet tot het bewijs van het bestaan van een schuld en een vordering van A op B en (...) kan daarom naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet dienen als executoriale titel ter incassering van de gestelde vordering.” Volgens Kraan werd het proces-verbaal echter wel degelijk kennelijk mede opgemaakt om de omvang van het verhaalsrecht van A op B vast te stellen en de akte hield de omvang daarvan ook in.³³³

Kraan wijst erop dat het belang is gelegen in het feit dat uit de overwegingen van de rechter blijkt dat de waarnemingen van de notaris op zichzelf voldoende zijn om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen. Aan de betekenis van een eventuele ondertekening van het proces-verbaal of aan het ontbreken daarvan, wordt door de rechter geen woord gewijd. Het ligt voor de hand dat de rechter dat niet heeft gedaan, omdat de authentieke akte nu eenmaal dwingende bewijskracht bezit, aldus Kraan.

Bij arrest van 13 mei 2016 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de bewijskracht van een in een authentieke en onderhandse akte opgenomen partijverklaring (het ging in casu om een partij-akte).³³⁴

“Ingevolge art. 157 lid 2 Rv levert een authentieke of onderhandse akte, behoudens de in die bepaling vermelde uitzondering, ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen, tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van deze verklaring. Op grond van art. 151 lid 2 Rv staat tegen dit dwingend bewijs tegenbewijs open, dat volgens art. 152 lid 1 Rv door alle middelen mag worden geleverd, tenzij de wet anders bepaalt. De mogelijkheid tegenbewijs tegen de akte te leveren is niet beperkt tot de stelling dat anders is verklaard

331 Rb Amsterdam 6 mei 1927, NJ 1928, p. 955.

332 Rb Haarlem (vzr.) 17 september 2007, LJN BB 4061.

333 De notaris had in de proces-verbaalakte vastgesteld in welke verhouding de eigenaren zouden bijdragen aan de kosten, wie opdracht zou geven tot betaling en dat bij weigering tot betaling de kosten van verhaal voor de weigerachtige eigenaar waren. Nadat A op grond van de akte over wilde gaan tot verhaal op B voor diens deel van de kosten, kwam de zaak voor de voorzieningenrechter.

334 HR 13 mei 2016, NJ 2016/256.

dan in de akte is opgenomen. Het tegenbewijs kan ook betrekking hebben op de stelling dat de in de akte opgenomen verklaring niet overeenstemt met de werkelijkheid.”

In zijn conclusie benoemt advocaat-generaal M.H. Wissink de kwestie in hoeverre er onderscheid gemaakt dient te worden tussen de in de akte opgenomen partij-verklaring en de door de notaris weergegeven waarneming daarover in de partij-akte, en zo ja, in hoeverre de bedoelde waarnemingen binnen de kring van zijn bevoegdheid vallen als bedoeld in artikel 157 Rv. Dit onderwerp is niet behandeld door de Hoge Raad, omdat de Rechtbank al dwingende bewijskracht op dit punt had toegekend.

“Normaliter zal het debat zich dan ook richten op de bewijskracht van de in de akte opgenomen partijverklaring: kan deze partij ontkrachten dat waar is wat zij in de akte heeft verklaard?

In het onderhavige geval speelt echter een complicatie.

De notariële leveringsakte vermeldt aan het slot de volgende waarnemingen van de notaris:

- de comparanten zijn de notaris bekend;*
- ik, notaris, heb de zakelijke inhoud van de akte meegedeeld aan de comparanten en daarop toelichting gegeven, inclusief de uit de inhoud van de akte voortvloeiende gevolgen; en*
- de comparanten verklaren van de inhoud van de akte kennis te hebben genomen en daarmee in te stemmen.*

Het gaat om de waarneming van de notaris dat partijen bij de partij-akte hebben verklaard dat zij met de inhoud van de akte instemmen.

...

“Als er aanleiding is om een onderscheid [te maken] tussen de partijverklaring in de akte (waarop art. 157 lid 2 Rv ziet) en de waarneming van de notaris dat een partij heeft verklaard met de inhoud van de akte in te stemmen, rijst een vervolgvraag. Valt deze waarneming van de notaris binnen de kring van diens bevoegdheid als bedoeld in art. 157 lid 1 Rv? Alleen bij een bevestigende beantwoording kent art. 157 lid 1 Rv aan die waarneming dwingende bewijskracht toe. Deze vraag behoeft in het onderhavige geval echter geen beantwoording. Immers, de rechtbank heeft bewijskracht toegekend aan deze waarneming van de notaris (zie bij 3.13.3) en – en dát is de complicatie – het hof diende in appel uit te gaan van de juistheid van dat oordeel. Uit de aanhef van rov. 2 blijkt dat het hof zich van dat laatste bewust was.

“Tegen deze achtergrond zal naar mijn mening de klacht van subonderdeel 1.1 moeten falen, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft niet miskend dat ook als een partij niet stelt bij de notaris anders te hebben verklaard dan de notariële akte vermeldt, het deze partij nog steeds vrijstaat om te bewijzen dat zijn of haar verklaring bij de notaris conform de notariële akte niet waar is. Het hof heeft echter geoordeeld dat blijkens rov. 4.2 van het vonnis in het onderhavige geval vast staat dat Benu bij de notaris heeft bevestigd dat de leveringsakte de rechtsverhouding juist weergeeft en dat Benu in hoger beroep geen daartegen gericht bewijsaanbod heeft gedaan.”

Wij betwijfelen eveneens of er aanleiding is om het onderscheid te maken tussen de partijverklaring in de akte en de waarneming van de notaris dat een partij heeft verklaard met de inhoud van de (partij-)akte in te stemmen. Immers, de waarneming van de notaris in de onderhavige situatie vloeit rechtstreeks voort uit de op de notaris rustende zorgplicht bij de partij-akte ex artikel 43 lid 1 Rv (zie hoofdstuk 6). Indien de notaris *niet* de indruk heeft dat de partij, zijnde een comparant, met de inhoud van de (partij-)akte instemt, zal hij niet tot het passeren over mogen gaan. Het valt alleen al daarom niet in te zien hoe de bedoelde waarneming *buiten* de kring van de bevoegdheid van de notaris zou kunnen vallen. Mogelijk was dit voor de Rechtbank zo vanzelfsprekend dat deze de dwingende bewijskracht heeft toegekend zonder erbij stil te staan dat hiermee impliciet de waarneming van de notaris op dit punt werd gekwalificeerd als binnen de kring van zijn bevoegdheid.

Wij herhalen hier de relevantie van de aard van de opdracht tot het passeren van een partij-akte. Indien de notaris een dergelijke opdracht aanvaardt, is hij op grond van zijn algemene bevoegdheid gerechtigd om *al* zijn waarnemingen in de akte vast te leggen. Dit zal bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering per definitie partijverklaringen behelzen. Ex artikel 157 lid 1 Rv kan niet gezegd worden dat hij deze waargenomen partijverklaringen buiten zijn bevoegdheid heeft vastgelegd. Integendeel, het doel van de aanwezigheid van de notaris was nu juist het vastleggen van hetgeen zich voordoet tijdens de aandeelhoudersvergadering of veiling, derhalve met inbegrip van partijverklaringen, ongeacht of dit wilsverklaringen ('mijn') van bidders of meningen van aandeelhouders zijn.

3.3.7 Partijverklaringen in een dagvaarding

Gegeven de verschillende opvattingen die in de loop van de tijd zijn geuit, zullen wij hierna onderzoeken in hoeverre een argument kan worden ontleend aan het proces-verbaal van de gerechtsdeurwaarder, voor het accepteren van de dwingende bewijskracht van in de notariële proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen (zie de verwijzing daarnaar door Huijgen in § 3.3.4). Een dagvaarding is immers eveneens een authentieke akte als bedoeld in artikel 157 Rv, en evenals de notariële proces-verbaalakte wordt een dagvaarding door een ambtenaar – in dit geval een gerechtsdeurwaarder – opgemaakt en uitsluitend door hem ondertekend (artikel 45 lid 5 Rv).

Een dagvaarding kan partijverklaringen bevatten, indien en voor zover deze binnen de kring van de bevoegdheid van de gerechtsdeurwaarder door hem zijn waargenomen. Bij een dagvaarding wordt aangenomen dat dit mede het geval is bij het vastleggen van de verklaring van de persoon die het exploit in ontvangst neemt, ook indien dit een ander is dan de gedaagde zelf. Het exploit zal het verslag van de door de gerechtsdeurwaarder waargenomen verklaring bevatten, in die zin dat vermeld staat aan wie het exploit is uitgereikt. Deze verklaring van de gerechtsdeurwaarder is gebaseerd op de verklaring van degene die de notaris te woord staat bij het openen van de deur.³³⁵

335 Groene Serie, Burgerlijke Rechtsvordering 2012, artikel 157 Rv aant. 7.3 en 7.4.

De dwingende materiële bewijskracht van de in deze proces-verbaalakte opgenomen verklaring wordt algemeen aangenomen. Ook de rechter accepteert de dwingende bewijskracht van de ambtelijke getuigenverklaring van de gerechtsdeurwaarder, behoudens tegenbewijs. Het vertrouwen dat wordt gesteld in de gerechtsdeurwaarder brengt mee, dat hij op grond van artikel 157 Rv als ambtenaar op zijn woord wordt geloofd. De bijzondere geloofwaardigheid van de notaris zou voor die van de deurwaarder niet onder behoeven te doen, omdat de wet de bewijskracht van de ambtelijke verklaringen aan elkaar gelijk stelt.

Hiertegen kan worden aangevoerd, dat de gerechtsdeurwaarder bij het uitreiken van de dagvaarding of oproeping handelt op grond van een exclusieve, rechtstreekse wettelijke bevoegdheid met een specifiek doel (artikel 2 Gdw). Echter, de wettelijke bevoegdheid van de notaris gaat verder dan die van de gerechtsdeurwaarder en omvat opdrachten van partijen met een redelijk civiel-rechtelijk belang bij vastlegging. Van de notaris die handelt op verzoek van een opdrachtgever, kan daarom niet gezegd worden dat hij buiten zijn wettelijke bevoegdheid zou treden, nu deze bevoegdheid van algemene aard is (zie § 3.3.4).

De conclusie is dat de dwingende materiële bewijskracht van een dagvaarding van de gerechtsdeurwaarder houdende door hem waargenomen partijverklaringen, zonder dat deze akte door de betrokkene is ondertekend, algemeen is geaccepteerd. Dit vormt een aanvullend argument voor het aannemen van de dwingende materiële bewijskracht van een ambtsedig opgemaakte verklaring van de notaris, ook in het geval van een niet door de betrokkene ondertekende proces-verbaalakte houdende partijverklaringen. Het gaat in beide gevallen om een authentieke akte, houdende een partijverklaring zonder ondertekening van de betrokkene.

3.3.8 De relatie tussen artikel 157 lid 2 Rv en artikel 37 lid 3 Wna

In deze paragraaf behandelen wij ten slotte de vraag of op grond van artikel 157 Rv geconcludeerd moet worden tussen een verschil in bewijskracht in het geval de notariële proces-verbaalakte niet is mede ondertekend (artikel 157 lid 1 Rv) en in het geval deze wel is mede ondertekend door de betrokkene (artikel 157 lid 2 Rv). Wij worden hiertoe aangezet door de volgende aantekening [onderstreping toegevoegd]:³³⁶

“Anders dan onder het oude bewijsrecht, heeft de authentieke akte bewijskracht tegenover een ieder, dus ook tegenover derden die niets met de in de akte genoemde rechtsbetrekking te maken hebben. Deze (externe) bewijskracht is echter uitsluitend verboden aan de verklaring van de relaterend ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid. Dus niet aan de inhoud van de verklaringen van de partijen.”

Afgaande op de letterlijke tekst van artikel 157 Rv zouden daarmee de volgende verschillen kunnen worden onderkend:

336 Rutgers, 2012.

- a. Art. 157 lid 1 Rv “verleent” dwingende bewijskracht aan wat de notaris verklaart omtrent zijn waarneming en verrichtingen, gedaan binnen de kring van zijn bevoegdheid. Hierdoor komt de waarneming (bewijsrechtelijk) jegens een ieder vast te staan, behoudens tegenbewijs; hierbij is te denken aan de (in een proces-verbaalakte opgetekende) waarneming door de notaris dat partij A verklaart dat hij een bepaald aanbod aanvaardt.
- b. Art. 157 lid 2 Rv “verleent” dwingende bewijskracht aan de verklaring van een partij, na ondertekening. Hiermee staat de juistheid van de verklaring bewijsrechtelijk jegens de wederpartij vast, behoudens tegenbewijs; hierbij is te denken aan een door een partij ondertekende partij-akte waarin een partij verklaart dat hij een bepaald aanbod aanvaardt.
- c. Art. 37 lid 3 Wna stelt als het ware de waarneming van een partij-verklaring door de notaris en de verklaring van een partij op één lijn, indien de desbetreffende partij mee-ondertekent (hierbij is te denken aan de onder a. genoemde waarneming in een proces-verbaalakte, die door de desbetreffende partij wordt mee-ondertekend. Daarmee krijgt dan de waarneming door de notaris van de verklaring van de desbetreffende partij de bewijskracht van art. 157 lid 2 Rv (het bewijs van de inhoud van de verklaring ten opzichte van de wederpartij).

Indien er een verschil bestaat, lijkt dit – praktisch bezien – nihil, maar volgens de tekst van artikel 157 lid 1 Rv en artikel 157 lid 2 Rv bestaat kennelijk wel enig verschil.

Wij menen dat de tekst van artikel 157 Rv geen aanleiding vormt voor een verschil in bewijskracht tussen lid 1 en lid 2 in het geval van een waargenomen partijverklaring in een proces-verbaalakte. In beide gevallen, met of zonder ondertekening, staat tegenover een ieder vast dat een persoon een bepaalde verklaring heeft afgelegd, omdat de notaris verklaart dat die persoon de verklaring heeft afgelegd, (de formele bewijskracht van de akte), als bedoeld onder a. Daarbij staat wel degelijk ook de juistheid van de door de notaris waargenomen verklaring vast (de materiële bewijskracht van de akte), zowel in de situatie onder a. (artikel 157 lid 1 Rv) als onder b. (artikel 157 lid 2 Rv). Ook de materiële bewijskracht van de verklaring van de notaris geldt jegens een ieder.

Dat een waargenomen partijverklaring per definitie buiten de kring van de bevoegdheid van de notaris zou vallen, lijkt ons juist in het geval van een partij-akte, maar onjuist in het geval van de proces-verbaalakte.

Bij de proces-verbaalakte geldt nu juist dat de bevoegdheid tot het doen van waarnemingen van de notaris aanzienlijk is uitgebreid ten opzichte van de partij-akte. Immers, het hele doel van het laten waarnemen door de notaris van bijvoorbeeld een veiling of van een aandeelhoudersvergadering is, dat de daar afgelegde verklaringen (wilsuitingen, meningen, enz.) zo nauwkeurig mogelijk door hem worden opgetekend. Dit betekent, dat als partijen ter veiling of vergadering verschijnen “in de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren, zij op hun woorden moeten passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen” (zie § 3.1.3). Met andere woorden: heeft de notaris eenmaal de opdracht aanvaard tot waarneming, dan zullen de

door hem gedane waarnemingen per definitie binnen de kring van zijn bevoegdheid vallen. De algemene bevoegdheid van de notaris staat dit nadrukkelijk toe.

Een onderscheid is wel dat de dwingende bewijskracht van de inhoud van de verklaring in beide gevallen alleen geldt ten opzichte van degene die de verklaring heeft afgelegd.³³⁷ Op grond van de ambtelijke verklaring in de proces-verbaalakte staat ten opzichte van een ieder vast dat een persoon een verklaring heeft afgelegd met een bepaalde inhoud. Echter, een verbintenis kan worden tegengeworpen aan degene die volgens de verklaring de verbintenis op zich heeft genomen door degene die recht heeft op die prestatie. Ook dat onderscheid dient in gelijke mate te worden gemaakt zowel in de situatie van een proces-verbaalakte ex artikel 157 lid 1 Rv (zonder mede ondertekening) als van artikel 157 lid 2 Rv (na mede ondertekening).

Wij merken ten slotte nogmaals op dat de bewijskracht van de partijverklaring ex artikel 37 lid 3 Wna niet afhankelijk wordt gesteld van ondertekening. Het artikellid bepaalt uitsluitend het rechtsgevolg van ondertekening.

3.3.9 Conclusies over de bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

Lange tijd is verschillend gedacht over de materiële bewijskracht van (door de notaris waargenomen) partijverklaringen in de proces-verbaalakte. Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de partij die de verklaring aflegde de proces-verbaalakte wel mede ondertekende en het geval waarin hij dit niet deed. Een grondige analyse van de literatuur, het wettelijk stelsel en de jurisprudentie leidt ons tot de conclusie dat aanvankelijk (sinds 1838) de materiële bewijskracht van authentieke akten in het algemeen niet werd erkend, en dat slechts de formele bewijskracht ervan werd aanvaard. Eerst na 1900 is daar gaandeweg verandering in gekomen. In de tweede helft van de 20e eeuw groeide het besef dat de dwingende materiële bewijskracht de kern is van de ambtelijke bewijskracht. De discussie die binnen het notariaat in de afgelopen decennia werd gevoerd, werd gedomineerd door de vraag of aan de partijverklaring in de proces-verbaalakte, in het geval de betrokkene de proces-verbaalakte niet had meegetekend, vrije bewijskracht toekomt. Deze vraag vloeide voort uit artikel 37 lid 3 Wna. Dit artikel bepaalt, dat een proces-verbaalakte, die ten bewijze van instemming mede is ondertekend door een of meer bij de inhoud belanghebbende personen, dan tevens geldt te hunnen opzichte als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin vermelde waarnemingen van de notaris. Hieruit werd door sommigen (met inbegrip van de toenmalige staatssecretaris in 1997) vervolgens a-contrario afgeleid, dat de niet ondertekende akte houdende verklaringen niet de bewijskracht zou hebben van de partij-akte, in de zin van de materiële bewijskracht. Men meende kennelijk dat artikel 37 lid 3 Wna de dwingende bewijskracht liet afhangen van het wel of niet ondertekenen van de akte, en bij gebreke van ondertekening leidde men hieruit de vrije bewijskracht af. Uit de elementen van de tekst van artikel 37 lid 3 Wna (zie § 3.3.2) valt echter niet af te leiden, dat artikel 37 lid 3 Wna de

337 De Bruijn/Kraan 2012, p. 24 e.v.

dwingende bewijskracht afhankelijk stelt van mede-ondertekening. Het artikel bepaalt slechts wat het rechtsgevolg is indien de ondertekening plaats heeft gevonden.

Er is thans een overtuigende argumentatie ter verdediging van de leer, dat de materiële bewijskracht zich ook uitstrekt over door de notaris waargenomen partijverklaringen. De bewijskracht vloeit dan niet voort uit het ondertekenen door de comparant, maar uit de ambtelijke bevoegdheid waarmee de notaris heeft waargenomen ex artikel 157 lid 1 Rv. Alleen Waaijer erkent de materiële bewijskracht van de niet-ondertekende proces-verbaalakte niet. Hij staat hierin, sinds Kraan de materiële bewijskracht in 2012 aanvaardde, alleen. De bezwaren van Waaijer zijn door Kraan onzes inziens overtuigend weerlegd, met een beroep op de wetsgeschiedenis en jurisprudentie. In ons onderzoek hebben wij daarenboven twee principiële bezwaren tegen de benadering van Waaijer geuit. De materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte, met inbegrip van partijverklaringen, zien wij tot op de dag van vandaag in de praktijk van executoriale veilingen keer op keer als juist bevestigd. Wij hebben tenslotte onderzocht of aan de bewijskracht van waargenomen verklaringen in ambtsedig opgemaakte documenten van de gerechtsdeurwaarder een argument valt te ontleen ter ondersteuning van de juistheid van de leer van de materiële bewijskracht. Onze conclusie is dat de dwingende materiële bewijskracht van de dagvaarding van de gerechtsdeurwaarder houdende partijverklaringen zonder dat deze door de betrokkene is ondertekend, geaccepteerd is.

3.3.10 De betekenis van artikel 37 lid 3 Wna verklaard

Nu wij hebben vastgesteld dat het niet mee ondertekenen van een proces-verbaalakte in de zin van artikel 37 lid 3 Wna niet meebrengt, dat aan de proces-verbaalakte geen materiële dwingende bewijskracht toekomt, maar dat de juistheid van de inhoud van die verklaring, behoudens tegenbewijs, dwingend vast staat ex artikel 157 lid 1 Rv, rijst een nieuwe vraag. Deze vraag luidt: indien er bewijsrechtelijk geen verschil bestaat, omdat aan de door de notaris waargenomen partij-verklaring in de notariële proces-verbaalakte dwingende bewijskracht toekomt, wat is dan nog de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna? Immers, ongeacht zijn instemming is de persoon (als “object van waarneming”) aan de juistheid van zijn – door de notaris weergegeven – verklaring gebonden. Anders geformuleerd: heeft artikel 37 lid 3 Wna nog wel een betekenis? De gedachte dringt zich op, dat de wetgever misschien een vergissing heeft gemaakt, en dat artikel 37 lid 3 Wna overbodig is.

Deze rechtsvraag hebben wij in de literatuur niet aangetroffen. Wel kan men uit de discussie afleiden, dat de “tegenstanders” van de dwingende bewijskracht uit het verleden zijn uitgegaan van de aanname, dat artikel 37 lid 3 Wna dan geen enkele functie meer zou hebben. Indien een “object van waarneming” zou zijn gebonden aan de door de notaris waargenomen en in de proces-verbaalakte neergelegde verklaring, zonder dat deze de proces-verbaalakte zou hebben mee ondertekend, was niet duidelijk waarom artikel 37 lid 3 Wna in de wet was opgenomen. Deze impliciete aanname lijkt ons eveneens ten grondslag te liggen aan de *a-contrario* redenering van de toenmalige staatssecretaris (zie § 3.3.3): “Hieruit volgt daarom dat als de akte niet door die

personen is mede-ondertekend, de verklaringen van de notaris geen andere waarde hebben dan een getuigenverklaring.”

Nu wij deze vraag expliciet hebben opgeworpen, menen wij dat wij hierop ook een antwoord verschuldigd zijn, althans dat wij in elk geval zouden moeten trachten om het bestaansrecht van de bepaling te verhelderen. Hiermee herleeft tegelijkertijd de relevantie van de door Huijgen opgeworpen vraag waarom een akte niet zowel partij-akte als proces-verbaalakte zou kunnen zijn, en ook die vraag zullen wij verder behandelen.

Onzes inziens laat de betekenis van artikel 37 lid 3 Wna zich als volgt verklaren. Aan de door de notaris waargenomen en vastgelegde partijverklaring in de notariële proces-verbaalakte komt ex artikel 157 Rv dwingende bewijskracht toe, behoudens tegenbewijs. Het staat derhalve elke aanwezige op een veiling, met inbegrip van de betrokkene zelf, als het “object van waarneming”, vrij om tegenbewijs te leveren tegen de juistheid van het relaas van de notaris in de akte. Zolang dat tegenbewijs niet is geleverd,³³⁸ is de betrokkene in hoedanigheid van “object van waarneming” gehouden aan hetgeen volgens de notaris in zijn ambtelijke bevoegdheid werd vastgesteld als afgelegde verklaring met een bepaalde inhoud.

Tegenbewijs kan bijvoorbeeld worden geleverd door een concurrerende bieder, die mogelijk meent dat hij op de veiling een hoger bod heeft uitgebracht, wat door de notaris niet is waargenomen, maar waarvan hij meent tegenbewijs te kunnen leveren (bijvoorbeeld door getuigenverklaringen of een video-opname). Dit tegenbewijs kan ook worden geleverd door de betrokkene zelf, die mogelijk meent dat hij op de veiling niet het hoogste bod heeft uitgebracht, of heeft willen uitbrengen, wat door de notaris niet is waargenomen, maar waarvan hij meent tegenbewijs te kunnen leveren. Indien het tegenbewijs slaagt, dan kan vervolgens (in rechte) worden vastgesteld dat het object van waarneming de partijverklaring niet heeft afgelegd op de wijze waarop het is vermeld in het relaas van de notaris.

Indien de betrokkene echter besluit om de akte mee te ondertekenen, dan geldt de akte jegens hem tevens als een partij-akte en geldt de betrokkene niet langer slechts als “object van waarneming” maar ook als “comparant.” Het mee ondertekenen van de proces-verbaalakte dienen wij ten principale op te vatten als “een daad van berusting” in de betekenis van “aanvaarding” of “onderwerping.” De betrokkene bevestigt conform de tekst van artikel 37 lid 3 Wna hiermee zijn instemming met hetgeen de notaris heeft verklaard over zijn eigen verklaring en schept daarvan willens en wetens bewijs tegen zichzelf. Met andere woorden: de betrokkene erkent dat hij een verklaring heeft afgelegd op de tijd en plaats als door de notaris waargenomen, en dat de inhoud hiervan zoals door de notaris vastgelegd, juist is.

338 Voor het tegenbewijs zie § 2.3.1.

Materieel kan het mee ondertekenen bijna worden gezien als een afstand van het recht om tegenbewijs te leveren. Immers, de persoon die de akte mee ondertekent doet hiervan weliswaar geen afstand in formele zin. Hij zou ook als comparant bij een partij-akte het recht hebben gehad om tegenbewijs te leveren. Maar wel maakt hij materieel het recht op tegenbewijs vrijwel illusoir, door het tegenovergestelde te bevestigen, namelijk dat hetgeen in de akte omtrent zijn verklaring is vermeld, juist is. Hiermee wil hij immers bewijs scheppen tegen zichzelf van de juistheid van de verklaring zoals waargenomen door de notaris. Het meetekenen bevestigt niet alleen dat de betrokkene instemt met het relaas van de notaris, maar het wekt ook de verwachting dat hij niet voornemens is om hier iets tegenin te brengen. Hiermee is de verwarring in de parlementaire geschiedenis over de complexe passage van Lubbers in het handboek van Melis op dit punt verklaard (zie hiervoor § 3.3.3).

*“Toegepast op het klassieke voorbeeld van degeen, die – na in een veiling «mijn» geroepen te hebben – zich zonder ondertekening van het proces-verbaal verwijdert, stellen de bewerkers van de vijfde druk: «Dit proces-verbaal behelst nu géén schriftelijke partij-verklaring in de zin van: door een partij als zodanig ondertekende verklaring. Doch dat hij gemijnd hééft, wordt verplicht volledig bewezen (behoudens tegenbewijs, doch tegenbewijs is ook mogelijk, zij het wellicht moeilijker, als hij wél ondertekend heeft) door hetgeen het proces-verbaal hem in de mond legt.”*³³⁹

Ik meen dat onze hiervoor omschreven uitleg identiek is aan hetgeen Lubbers in het slot heeft aangegeven. Lubbers betoogt dat de notariële proces-verbaalakte ook dwingend bewijs levert van de inhoud van de verklaring en de juistheid ervan, zonder dat is meegetekend. Bovendien mag de betrokkene die de proces-verbaalakte wel heeft mede ondertekend in de zin van artikel 37 lid 3 Wna (in theorie) nog steeds tegenbewijs leveren. Echter, dit lijkt Lubbers “wellicht moeilijker”. Het lijkt ons een vrijwel onmogelijke opgave in de praktijk. Immers, de betrokkene zal niet alleen tegenbewijs zal moeten leveren (i) tegen de inhoud van de ambtelijke verklaring, maar ook (ii) tegen zijn eigen eerdere instemming met het ambtelijke relaas.

Voor de betrokkene die aldus de akte mede heeft ondertekend, heeft de akte gelding als (i) een proces-verbaalakte en (ii) als een partij-akte (§ 3.3.2). Alleen jegens hem heeft de akte gelding in deze beide opzichten. Anders dan Huijgen menen wij dat de aanhef van de notariële akte daarom niet gewijzigd dient te worden in het geval één of meer betrokkenen de akte mede ondertekenen in de zin van artikel 37 lid 3 Wna (zie § 3.3.2). Formeel blijft sprake van een proces-verbaalakte, omdat volgens artikel 37 Wna een akte in zijn algemeenheid niet zowel een proces-verbaalakte als een partij-akte kan zijn, maar slechts één van de twee soorten akten. De proces-verbaalakte is bedoeld als een verslag van de notaris omtrent het door hem waargenomene. De aanhef van de akte verandert daarmee niet. Vanwege het karakter van een verslag achteraf menen wij overigens dat de aanhef zeer wel zou kunnen luiden: “Heden verklaar ik, notaris, dat”. Voorts menen wij dat de notaris aan het slot van de akte een passage kan opnemen in de zin van “Deze proces-

339 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 16, p. 39.

verbaalakte is op [datum/tijd] mee ondertekend door [naam] ten bewijze van zijn instemming. Deze akte geldt op grond van artikel 37 lid 3 Wna ten opzichte van hem tevens als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin door mij, notaris, vermelde waarnemingen” of woorden van een dergelijke strekking (zie § 3.3.2).

Formeel blijft er derhalve sprake van een proces-verbaalakte; alleen in relatie tot de betrokkene die mede ondertekent, heeft de akte tevens het karakter van een partij-akte. Bij gebreke van een derde wettelijke categorie (partij-proces-verbaalakten) is de akte uitsluitend te kwalificeren als een proces-verbaalakte, die door de betrokkene is mede ondertekend, ten blijke van zijn instemming. Hiermee is tevens de door Huijgen opgeworpen vraag beantwoord.

Wij vatten het vorenstaande als volgt samen. Artikel 37 lid 3 Wna laat de dwingende bewijskracht niet afhangen van de mede ondertekening. Het bepaalt ‘slechts’ het rechtsgevolg van het mede ondertekenen van de akte door het object van waarneming. Dit rechtsgevolg wijkt niet af van het wettelijk stelsel: de akte blijft een proces-verbaalakte. Het staat elk object van waarneming derhalve vrij om via het plaatsen van zijn handtekening bewijs tegen zichzelf te scheppen van de door hem aangegane verbintenissen (hetgeen – ook – dwingende bewijskracht oplevert in de zin van artikel 157 lid 2 Rv). In dit concrete geval is het bewijs reeds geleverd door het ambtelijke relaas van de notaris, waarbij de betrokkene – in de wetenschap dat de notaris aanwezig was om zijn waarnemingen vast te leggen in een authentieke akte met dwingende bewijskracht ex artikel 157 lid 1 Rv – verklaringen heeft afgelegd. Hiermee heeft de betrokkene willens en wetens het rechtsgevolg van de dwingende bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte (jegens een ieder) laten ontstaan. Door het mede ondertekenen berust de betrokkene in hetgeen in de akte is vermeld, en schept hij over de juistheid van het relaas van de notaris over de afgelegde verklaring expliciet bewijs tegen zichzelf (jegens de wederpartij ten behoeve van wie de verklaring is afgelegd). Alleen jegens de mede ondertekenaar heeft de akte het karakter van zowel proces-verbaal als partij-akte, hoewel de akte formeel een proces-verbaalakte is en blijft.

3.3.11 De relevantie van de materiële bewijskracht in relatie tot de executabiliteit

De Bruijn heeft de volgende beschouwing gemaakt en de brug als volgt geslagen tussen de bewijskracht en executabiliteit.³⁴⁰

“Gaarne neem ik aan, dat executoriale kracht en bewijskracht ten nauwste met elkaar verbonden zijn. De betrouwbaarheid der authentieke akte, haar onderstelde echtheid en de daarop gebaseerde bewijskracht hebben ongetwijfeld de wetgever bewogen tot het opstellen van de bepaling van artikel 436 Rv (thans 430 Rv).

“Het doet er echter naar mijn oordeel niet toe hóe de akte de rechtsbetrekking tussen debiteur en crediteur bewijst. Het gaat er slechts om, dat ze die bewijst.”

340 De Bruijn 1960, p. 35-35.

Hidma wijst op de materiële bewijskracht van de ambtenaarsverklaring: de juistheid van de ambts-edig opgemaakte verklaring van de notaris staat behoudens tegenbewijs ten aanzien van een ieder vast. Deze bewijskracht heeft betrekking op *alle* waarnemingen met een rechtsfeit-gehalte. Op grond van deze bewijskracht is Hidma, van oordeel dat, indien een notaris in een proces-verbaal van een veiling relateert dat X de hoogste bieder was en dat Y het geveilde goed voor dit bedrag aan hem gunde, (jegens een ieder) vaststaat dat tussen X en Y de bewuste koop tot stand is gekomen. Dit zo zijnde is ook de executoriale kracht – ondanks het ontbreken van de handtekening – verklaard.³⁴¹ Kraan heeft gewezen op de volgens hem in het handboek van Melis voorkomende lacune, te weten dat door de bewerkers van het handboek niet wordt duidelijk gemaakt *waarom* het niet-ondertekende proces-verbaal executoriale kracht tegen de wederpartij heeft. Dit klemt temeer, daar zij de materiële bewijskracht aan een niet ondertekende partijverklaring ontzeggen. Kraan betoogt aan de hand van twee uitspraken dat uit de overwegingen van de rechter blijkt dat hij de waarnemingen van de notaris op zichzelf voldoende acht om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen. Aan de betekenis van een eventuele ondertekening van het proces-verbaal of het ontbreken daarvan, wordt door de rechter geen woord gewijd.³⁴²

In § 3.4 zullen wij uitvoeriger ingaan op de executoriale kracht van de notariële akte.

3.4 DE EXECUTORIALE KRACHT VAN DE NOTARIËLE AKTE

In deze paragraaf bespreken wij de executoriale kracht van de notariële akte. Wij doen dat in zes subparagrafen. Allereerst bespreken wij in § 3.4.1 de wettelijke basis voor de executabiliteit van de notariële akte. Vervolgens behandelen wij in § 3.4.2 de gelijkstelling van de notariële akte met het rechterlijk vonnis. In § 3.4.3 behandelen wij het onderscheid tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte voor de executoriale kracht. In § 3.4.4 gaan wij in op vier voorwaarden voor de executabiliteit van de notariële akte. In § 3.4.5 behandelen wij de afgifte van de grosse en het bestaan van een verbintenis. In § 3.4.6 behandelen wij de afgifte van de grosse en de bepaalbaarheid van een verbintenis. In § 3.4.7 formuleren wij samenvattende sectieconclusies.

3.4.1 De wettelijke basis voor de executabiliteit van de notariële akte

Executie kan plaatsvinden krachtens een executoriale titel. Kraan definieert het begrip executie als volgt.³⁴³

“Executie is het verwerkelijken van rechten die in een rechterlijke uitspraak of in een andere executoriale titel zijn vastgesteld of erkend. Het is een taak van de staat waarmee de deurwaarder is belast.

“De grondslag van de bevoegdheid tot executie is het in de titel neergelegde recht op verhaal, het recht

341 Hidma 1987, p. 164 e.v.

342 De Bruijn/Kraan, p. 26.

343 De Bruijn/Kraan 2012, p. 21.

om de feitelijke toestand in overeenstemming te brengen met de rechtstoestand.”

Artikel 430 Rv is het eerste artikel van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met de titel: Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten. Het artikel luidt als volgt.

“1. 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 worden ten uitvoer gelegd.

“2. Zij moeten aan het hoofd voeren de woorden: In naam van de Koning.

“3. Zij kunnen niet worden ten uitvoer gelegd dan na betekening aan de partij tegen wie de executie zich zal richten.”

De meest voor de hand liggende executoriale titel is derhalve de grosse van een rechterlijk vonnis, maar er zijn er meer. De wet bepaalt dat ook de grosse van een notariële akte – zijnde een authentieke akte – ten uitvoer kan worden gelegd. Artikel 1 sub f Wna omschrijft de grosse als een in executoriale vorm uitgegeven afschrift of uittreksel van een notariële akte.

Rutgers wijst op de notariële kracht van de grosse van een notariële akte, als onderscheidend punt tussen een notariële en een onderhandse akte.³⁴⁴

3.4.2 De gelijkstelling van de notariële akte met het rechterlijk vonnis

Thans is het uitgangspunt dat (de grosse van) de notariële akte in artikel 430 Rv – blijkens de letterlijke tekst van het artikel – op één lijn wordt gesteld met (de grosse van) een vonnis van de publieke rechter voor de executabiliteit.³⁴⁵ Enige nuancering kan worden toegevoegd, namelijk dat er een verschil is op het punt van gijzeling (of: lijfswang, zie daarvoor artikel 585 Rv), welk onderwerp buiten de kaders van ons onderzoek valt. Niettemin: de grosse van de notariële akte is in executoriale kracht in beginsel gelijk aan die van de grosse van een vonnis.³⁴⁶

Toch meldt Dijk dat in de jaren 1970 de gemoederen nogal werden verontrust door de Haagse huurkoopaffaires, en er een publicatie was geweest onder de titel “Ontruimen per notaris?”.³⁴⁷ Hierin werd meegedeeld dat verschillende deurwaarders hun medewerking aan een dergelijke ontruiming zonder rechterlijk vonnis weigerden. Ook meende hij te weten dat in Haarlem als algemeen standpunt gold, dat de deurwaarders zonder vonnis nimmer tot ontruiming zouden overgaan. Dijk meende te kunnen zeggen dat er een vaak voorkomende vermenging plaatsvond tussen geldend recht en wenselijk recht.

³⁴⁴ Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.

³⁴⁵ Melis/Waaijer 2012, p. 198; De Bruijn/Kraan 2012, p. 13 e.v.

³⁴⁶ Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.

³⁴⁷ Dijk 1978, p. 164.

Ook Dijk wijst, in navolging van Rutgers (zie § 3.4.1), op het verschil in werkingskracht tussen de onderhandse akte en de authentieke akte die nu eenmaal in ons rechtssysteem is neergelegd. Wil men hier verandering in brengen dan zal men de wet dienen te veranderen.³⁴⁸

“Nu meen ik er van uit te kunnen gaan dat de bezwaren tegen executeren op de grosse zich niet richten tegen gedwongen verkoop bij niet voldoen aan een geldlening of gelijksoortige overeenkomsten, maar speciaal tegen de mogelijkheid dat enige onroerend goed op deze wijze zonder tussenkomst van de rechter eventueel met behulp van de sterke arm zou kunnen worden ontruimd.

“Hoewel ik (gelet op de in het geding zijnde problemen en speciaal gelet op het primaire levensbelang van het wonen) deze verschillende benaderingen wel begrijp, dien ik er toch op te wijzen dat er principieel gezien, de technische uitwerking (waarover hieronder meer) daargelaten, geen verschil bestaat tussen executoriaal beslag gevolgd door executie van bepaalde goederen van de debiteur, op grond van de grosse van de notariële akte van geldlening en de ontruiming van een pand op grond van een grosse.

“In beide gevallen wordt aan het recht voldaan en krijgt de crediteur zijn recht zonder tussenkomst van de rechter.”

Dijk vraagt zich vervolgens af waarom in het ene geval wel en in het andere geval geen bezwaar wordt gemaakt. Hij zegt hierover:³⁴⁹

“Omdat men de ontruiming van een huis als een erger ingrijpen in de levensomstandigheden van iemand beschouwt, dan bijvoorbeeld de verkoop van aan iemand toebehorende goederen en omdat men op grond van de ernst van die ingreep liever een rechterlijk vonnis achter zich wil hebben. Maar men beseffe dan wel dat dit in zekere zin de eerste stap op een hellend vlak is.

“Want als een deurwaarder ontruiming op grond van een grosse weigert en deze weigering als juist en in overeenstemming met ons geldend recht wordt ervaren, wie zal dan deze deurwaarder kwalijk nemen indien hij een executoriale verkoop op grond van een grosse weigert, omdat hij vindt dat ook daar de rechter maar eerst zijn oordeel moet geven.”

Wij scharen ons principieel achter de opmerkingen van Dijk. Hij maakte deze overigens over de traditionele toepassing van de notariële akte, derhalve buiten elke vorm van rechtspraak. Op grond van de huidige tekst van artikel 430 Rv wordt geen onderscheid gemaakt tussen de grosse van een authentieke akte en de grosse van een rechterlijk vonnis; beiden kwalificeren als executoriale titel.

Jongbloed vermeldt dat de mogelijkheid om een authentieke akte rechtstreeks te executeren zonder dat een voorafgaand vonnis nodig is, het rechtsverkeer in belangrijke mate vereenvoudigt.

350

348 Dijk 1978, p. 165.

349 Dijk 1978, p. 165.

350 Jongbloed 1987, p. 150.

“Daarmee is tevens een grote macht toegekend aan de bezitter van de grosse. Bij vonnissen is het de rechter die de vordering onderzoekt nadat beide partijen hun opvattingen kenbaar gemaakte kunnen hebben en omschrijft de rechter zo nauwkeurig mogelijk wat voor executie vatbaar is. Bij akten ontbreekt dit vooronderzoek en dikwijls ook de scherpheid van de formulering. Het verschil in de formulering heeft direct te maken met een ander onderscheid tussen vonnis en akte. Het vonnis komt tot stand als partijen al verschil van mening hebben, zij in een rechtsstrijd gewikkeld zijn en de rechter zijn oordeel voor het geval in concreto, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden die zich voorgedaan hebben, kan geven.

“De akte wordt al opgemaakt als partijen nog in harmonie met elkaar omgaan en men geen rekening houdt (of wil houden) met verschillen van inzicht, wanpretstatie, etc. Tussen de dag waarop de akte opgemaakt werd en de dag waarop de akte als het beslissende element in de strijd wordt geworpen, kunnen jaren verstrijken. De notaris zal in de akte daarom veel meer in abstracto moeten formuleren, zonder zich daarbij rekening te kunnen houden met alle feiten en omstandigheden die zich nog zouden kunnen voordoen. Dat is ook de reden dat Eggens meent dat beide niet gelijk kunnen staan.”

De slotbeschouwingen van Jongbloed en het voorbehoud van Eggens moeten worden begrepen binnen de klassieke context van de partij-akte, waarbij degene die een notariële akte tekent geacht wordt bij voorbaat een vonnis tegen zichzelf te verschaffen. Het ‘bij voorbaat’ kan zich uitstrekken over een periode van maanden of jaren. In dit artikel werd nog geen rekening gehouden met de toepassing van een proces-verbaalakte binnen private rechtspraak. Jongbloed noemt het vorenstaande om de nauwe banden tussen vonnissen en akten nader te duiden.³⁵¹ In plaats van een ‘vonnis’ tegen zichzelf te scheppen, zou een andere benadering kunnen zijn dat hij die een notariële akte ondertekent, daarmee een executoriale titel tegen zichzelf schept.³⁵² Deze omschrijving sluit nauwer aan bij de huidige tekst van artikel 430 Rv.

Wat uit de vorengaande passages blijkt is dat de executoriale kracht van de grosse van de notariële akte naast de grosse van het rechterlijk vonnis wettelijk is verankerd en maatschappelijk is geaccepteerd. Ook Jongbloed bevestigt dit:

“Dat een geldsom geïncasseerd kan worden, wordt door niemand betwist. Het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud) geeft in de artt. 439 e.v. daarvoor uitgebreid de middelen aan. Aangezien dit verhaalsexecutie betreft en geen reële executie in de door ons bedoelde zin besteden wij hier verder geen aandacht aan.”

Op grond van het vorenstaande vatten wij de weerstand in de praktijk tegen executie op grond van de grosse van een notariële akte (zonder tussenkomst van de rechter) aldus samen, dat deze wordt gevoed door de omstandigheden van het geval, zoals (i) de zwaarte van de executie; ontruiming van een woning (reële executie) versus de inning van een bescheiden geldsom (verhaalsexecutie),

351 Jongbloed 1987, p. 150; HR 3 mei 1985, NJ 1986, 323.

352 Den Tonkelaar 1981, p. 141.

(ii) het verstrijken van een lange periode tussen het verlijden van de akte en de executie op grond van de grosse ervan en (iii) een vage omschrijving van de rechtsbetrekking en/of de verbintenissen.

Wanneer wij de omstandigheden van het geval betrekken op ons onderzoek, dan zien wij dat de voeding voor de weerstand hier niet of nauwelijks van toepassing zijn: ons onderzoek heeft uitsluitend betrekking op de verhaalsexecutie, de inning van een beperkte geldsom (zie i); op grond van een nieuwe toepassing van de notariële proces-verbaalakte wordt de akte verleden ná het doorlopen van een (private) rechtsgang, direct gevolgd door executie (zie ii), en de bindend adviseur of de arbiter geeft een nauwkeurige omschrijving van de rechtsbetrekking en de verbintenissen ter beëindiging van een gerezen geschil (zie iii).

3.4.3 De grosse van de proces-verbaalakte als grondslag voor executie

Dijk gaat in zijn artikel vervolgens in op de juridisch technische kant van de executie en concludeert dat de koper op de veiling die eigenaar is geworden, de vorige eigenaar kan dwingen tot ontruiming op basis van de grosse van de proces-verbaalakte van de veiling. Voorwaarde is volgens hem dan wel dat de hypotheekakte van de vorige eigenaar een beding bevat dat hij het huis dient te ontruimen.³⁵³

“Wij onderscheiden hier twee gevallen. In het eerste geval wordt het huis verkocht op grond van het beding van artikel 1223 lid 2 BW (oud) en wel in het geval dat de eigenaar van het huis (debiteur van de hypotheaire geldlening) het huis zelf bewoont. In dat geval zal de koper op de veiling, omdat hij door de overschrijving van het proces verbaal van veiling eigenaar is geworden, de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) tot ontruiming kunnen dwingen. Die vorige eigenaar bewoont na de eigendomsovergang het huis toch zonder enig recht of titel.

“Als nu de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) weigert, zal, indien in de hypotheekakte de bepaling is opgenomen dat de hypotheaire debiteur verplicht is om het verbonden huis in aanvaarding door de nieuwe eigenaar te ontruimen, deze voor die ontruiming geen nieuwe procedure behoeven aan te spannen, teneinde voor die ontruiming een titel te verkrijgen. Aangenomen mag worden dat het proces verbaal van toewijzing hier de vereiste titel verschaft. Vergelijk ten deze prof. mr. P. Stein, serie recht en praktijk, deel 7A “Zekerheidsrechten: blz. 153 en volgende. Mogelijker ligt het indien het betreffende perceel niet door de vorige eigenaar (debiteur van de hypotheek) wordt bewoond, maar door een derde op grond van een huurovereenkomst.”

In 1980 oordeelde de President van de Arnhemse rechtbank echter dat ontruiming plaats kon vinden op de enkele grond van de grosse van de notariële proces-verbaalakte van veiling, ongeacht de vraag of de veilingvoorwaarden dwongen tot ontruiming. De President overwoog als volgt blijkens het door Den Tonkelaar aangehaalde citaat:³⁵⁴

353 Dijk 1978, p. 166.

354 Pres. Rechtbank Arnhem 30 september 1980, *Praktijkids* 1981, 142-144.

“Bij de behandeling van de zaak is het navolgende als enerzijds gesteld en anderzijds niet weersproken komen vast te staan. Gedaagde bewoont het litigieuze pand sedert de veiling nog steeds samen met zijn vriendin en nog een vriend. Hij geeft niet te kennen het huis vrijwillig aan eisers vrij ter beschikking te stellen. Eisers wensen thans tot verkoop van het pand in onbewoonde staat over te gaan.

“Gedaagde is gehouden tot feitelijke levering aan eisers. Eisers hebben in het geding gebracht: een exemplaar van de algemene voorwaarden van geldlening en hypotheekstelling van de eerste hypotheekhouder, zoals deze van toepassing waren op het hypotheekrecht met betrekking tot het litigieuze pand, en de eerste grosse van de processen-verbaal van de inzet en toeslag van de gehouden veiling ex artikel 1223 lid 2 BW.

“De veilingcondities, vermeld in de overgelegde veilingakte, houden onder meer in dat gedaagde, conform het bepaalde in artikel 20 lid 3 van voormelde algemene voorwaarden, verplicht is op de dag van aanvaarding te hebben ontruimd en dat de koper, indien zulks niet is geschied, gerechtigd is uit kracht van de grosse tot ontruiming te doen overgaan.

“De verplichting van gedaagde om aan eisers het bezit te verschaffen houdt in dat hen het onroerend goed geheel ontruimd ter beschikking zal worden gesteld. Die verplichting omvat dus mede de ontruiming door degenen die met toestemming of door toedoen dan wel -laten van gedaagde zich in het pand bevinden.

“Er is in casu geen sprake van verhuur van het pand als zelfstandige woonruimte aan een derde.

“In de thans gehuldigde executieleer moet worden aangenomen dat eisers het recht van parate executie hebben. Zij kunnen zelfs zonder het opnemen van voormelde clause in de veilingcondities, krachtens de executoriale titel, die wordt belichaamd door de authentieke akte van de processen-verbaal van veiling ex artikel 1223 lid 2 BW, gedaagde met zijn medebewoners dwingen tot ontruiming van het geveilde.

“Nog afgezien van de spoedeisendheid, die door gedaagde is betwiste, impliceert het voorgaande dat eisers bij de thans gevraagde voorziening in de bestaande situatie geen belang hebben. Zij beschikking immers reeds over een volledig toereikend te achten titel, op grond waarvan zij zich het bezit kunnen verschaffen. Wij moeten mitsdien de verlangde tussenkomst weigeren, met veroordeling van eisers in de gedingkosten”

Wij menen dat dit een zuivere benadering is. Zo niet Pleysier die voor executie op grond van een notariële akte uitgaat van een partij-akte waarin een schuldenaar een executoriale titel tegen zichzelf schept, waar hij stelt: ³⁵⁵ *“In de uitspraak van de President te Arnhem van 30 september 1980, besproken door Den Tonkelaar, werd de grosse van de veilingakte als executoriale titel gezien en daarom een vonnis overbodig geacht. Dit lijkt mij niet juist: bij die akte heeft de schuldenaar niets beloofd. Den Tonkelaar ziet er geen bezwaar in.”*

Rodenburg die zich eveneens achter het vonnis schaart, wijst er in reactie op dat de casus niet zag op parate executie, maar op reële executie op grond van een executoriale titel (in casu op

355 Pleysier 1986, p. 25 (voetnoot 32).

grond van de grosse van de proces-verbaalakte).³⁵⁶ Immers, het ging in de voorgelegde casus *niet* om het verkrijgen van de verschuldigde prestatie tot juridische levering (de koper was namelijk al eigenaar geworden door overschrijving van het proces-verbaal van toewijzing), maar om het verkrijgen van de feitelijke toegang tot het pand in overeenstemming met de rechtstoestand (de eigendom van de koper op de veiling). Rodenburg verduidelijkt dat Den Tonkelaar de executie zonder rechterlijke tussenkomst zonder meer als parate executie had beschouwd, maar Rodenburg merkt op dat parate executie nu juist *zonder* executoriale titel geschiedt. Echter, ‘toch terecht en in weerwil van deze onjuiste opvatting’ trekt Den Tonkelaar volgens Rodenburg vervolgens de juiste conclusie dat het de heersende leer is dat de koper de weigerachtige hypotheekgever er op de grosse van de veilingakte uit kan zetten. “En zo is het: een geheel eigenmachtige aan de executoriale koper toekomende bevoegdheid tot executie zonder grosse van de notariële veilingakte kent ons recht niet. Dus ook in de onderhavige casus: geen parate executie.”

Pleysier noemt ook de uitspraak van de President te Groningen in kort geding van 1 december 1983 onjuist.³⁵⁷ “Daar probeerde men ‘de bewoners’ eruit te krijgen met behulp van de grosse van de veilingsakte. De President was het daarmee eens.”³⁵⁸ Pleysier miskent onzes inziens echter telkenmale dat de schuldenaar al wordt geconfronteerd met de rechtsgevolgen van niet-nakoming, te weten de gevolgen van een openbare verkoop door de hypotheekhouder, waarbij uit de proces-verbaalakte blijkt wie de nieuwe eigenaar is geworden, en welke gevolgen de schuldenaar krachtens de wet moet ondergaan. Het is om die reden dat hij niet opnieuw deze verbintenissen vrijwillig op zich behoeft te nemen via een partijverklaring in een notariële (partij-)akte.

Jongbloed maakt wel een duidelijk onderscheid in het karakter tussen enerzijds partij-akten en anderzijds proces-verbaalakten, zonder dat dit afdoet aan de executoriale kracht, wat hij als volgt omschrijft:³⁵⁹

“Het onderscheid tussen beide soorten akten blijkt in art. 31 Notariswet. In tegenstelling namelijk tot de partijakten kan bij de proces-verbaalakten de ondertekening van (een of meer) comparanten ontbreken als deze weigeren te tekenen of zich voor het sluiten der akte verwijderd hebben. Het onderscheid is als volgt te verklaren. De partijakte kan slechts tot stand komen via het afleggen van schriftelijke verklaringen of het surrogaat van art. 30 Notariswet, waarbij de ondertekening een essentieel onderdeel is. Proces-verbaalakten echter worden ondertekend omdat partijen hun instemming met hetgeen de notaris in de akte verklaard heeft tonen; deze ondertekening is niet een essentieel onderdeel. Alleen daarop slaat het onderscheid, want hoe de akte de rechtsbetrekking tussen beide partijen bewijst is irrelevant; het voornaamste is dat dit bewezen wordt, want geen der beide artikelen 436 Rv. en 43 Notariswet geeft aanleiding gevolgen aan dit onderscheid te verbinden bij het toekennen van executoriale kracht aan de authentieke akte en haar grossen.”

356 Rodenburg 1981, p. 366. Voor een overzicht van verschillende soorten executie zie Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 469-475.

357 Pres. Rechtbank Groningen 1 december 1983, WPNR 5712 (1984), p. 575-577.

358 Pleysier 1986, p. 25 (voetnoot 32).

359 Jongbloed 1987, p. 146-147.

Ten slotte vermelden wij, hoewel dit niet de kern van ons betoog raakt, dat het vonnis van de President van de Rechtbank d.d. 30 september 1980 in zoverre opmerkelijk is, dat de vordering van eisers wordt afgewezen bij gebreke van een belang. Kraan daarentegen betoogt dat artikel 430 Rv de schuldeiser niet dwingt om gebruik te maken van de grosse van de notariële akte om zijn aanspraken te realiseren. Het meent dat het de schuldeiser vrijstaat om, ook al is hij in het bezit van die grosse, de gewone weg te bewandelen en zijn schuldenaar te dagvaarden om een veroordelend vonnis te diens laste te verkrijgen.³⁶⁰

De President van de Arnhemse rechtbank meende in dit geval echter dat er geen belang was bij een (tweede) titel door een vonnis in kort geding. Kraan merkt overigens op dat het belang van de schuldeiser bij het bewandelen van de gewone weg kan zijn gelegen in de mogelijkheid dat een executiegeschil wordt verwacht, of omdat de schuldeiser met een vonnis executie bij lijfswang wil verkrijgen. De crediteur die al in het bezit is van een executoriale titel in de vorm van de grosse van een notariële akte, doet er niettemin verstandig aan om zijn belang bij het vonnis expliciet te vermelden.

3.4.4 Vier wettelijke voorwaarden voor de executabiliteit van de notariële akte

Kraan merkt op dat op grond van de tekst van artikel 430 Rv aan vier voorwaarden moet zijn voldaan, wil executie op grond van een notariële akte mogelijk zijn.³⁶¹ Ten eerste moet de akte authentiek zijn. Een gebrek in de naleving van essentiële voorschriften door de notaris, ziet volgens Kraan op voorschriften die op straffe van verlies van authenticiteit zijn voorgeschreven. Dit brengt mee dat de akte authenticiteit mist en niet voor tenuitvoerlegging vatbaar is.³⁶² Ten tweede moet de akte in Nederland zijn verleden. Ten derde moet een grosse zijn uitgereikt. Ten vierde moet de grosse zijn betekend aan de partij tegen wie de executie zich richt. Er is consensus over de vier voorwaarden in de literatuur.³⁶³

3.4.5 De afgifte van de grosse en het bestaan van een verbintenis

Een grosse is een in executoriale vorm uitgegeven afschrift of uittreksel van een notariële akte (artikel 1 lid 1 sub g Wna). Het is een afschrift (of uittreksel) dat aan bijzondere vormvereisten voldoet. Aan het hoofd staat “In naam van de Koning”³⁶⁴ en onderaan staat: “Uitgegeven voor

360 Kraan 2012, p. 28; HR 5 februari 1925, *NJ* 1925, p. 440.

361 De Bruijn/Kraan 2012, p. 13 e.v.

362 HR 24 januari 1997, *NJ* 1998, 204; Melis/ Waaijer 2012, p. 90; De Bruijn/Kraan 2012, p. 15.

363 Melis/Waaijer 2012, p. 198; Snijders, Klaassen, Meijer 2011, p. 464, 507-508.

364 Tot 30 april 2013 luidde de vermelding “In naam der Koningin”. Deze vermelding werd gewijzigd in “In naam des Konings” na de troonsbestijging door koning Willem-Alexander (Wet van 26 november 2014 tot herstel van wetstechnische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, alsmede in de Wet op de dierproeven tot herstel van een abuis (Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013), artikel IIB, Staatsblad 2014/540). Per 1 juli 2015 is deze tekst vervangen door “In naam van de Koning” met een besluit dat wijziging aanbracht in voorschriften met betrekking tot de aanhef van dwangbevelen, grossen, vonnissen en andere documenten die een executoriale titel verschaffen. Deze onderdelen hadden volgens minister A.G. van der Steur tot doel de archaïsche aanhef “In naam des Konings” of in “In naam der Koningin” die voor de desbetreffende documenten is voorgeschreven, te wijzigen in een hedendaags equivalent (“In naam van de Koning”), Besluit van 19 juni 2015 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enige nog niet in werking gestelde artikelen van de Verzamelwet Veiligheid en Justitie

eerste grosse”.³⁶⁵ Kraan behandelt de vraag van welke aktesoort een grosse kan worden afgegeven. Hij stelt vast dat de notaris van alle tot zijn protocol behorende akten, dus ongeacht of deze partij-akten of proces-verbaalakten zijn, een grosse kan afgeven, maar dat dit niet betekent dat al die akten executeerbaar zijn. Voor executabiliteit is wel vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van de ene persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een andere persoon bevat.

Met Kraan menen wij dat voor een akte waarmee niets te executeren valt, geen grosse mag worden afgegeven. Kraan voert hiervoor twee redenen aan. De eerste is dat de partij die in een dergelijk geval om de grosse verzoekt hierbij geen belang heeft. Ten tweede wekt het woord “grosse” op een stuk waarmee niets te executeren valt verwarring. De notaris dient dan met een beroep op artikel 21 lid 2 Wna die afgifte te weigeren.³⁶⁶ Wij sluiten ons aan bij de bevindingen van Kraan. In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank Amsterdam onder de oude wetgeving:

“dat immers uit artikel 1 eerste lid en artikel 43 eerste lid Wn volgt, dat grossen kunnen worden afgegeven van alle door een notaris verleden authentieke akten, zonder dat bij die of bij andere artikelen, voor zover de uitgifte van volledige grossen betreft, tussen de beide categorieën van akten onderscheid wordt gemaakt; dat voor zodanig onderscheid ook geen grond zou bestaan, vooreerst omdat wat de wetgever ertoe heeft gebracht bepaalde akten in zeker opzicht met een vonnis gelijk te stellen en daarom haar uitgifte in executoriale vorm toe te staan, is de bijzondere geloofwaardigheid, die ze aan haar authentieke karakter ontleen en die geloofwaardigheid niet minder is, indien een notaris eigen verrichtingen en waarnemingen (artikel 31 Wn) dan indien hij de verklaringen van verschenen partijen (artikel 30 Wn) relateert.”³⁶⁷

Rutgers vermeldt nadrukkelijk dat de grosse van de notariële proces-verbaalakte ondanks het ontbreken van partijverklaringen, een executoriale titel kan opleveren, te weten in het geval dat een verplichting ook door een notaris kan worden vastgesteld.³⁶⁸

Over de executoriale kracht is in de parlementaire behandeling van 1997 bij artikel 37 lid Wna verwarring ontstaan, omdat deze zo nauw is verbonden met de materiële bewijskracht. De staatssecretaris erkent in tweede instantie weliswaar, dat in een proces-verbaalakte opgenomen partijverklaringen verplicht volledig worden bewezen, maar vermeldt vervolgens, dat de partij met de akte de rechter zal (moeten) overtuigen van de juistheid van de inhoud van de ambtelijke getuigenverklaring.

“Ook de bewerkers van de zesde druk [van het handboek van Melis] wijzen erop dat wie een

2013, Staatsblad 2015, 247).

365 Huijgen en Pleysier 2001, p. 7.

366 De Bruijn/Kraan 2012, p. 42.

367 Rb Amsterdam 6 mei 1927, NJ 1928.

368 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, nr. 61.

*ander niet tot ondertekening heeft kunnen bewegen, met de proces-verbaalakte niet meer dan een getuigenverklaring heeft, al zal hij de rechter meestal kunnen overtuigen dat die ander verklaard heeft zoals in die akte staat te lezen.*³⁶⁹

Wij merken hierover op dat in § 3.3.3 de onjuistheid van dit onderdeel van het betoog van de toenmalige staatssecretaris is behandeld. Daar is vastgesteld dat Lubbers juist wel concludeerde dat het proces-verbaal waarin de notaris heeft geconstateerd dat een persoon een verklaring aflegt dwingende bewijskracht heeft, al is het geen partijverklaring omdat de ondertekening van die partij ontbreekt.³⁷⁰ De consequentie is immers, dat de grosse van deze authentieke akte jegens die persoon een executoriale titel oplevert. Voorts merken wij nogmaals op dat de bewerkers van het handboek van Melis wel degelijk uitgingen van de dwingende kracht van de ambtelijke getuigenverklaring van de biedingen ter veiling en dat de akte daarom een authentieke akte met dwingende materiële bewijskracht was, waarvan de grosse een executoriale titel oplevert. Dit is eveneens in de literatuur als zodanig aanvaard.³⁷¹ Daarmee is de executoriale kracht aanvaard. De staatssecretaris ging er voorts aan voorbij dat de rechter aan de inhoud van de akte op grond van de dwingende bewijskracht gebonden is, behoudens tegenbewijs (artikel 151 lid 1 Rv). Daardoor is de rechtsgang in beginsel even omslachtig als overbodig.³⁷²

Voorts is het van belang op te merken dat de grosse van de notariële akte is erkend als titel voor executie binnen Europa ex artikel 58 van de Brussel I *bis*-Verordening.³⁷³ Dit artikel luidt als volgt.

“Authentieke akten, verleden en uitvoerbaar in een lidstaat, worden op verzoek, overeenkomstig de in artikel 38 en volgende bedoelde procedure, in een andere lidstaat uitvoerbaar verklaard. De verklaring van uitvoerbaarheid wordt door het gerecht dat oordeelt over een rechtsmiddel, bedoeld in de artikelen 43 en 44, slechts geweigerd of ingetrokken indien de tenuitvoerlegging van de authentieke akte kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat.”

De conclusie is dat de wet geen onderscheid maakt tussen de executoriale kracht van de grosse van de partij-akte en de proces-verbaalakte. De grosse kan derhalve van beide aktesoorten worden afgegeven, mits er voor ten uitvoerlegging vatbare verplichtingen in de akte zijn omschreven. Het is voor de notaris daarom van groot belang dat hij bij het opmaken van de akte nauwkeurig de verplichtingen omschrijft en deze relateert aan de betrokkene in kwestie. De meest voorkomende situatie is de partij-akte, waarbij de notaris het bestaan van de verbintenissen vaststelt, doordat de betrokkenen in zijn aanwezigheid partijverklaringen afleggen, waarbij zij vrijwillig verbintenissen

369 *Kamerstukken II* 1997/98, 23 706, nr. 16, p. 39.

370 Melis/Dijk e.a. 1982.

371 Hidma 1987, p. 165.

372 Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, nr. 61.

373 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europese Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), zoals laatstelijk gewijzigd op 26 november 2014 (Pb EU 2015, L 54).

op zich nemen. Een andere situatie is dat de notaris (bijvoorbeeld bij een veiling) waarneemt dat partijen door hun verklaringen vrijwillig verbintenissen op zich nemen (zie § 3.3).

3.4.6 De afgifte van de grosse en de bepaalbaarheid van een verbintenis

Verplichtingen tot betaling van een geldsom zijn in ieder geval op basis van de grosse van een notariële akte zonder rechterlijke tussenkomst te executeren (verhaalsexecutie). Dit is onomstreden (zie § 3.4.2 en 3.4.3). Door de opname van het verschuldigde geldbedrag in de akte is de verbintenis bepaalbaar.

Het is mogelijk dat de verbintenis een reeds bekend en in cijfers uitgedrukt bedrag betreft of een in woorden omschreven toekomstige vordering. Blijkens het arrest Rabobank/Visser moet volgens de Hoge Raad het gaan om (i) op het moment van het passeren van de akte bestaande en in die akte neergelegde vorderingen, dan wel (ii) om toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van het verlijden al bestaande en in die akte neergelegde rechtsverhouding.³⁷⁴

Het arrest van de Hoge Raad wordt in §3.5 verder besproken vanwege het belang ervan voor het onderzoek.

3.4.7 Samenvattende sectieconclusies

Wij concluderen dat eenvoudige verhaalsexecutie over beperkte hoofdsommen kan plaatsvinden op grond van de grosse van de notariële proces-verbaalakte als executoriale titel, mits de vordering bepaalbaar is. Dit geldt ook in de nieuwe toepassing van het onderzoek, waarbij wel tussenkomst plaatsvindt van de rechtspraak, maar dan in de vorm van private rechtspraak. Het bestaan en de bepaalbaarheid van de verbintenissen is essentieel. Voor executabiliteit is vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van de ene persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een andere persoon bevat. De notaris mag geen grosse uitgeven indien hiervan geen sprake is.

3.5 HET ARREST RABOBANK/VISSER

In § 3.5.1 behandelen wij het arrest Rabobank/Visser. In § 3.5.2 gaan wij in op de gevolgen van het arrest voor de praktijk. In § 3.5.3 behandelen wij het arrest in relatie tot de proces-verbaalakte bij private rechtspraak. In § 3.5.4 formuleren wij samenvattende sectieconclusies.

3.5.1 De casus van het arrest Rabobank/Visser

In de zaak Rabobank/Visser was in geschil of de grosse van de notariële akte een executoriale titel oplevert als bedoeld in artikel 436 (oud) Rv (thans artikel 430 lid 1 Rv). In het betreffende geval was een zogenaamde bankhypotheek overeengekomen, waarbij de akte ter zake van de vordering waarvoor het recht van hypotheek was gevestigd een formulering van algemene strekking bevatte,

374 HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (*Rabobank/Visser*); Melis/Waaijer 2012, p. 202-204; Pitlo/Rutgers en Krans 2014, p. 135.

te weten voor “de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van (...) (Visser) te vorderen heeft of mocht hebben, uit hoofde van verstrekte en/of alsnog te verstrekken geldleningen, verleende en/of alsnog te verlenen kredieten in rekening-courant, tegenwoordige en/of toekomstige borgstellingen, dan wel uit welken andere hoofde ook (...)”. Er was tevens een bepaling opgenomen die luidde: “Ten aanzien van het door de debiteur aan de bank verschuldigde, zal de administratie van de bank, zoals blijkt uit een door de bank verstrekte opgave gelden als volledig bewijs behoudens tegenbewijs.”

De omschrijving werd te algemeen geacht en daarom kon de akte alleen gebruikt worden om het onroerend goed waarop de hypotheek rustte uit te winnen en niet om alle andere vorderingen die in de akte vermeld worden (zoals de rekening-courantschuld bij de bank) uit te winnen. Het oordeel van de Hoge Raad in die zaak luidde, voor zover hier van belang, als volgt.

“Aan de grosse van een authentieke akte komt slechts executoriale kracht toe met betrekking tot op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen alsmede met betrekking tot toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding.

“In geval de akte wel betrekking heeft op één of meer vorderingen, die aan de in de vorige alinea bedoelde vereisten voldoen, maar niet de grootte van het verschuldigd bedrag vermeldt, is de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar, wanneer deze de weg aangeeft langs welke op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigd bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar.”

Aangezien het arrest ziet op de executoriale kracht van de notariële akte, onderzoeken wij of aan het arrest Rabobank/Visser argumenten kunnen worden ontleend tegen de toepassing van de proces-verbaalakte als executoriale titel binnen private rechtspraak.³⁷⁵

3.5.2 De gevolgen van het arrest Rabobank/Visser voor de praktijk

De Hoge Raad heeft in het arrest twee situaties onderscheiden, te weten een hypotheekrecht gevestigd voor bestaande vorderingen, en een hypotheekrecht voor (absoluut) toekomstige vorderingen. In het eerste geval gaat het om een concrete, reeds bepaalde vordering waarvoor een recht van hypotheek werd verleend. Deze vordering bestond al ten tijde van het passeren van de hypotheekakte. In het tweede geval is sprake van (absoluut) toekomstige vorderingen. De gevolgen van het arrest betreffen vooral deze laatste categorie. De Hoge Raad aanvaardt voor absoluut toekomstige vorderingen de executabiliteit van een authentieke akte niet zonder meer. Executie is alleen toegestaan indien de akte in elk geval vermeldt (i) in welke rechtsverhouding de toekomstige vordering zijn onmiddellijke grondslag vindt, en (ii) duidelijk is langs welke weg de omvang van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld. Hiermee heeft de Hoge Raad een nadere omschrijving gegeven van de bepaalbaarheid van verbintenissen.

375 HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank/Visser).

3.5.3 Het arrest Rabobank/Visser en de proces-verbaalakte bij private rechtspraak

Hierna passen wij de kennis van het arrest Rabobank/Visser toe op de situatie bij een privaatrechtelijk gerecht. Vervolgens behandelen wij twee door Kraan aangehaalde bezwaren tegen de proces-verbaalakte, ontleend aan het arrest Rabobank/Visser.³⁷⁶

In de constructie van de vastlegging van een bindend advies (of een arbitraal vonnis) in een proces-verbaalakte doet zich de eerste door de Hoge Raad genoemde situatie voor. Vanaf het moment van de beslissing is sprake van een reeds bestaande en bepaalde vordering. De beslissing is gegeven om een gerezen conflict binnen een bestaande rechtsverhouding te beëindigen. Op het moment waarop de notaris de akte zal verlijden, is de nieuwe rechtstoestand waartoe partijen zich hadden verplicht, bekend. De vordering is als gevolg van de private uitspraak bepaald. Aan de tweede situatie die door de Hoge Raad werd geformuleerd (voor absoluut toekomstige vorderingen), komt men niet toe. Ernste heeft deze conclusie eveneens getrokken.³⁷⁷

Kraan noemt als bezwaar tegen het gebruik van de proces-verbaalakte, ontleend aan het arrest Rabobank/Visser, dat aan alle akten de eis wordt gesteld (i) dat in de akte de rechtsverhouding moet zijn neergelegd en (ii) dat partijen daaraan zelf medewerking moeten verlenen.³⁷⁸ Wij zullen de door Kraan gestelde eisen hierna bespreken.

Ad (i). Bij private rechtspraak zal de rechtsverhouding tussen de partijen zijn neergelegd, doordat de akte – ofwel uitgebreid ofwel op hoofdlijnen – zal verwijzen naar het arbitrale vonnis of het bindend advies, waarin een beschrijving van de contractuele verhouding, de niet-nakoming en de uiteindelijke beslissing ter beëindiging van het geschil staan vermeld. Aan het eerste punt wordt hiermee voldaan. De Hoge Raad stelt de eis dat in de akte de rechtsverhouding moet zijn neergelegd, echter in een situatie van absoluut toekomstige vorderingen en niet voor de situatie van (door de private rechter) reeds bepaalde vorderingen. De Hoge Raad houdt de mogelijkheid in stand dat in de akte al bestaande vorderingen worden omschreven. Het ging in dit arrest immers om een verduidelijking c.q. nadere begrenzing van artikel 3:260 lid 1 BW, welk wetsartikel verplicht tot opname in een partij-akte van *“een aanduiding van de vordering waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, of van de feiten aan de hand waarvan die vordering zal kunnen worden bepaald.”*

Ad (ii). Kraan stelt dat bij de vaststellingsovereenkomst de partijen over en weer een verbintenis op zich nemen onder de voorwaarde, dat de bindend adviseur in die zin beslist. Hij merkt op:

“Een andere vraag is of, indien de vaststellingsovereenkomst waarbij de vaststelling wordt opgedragen aan e-Court wordt opgenomen in een notariële akte, de grosse van die akte na de vaststelling een executorialie titel oplevert ten aanzien van de uit de vaststelling voortvloeiende verbintenis. Op grond

376 Kraan 2012, p. 229.

377 Ernste 2012a, p. 93.

378 Ernste 2012a, p. 93; Lekkerkerker 2012, p. 30.

van het arrest HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank-Visser) dient deze vraag mijns inziens bevestigend te worden beantwoord, althans indien de vaststellingsovereenkomst en de gevolgen daarvan in de akte op de juiste wijze zijn geformuleerd. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat aan de grosse van een notariële akte executoriale kracht toekomt onder meer met betrekking tot 'toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte neergelegde rechtsverhouding', mits de akte de weg aangeeft langs welke voor de schuldenaar bindende weg de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld. Door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst nemen partijen over en weer een verbintenis op zich onder de voorwaarde dat de derde in die zin beslist, een rechtsverhouding die in de akte wordt neergelegd. Mijns inziens wordt door een verwijzing in de akte naar de beslissing van e-Court, zoals die aan beide partijen zal worden medegedeeld, aan de eis dat de akte de weg aan geeft op welke voor de schuldenaar bindende wijze (de grootte van) het verschuldigde kan worden vastgesteld, voldaan."

Wij achten de partij-akte voor de vastlegging van de vaststellingsovereenkomst zoals door Kraan naar voren gebracht mogelijk (zie § 4.1.1). Wij zijn het eens met het betoog van Kraan dat in die benadering aan de eis van bepaalbaarheid is voldaan, nu de akte de weg aangeeft op welke voor de schuldenaar bindende wijze (de grootte van) het verschuldigde kan worden vastgesteld.

Rechtbank Gelderland oordeelde in 2014 over een geval waarin aan de bepaalbaarheid niet was voldaan.³⁷⁹ Het betreft de volgende casus:

"X en Y c.s. zijn burens. Om een langlopend geschil over het gebruik van de onroerende zaken van X te beëindigen, hebben zij bij notariële akte een vaststellingsovereenkomst gesloten. Op grond daarvan is X per overtreding een boete van € 500 per dag aan Y c.s. verschuldigd. Omdat Y c.s. menen dat X een boete is verbeurd, hebben zij executoriaal beslag gelegd op de percelen van X. Thans is in een kortgedingprocedure in geschil of Y c.s. op grond van de grosse van de notariële akte bevoegd zijn om executiemaatregelen jegens X te treffen.

"Volgens de voorzieningenrechter kan de grosse van een notariële akte een executoriale titel opleveren indien de op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven vorderingen, alsmede eventuele toekomstige vorderingen, hun onmiddellijke grondslag vinden in een op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven rechtsverhouding. In geval de akte wel betrekking heeft op één of meer vorderingen die aan het hiervoor vermelde vereiste voldoen, maar de akte niet de grootte van het verschuldigde bedrag vermeldt, is de grosse van de akte niettemin voor tenuitvoerlegging vatbaar wanneer deze de weg aangeeft langs welke, op de voor de schuldenaar bindende wijze, de grootte van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld, behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs door de schuldenaar (vgl. HR 26 juni 1992, JBN 1992, nr 113).

"In casu vindt het eventuele verbeuren van een of meer boetes weliswaar zijn onmiddellijke grondslag in de op het tijdstip van het verlijden van de akte reeds bestaande en in de akte omschreven

379 Rb. Gelderland 21 januari 2014, nr C/05/254449 / KG ZA 13-635 (RBGEL:2014:1321)

rechtsverhouding tussen X en Y c.s., maar de onderhavige akte voldoet niet aan het vereiste met betrekking tot de bepaalbaarheid van de verschuldigde bedragen. In de akte is immers op geen enkele wijze geregeld op welke voor X bindende wijze te eniger tijd zal worden vastgesteld dat zij (een van) de met boetes bedreigde bepalingen heeft overtreden en dus een of meer boetes is verschuldigd. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan een bepaling waarin X ermee instemt dat de constateringen door Y c.s. en/of (een) derde(n) van overtreding van (een van) de met boetes bedreigde bepalingen uit de overeenkomst jegens haar zal gelden als volledig bewijs, behoudens tegenbewijs, en dat dit ook zal gelden met betrekking tot de omvang van de daaruit voor Y c.s. resulterende vorderingen. Nu dit niet in de akte is opgenomen, komt aan de grosse van deze akte geen executoriale kracht toe. “

Uit de onderhavige (notarieel verleden) vaststellingsakte was derhalve niet duidelijk op welke wijze de overtredingen zich hadden voorgedaan, en daarmee kon de omvang van de boete niet worden vastgesteld. Daarom bleek de grosse van deze partij-akte onvoldoende als executoriale titel. De rechtbank geeft evenwel een aantal oplossingsrichtingen aan, waarbij een gang naar de (publieke of private) rechter ex artikel 3:296 BW kan worden voorkómen, en aan de eis van bepaalbaarheid kon worden voldaan. De rechtbank noemt daarbij ook de variant waarbij buurman Y zelf kan vaststellen wanneer de overtredingen door buurman X plaats hebben (partij-executie op grond van een partij-beslissing, met uitsluiting van onafhankelijke derden).

De door Kraan beschreven benadering past in de situatie dat partijen ten overstaan van de notaris vrijwillig een keuze maken voor een privaats gerecht, en daarbij medewerking verlenen – en behoren te verlenen – door het mede ondertekenen van de akte. Dit neemt echter niet weg dat de wet voorziet in de mogelijkheid van een proces-verbaalakte, waarbij de medewerking – zoals de mede-ondertekening – van de ‘objecten van waarneming’ niet is vereist. Er is geen aanwijzing te veronderstellen dat de Hoge Raad met het arrest Rabobank/Visser een einde heeft willen maken aan de wettelijke bepaling van de proces-verbaalakte, gesteld dat hij dit zou kunnen.

3.5.4 Samenvattende sectieconclusies

Wij hebben in deze paragraaf onderzocht in hoeverre aan het arrest Rabobank/Visser argumenten kunnen worden ontleend tegen de toepassing van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak.³⁸⁰ Het arrest ziet op een hypotheekakte, waarbij de schuldenaar met het risico werd geconfronteerd dat hij levenslang onderworpen kon worden aan een executietraject, zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, voor vorderingen uit heden, verleden en de toekomst op basis van elke denkbare rechtsgrond. De akte was als het ware een “*carte blanche*.” Voor ons onderzoek gaat het niet om toekomstige vorderingen, maar om een geschil dat al is ontstaan en ter beëindiging waarvan de vorderingen over en weer zijn bepaald. Op het moment dat de notaris overgaat tot het vastleggen van het bindend advies, is mitsdien sprake van bestaande vorderingen. Deze vorderingen zijn bepaald in het bindend advies of het arbitrale vonnis. Wij menen dat de Hoge Raad met dit arrest geen einde heeft willen maken aan het gebruik van de proces-verbaalakte, die door de

380 HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449 (Rabobank/Visser).

enkele ondertekening van de notaris authenticiteit heeft. De medewerking van de objecten van waarneming is in dat geval niet vereist.

3.6 VIJF RELEVANTE BEVINDINGEN UIT HOOFDSTUK 3

Van hoofdstuk 3 herhalen wij hieronder vijf voor ons onderzoek relevante bevindingen.

(1) De notaris heeft een algemene bevoegdheid om akten te passeren, mits een opdrachtgever dit van hem verlangt. De notaris dient daarbij te controleren of zich geen beperkingen aan zijn bevoegdheid voordoen.

(2) In de discussie over de dwingende bewijskracht van partijverklaringen in de notariële proces-verbaalakte, die niet wordt mede ondertekend door betrokkenen, is een fout geslopen. De fout is ontstaan door een *a-contrario* redenering over het mede ondertekenen die niet is terug te voeren op de tekst van artikel 37 lid 3 Wna. Kraan heeft de discussie in 2012 gezuiverd, en aan de hand van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie aangetoond dat ook de proces-verbaalakte houdende partijverklaringen dwingende bewijskracht heeft, zoals dat ook het geval dient te zijn ex artikel 157 Rv. Aan het betoog van Kraan hebben wij vervolgens twee eigen argumenten toegevoegd.

(3) Wij hebben in het verlengde van Huijgen de vraag opgeworpen wat dan nog de waarde is van artikel 37 lid 3 Wna. Onze opvatting is dat de ondertekening dient te worden gezien als een daad van berusting. Hierdoor is het leveren van tegenbewijs verder bemoeilijkt, zoals al door Lubbers terecht werd opgemerkt maar door de toenmalige staatssecretaris in 1997 anders werd geïnterpreteerd.

(4) Wij hebben geconstateerd dat de bewijskracht en de executoriale kracht nauw met elkaar zijn verbonden, en dat de grosse van de notariële akte – ook van de notariële proces-verbaalakte – in artikel 430 Rv gelijkgesteld is aan de grosse van een vonnis van de overheidsrechter als titel voor executie. Een notaris mag echter geen grosse afgeven indien er geen voor tenuitvoerlegging vatbare verbintenissen zijn opgenomen in de akte.

(5) Voorts concludeerden wij dat het arrest Rabobank/Visser niet in de weg staat aan het gebruik van de proces-verbaalakte, die door de enkele ondertekening van de notaris authenticiteit heeft. De medewerking van de objecten van waarneming aan de akte is niet vereist, terwijl door de private rechter in de uitspraak de verbintenissen worden bepaald en aan de betrokkenen worden opgelegd. De akte dient duidelijk te maken langs welke weg de omvang van het verschuldigde bedrag kan worden vastgesteld.

Deze interpretatie van het juridische kader zal worden toegepast in hoofdstuk 4 en volgende hoofdstukken, waarin de onderzoeksvragen zullen worden behandeld.

4 | DE PROCES-VERBAALAKTE BINNEN DE RECHTSPRAAK

In het vorige hoofdstuk hebben wij vastgesteld dat een notariële akte slechts een titel kan opleveren, indien en voor zover de notaris de verplichtingen van de partijen kan vaststellen. In dit hoofdstuk wordt de eerste onderzoeksvraag behandeld. OV1 luidt als volgt. *“In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?”* Het gaat hierbij om de notaris in zijn rol van waarnemer van een procedure op de grondslag van arbitrage of bindend advies. Om deze vraag te beantwoorden wordt de kennis over het juridische kader van de notariële akte en private rechtspraak van hoofdstukken 2 en 3 toegepast. Het gaat hier om literatuurkennis, bevindingen en resultaten die door analyse tot stand zijn gekomen. Verder wijzen wij op de eerste aanname die wij hebben geformuleerd in § 1.9.4. Voordat wij echter kunnen overgaan tot het behandelen van het gebruik van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak, behandelen wij in deze paragraaf eerst de partij-akte. De structuur van het hoofdstuk is als volgt. In § 4.1 gaan wij in op de partij-akte en private rechtspraak. In de daaropvolgende paragrafen behandelen wij de proces-verbaalakte en private rechtspraak. In § 4.2 behandelen wij de vraag of de proces-verbaalakte op grond van de in hoofdstuk 3 geformuleerde maatstaf in aanmerking komt als instrument voor de vastlegging van een gerechtelijke procedure. In § 4.3 onderzoeken wij wie als opdrachtgever van de notaris ex artikel 2 Wna kan kwalificeren ter zake van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak. In § 4.4 worden de beperkingen van § 3.1.3 toegepast op de proces-verbaalakte bij het private gerecht e-Court. In § 4.5 behandelen wij de toepassing van de notariële akte in relatie tot de rechtspraak. In § 4.6 wordt de eerste onderzoeksvraag beantwoord.

4.1 DE PARTIJ-AKTE EN PRIVATE RECHTSPRAAK

In § 4.1.1 behandelen wij de constructie waarbij de overeenkomst tot private rechtspraak (de overeenkomst tot bindend advies of de overeenkomst tot arbitrage) in een partij-akte wordt neergelegd. In § 4.1.2 bespreken wij de vastlegging van een reeds door een privaats gerecht gegeven bindend advies of arbitraal vonnis in een partij-akte.

4.1.1 De overeenkomst tot private rechte rechtspraak in de partij-akte

Hierna bespreken wij het gebruik van de partij-akte als instrument voor de afdwingbaarheid van de uitspraak van een privaats gerecht. Wij behandelen de vastlegging van de overeenkomst tot bindend advies (de vaststellingsovereenkomst met daarin de benoeming van een derde) en de arbitrageovereenkomst (artikel 1020 j^o 1024 Rv) in een partij-akte, omdat deze constructie in de literatuur voorkomt.³⁸¹ Deze techniek ziet in de praktijk op twee situaties. De eerste situatie is dat er nog geen geschil is gerezen, maar de partijen willen in het kader van hun rechtsbetrekking alvast een keuze maken voor een privaats gerecht, en het gerecht voorziet niet in de rol van de notaris in een procesreglement. De tweede situatie is dat er een geschil is gerezen, en de partijen hebben

381 Voor het arbitraal vonnis ontbreekt de discussie, naar wij aannemen vanwege de relatieve eenvoud van het verlot tot tenuitvoerlegging ex artikel 1062 Rv.

reeds een keuze gemaakt voor een privaats gerecht, maar in het toepasselijke procesreglement van het gerecht is niet voorzien in de waarnemende rol van de notaris. Voor de behandeling van het vraagstuk maakt het overigens geen verschil of het geschil al dan niet is gerezen. Het gaat om een duiding van de praktische toepasbaarheid.

Als eerste heeft Eggens in 1927 geopperd om de vaststellingsovereenkomst notarieel vast te leggen in een partij-akte om het (latere) bindend advies executeerbaar te doen zijn.³⁸² Mocht een conflict ontstaan, dan kan het voorgelegd worden aan een privaats gerecht. De door de derde gegeven beslissing wordt later als geïncorporeerd beschouwd in de oorspronkelijke notariële akte van de vaststellingsovereenkomst. Het is de grosse van de partij-akte op grond waarvan de executie kan plaatsvinden.

In dit geval kwalificeren beide procespartijen als comparanten bij de akte en leggen zij bij de notaris de verklaring af, dat zij op voorhand – wij nemen als voorbeeld de situatie waarin er nog geen conflict is – de vaststellingsovereenkomst notarieel willen vastleggen met het doel, dat het eventueel later gegeven bindend advies als geïncorporeerd kan worden beschouwd. De notaris identificeert de partijen en toetst of zij voldoende zijn “belehrt”, alvorens tot het passeren van de akte en het afgeven van de grosse aan de in het gelijk gestelde partij over te gaan.³⁸³ Dit betekent dat de notaris zal vaststellen dat betrokkenen de rechtsgevolgen kunnen overzien, en dat geen van beide partijen misbruik maakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht (zie hoofdstuk 6).

Op deze wijze leggen de partijen zelf de rechtsverhouding in de akte neer. Daarbij hebben zij aangegeven met het oog op eventueel toekomstige conflicten langs welke weg op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigd bedrag kan worden vastgesteld, te weten via het bindend advies van een privaats gerecht.³⁸⁴

Wij menen dat deze benadering destijds voor de hand lag vanuit (i) het primaat van de partij-akte en (ii) de toepassing van de notariële akte als substituut voor de rechtspraak. Daarnaast speelt het tijdsgewricht waarin Eggens deze uitspraak deed een rol. Het rechtsgebied “consumentenrecht” bestond nog niet. Het massale gebruik van een nevenovereenkomst via een beding in algemene voorwaarden was nog niet in zwang geraakt. Voorts was het concept van geïnstitutionaliseerd bindend advies als vorm van geschilbeslechting voor consumenten nog niet aanwezig. Bij een incidentele vaststellingsovereenkomst en een *ad hoc* benoemde bindend adviseur zonder een geldend procesreglement, was de door Eggens geopperde weg van een notarieel vastgelegde vaststellingsovereenkomst (in een partij-akte) in die maatschappelijke context de enige logische benadering.

382 Eggens 1927, p. 544.

383 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

384 HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449.

Eggens heeft zoals wij hiervoor al opmerkten, eenvoudigweg niet stil kunnen staan bij massale, geïnstitutionaliseerde private rechtspraak voor consumentengeschillen. Ook bestond artikel 6:236 sub n BW nog niet. Het is niet uitgesloten, dat – zou Eggens zich een voorstelling hebben kunnen maken van de schaal van de hedendaagse incassomarkt – hij het niet bij deze ene oplossingsrichting had gelaten.

*“Bij Eggens bevindt het recht zich in de maatschappij, maar het recht moet daaruit nog gevormd worden: het rechtsdenken is een vormgeven aan wat nog niet gevormd is. Hij was bij uitstek een vertolker van de mening dat de intellectuele werkzaamheid van het zoeken naar het recht in de sociale werkelijkheid tot het (rechts)begrip dient te brengen wat aldus nog niet eerder als rechtswerkelijkheid begrepen werd.”*³⁸⁵

Mutatis mutandis gelden de bovenstaande overwegingen voor de vastlegging van een overeenkomst tot arbitrage in een partij-akte.

Wettelijk gezien is in een dergelijk geval een partij-akte geboden. Het gaat immers om een akte die (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnende persoon over het scheppen van een nieuw rechtsgevolg door een rechtshandeling: de rol van de notaris. De betrokkenen wensen ter plekke een keuze voor bindend advies overeen te komen, hetgeen de notaris volgens de regels van de contractsvrijheid en de partij-akte faciliteert. Deze benadering wordt gevonden in het artikel van Kraan over e-Court.³⁸⁶ Eerder had de Staatssecretaris van V&J in zijn brief van 23 juni 2011 (zie Appendix A) deze benadering gevolgd. In de benadering wordt vooropgesteld dat de keuze voor geschilbeslechting door een privaat gerecht kwalificeert als een nieuwe, onverplichte rechtshandeling. Voor die situatie is een partij-akte vereist. De betrokkenen zullen in die benadering de akte mee (moeten) ondertekenen, om bewijs tegen zichzelf te scheppen van hun wil om hun geschil te onderwerpen aan private rechtspraak, met de bepaling dat zij de wil hebben om de verbintenissen die door de bindend adviseur bij uitspraak aan hen worden opgelegd ook door hen worden nagekomen.

Voor procespartijen die een geschil zouden kunnen krijgen over hoge hoofdsommen is de toepassing van de partij-akte in de praktijk denkbaar. Wij betwijfelen echter of de partij-akte voor hen een aantrekkelijke methode voor afdwingbaarheid van de uitspraak zou vormen. Immers, een arbitrage, gevolgd door een exequaturprocedure komt ons minder omslachtig en tijdrovend voor.

Voor consumentengeschillen kleeft aan deze juridische constructie het praktische nadeel dat elke consumentenkoop door partijen bij de notaris vastgelegd zou moeten worden, zoals de aanschaf van een boek en van een mobiele telefoon. De kosten en moeite die met een dergelijk bezoek aan de notaris gepaard gaan, zullen hoog zijn, en in geen verhouding staan tot het belang dat met de

385 Van Zaltbommel 1993, p. 109 – 110; K. Meijer, 2008, p. 60.

386 Kraan 2012. Kraan wordt in deze benadering gevolgd door Ernste 2012a, p. 93 en Lekkerkerker 2012.

hoofdovereenkomst is gemoeid. Ook zal de verkoper het niet wenselijk achten (onder andere) uit concurrentieoverwegingen om een gang naar de notaris voor te schrijven aan zijn klanten. Dit bemoeilijkt en vertraagt een eenvoudige consumentenkoop en kan ertoe leiden dat de consument het product of de dienst liever elders aanschafft of van de koop afziet. Bovendien worden de verplichtingen uit consumentenkoop in het overgrote deel van de gevallen nagekomen (nakoming van de verbintenissen uit de overeenkomst door de beide partijen is de hoofdregel); juridische procedures naar aanleiding van geschillen vormen – gelukkig – nog steeds een uitzondering op de hoofdregel. In de praktijk is deze route om de redenen voornoemd onbegaanbaar, zeker voor overeenkomsten met een financieel belang tot € 250. De wet vereist daarenboven geen notariële vastlegging van een keuze voor bindend advies. Deze keuze mogen partijen maken buiten de notaris om.

4.1.2 De vastlegging van de uitspraak in de partij-akte

Hierna bespreken wij een tweede toepassing van de partij-akte binnen de rechtspraak, namelijk de door Ernste geopperde methode (c.q. het door haar benoemde rechtsgevolg van het gebruik van een volmacht) om de uitspraak van een privaats gerecht afdwingbaar te maken door vastlegging van een bindend advies in een partij-akte.³⁸⁷ Deze techniek ziet in de praktijk op de situatie waarin partijen bij onderhandse akte (rechtstreeks of via algemene voorwaarden) hun geschil hebben laten beslechten door een privaats gerecht, maar zonder dat in het procesreglement is voorzien in de rol van de notaris, en waarbij de procedure heeft geleid tot een einduitspraak.

Echter, deze route heeft bij rechtspraak als nadeel dat de in het ongelijk gestelde gedaagde niet bereid zal zijn om medewerking te verlenen aan een partij-akte, omdat deze de basis vormt van een executietraject, in de wetenschap dat de in het gelijk gestelde procespartij zich mag verhalen op al zijn vermogensbestanddelen voor zover dat nodig is voor betaling van de vordering en bijkomende kosten. Het is onwaarschijnlijk dat een consument de subjectieve wil zou hebben om een dergelijk executietraject te helpen faciliteren. De schuldenaar kan het executietraject bemoeilijken en vertragen door de gevraagde verklaring juist niet af te leggen.

Zijn individuele belang om niet mee te werken aan de akte is evident. De notaris dient dit te honoreren, omdat hij anders niet mag overgaan tot het passeren van de partij-akte. Voor de rechtspraak lijkt deze constructie een doodlopende weg. Immers, binnen de context van de rechtspraak is het honoreren van dit belang strijdig met het beginsel van de rechtsstaat, en het maatschappelijk belang bij het vertrouwen dat overeenkomsten worden nagekomen, desnoods door de nakoming af te dwingen.

In dit geval waarin de vastlegging van de uitspraak achteraf geschiedt, biedt een volmacht geen soelaas. Immers, ook in geval van een volmacht kwalificeren beide procespartijen als comparanten bij de akte, en worden zij geacht bij de notaris verklaringen af te leggen, dat zij de verbintenissen

387 Ernste 2010, p. 230 e.v.

uit het bindend advies wensen vast te leggen in de akte. De notaris identificeert de partijen en toetst of zij voldoende zijn “*belehrd*”, d.w.z. hij stelt vast of de procespartijen de rechtsgevolgen hiervan kunnen overzien en of geen van beide partijen misbruik maakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht, alvorens over te gaan tot het passeren van de akte en het afgeven van de grosse aan de in het gelijk gestelde partij.³⁸⁸

Knigge heeft benadrukt dat om de rechtsvrede te kunnen waarborgen partijen voldoende mogelijkheid dienen te hebben om hun daadwerkelijke geschil aan de rechter voor te leggen. Procesovereenkomsten mogen de toegang tot de rechter daarom niet te zeer belemmeren.³⁸⁹ Het is de vraag of een overeenkomst waarbij is bepaald dat de afdwingbaarheid slechts wordt bereikt door een partij-akte voor de vastlegging van een bindend advies niet als te belemmerend geldt, omdat de crediteur niet de mogelijkheid heeft zijn recht af te dwingen, maar afhankelijk wordt van de medewerking van zijn debiteur. Het risico is aanwezig dat de medewerking niet zal worden verleend. Wij betwijfelen daarom of een dergelijke afspraak in het algemeen rechtsgeldig zal zijn. Deze is in elk geval risicovol en daarmee praktisch gezien weinig zinvol.

Om de hiervoor genoemde redenen zal een dergelijke comparitie na afloop van een proces zelden worden gehouden. Indien deze wel wordt gehouden, zal de vastlegging in de akte zelden kans van slagen hebben. In de praktijk is deze route van de partij-akte naar ons oordeel derhalve onbegaanbaar.

De bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat een arbitraal vonnis, gevolgd door een exequaturprocedure, minder omslachtig en risicovol zal zijn.

4.1.3 Sectieconclusies over de partij-akte binnen private rechtspraak

Wij hebben in § 4.1.1 vastgesteld dat een partij-akte een instrument kan zijn voor de vastlegging van de overeenkomst tot private rechtspraak, waarbij de partijen voorafgaand aan het ontstaan van een geschil hun keuze voor een privaatrecht neerleggen. Voor geschillen over lage hoofdsommen lijkt deze methode te kostbaar en omslachtig. Voor geschillen over hoge hoofdsommen kan deze methode bruikbaar zijn. Wij betwijfelen of deze methode een voordeel oplevert ten opzichte van een arbitrage, gevolgd door een exequaturprocedure.

4.2 HET GEBRUIK VAN DE PROCES-VERBAALAKTE

In deze paragraaf onderzoeken wij het gebruik van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak. Daartoe bezien wij in § 4.2.1 of de proces-verbaalakte op grond van de in hoofdstuk 3 geformuleerde maatstaf in aanmerking komt voor vastlegging van een gerechtelijke procedure op grondslag van bindend advies of arbitrage. Vervolgens besteden wij in § 4.2.2 aandacht aan de

388 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

389 M.W. Knigge 2012; M.W. Knigge 2013, p. 339

vraag in hoeverre de debiteur zelf de verbintenissen in de akte op zich dient te nemen. Wij gaan in § 4.2.3 in op de waarneming van de gedaagde die verstek laat gaan. Ten slotte behandelen wij in § 4.2.4 de waarnemingen tijdens de procedure.

4.2.1 De maatstaf van § 3.1.9 toegepast op private rechtspraak

Wij hebben in § 3.1.9 vastgesteld dat een proces-verbaalakte geen instrument mag zijn om aan de comparitie van partijen te ontsnappen. Indien een akte (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon, moet een partij-akte worden verleden. Het gaat daarbij vooral om de uit zijn verklaring blijkende partijwil om nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aan te gaan en bewijs daarvan tegen zichzelf te scheppen door het ondertekenen van de akte. Bij processen-verbaal daarentegen gaat het om de waarneming door de notaris en het verslag hiervan. Dit waarnemen impliceert dat sprake is van “gebeurtenissen” of “evenementen” die kunnen worden waargenomen.

De wijze waarop bij onderhandse akte de keuze wordt gemaakt voor private rechtspraak hebben wij beschreven in § 2.2.6.

In § 2.3.2 hebben wij het procesrecht geïntegreerd in onze benadering. Daarbij hebben wij vastgesteld dat door de ommekomst van de termijn ex artikel 6:236 sub n BW de bevoegdheid van het scheidsgerecht vaststaat, wanneer de gedaagde die termijn ongebruikt heeft gelaten. In onze benadering stellen wij dat ook de notaris gebonden is aan de rechtsgevolgen die ex artikel 6:236 sub n BW intreden als gevolg van het uitblijven van een partijverklaring. De rechtshandeling waarin de keuze voor het private gerecht is gemaakt, wordt daarmee een reeds voltooide rechtshandeling uit het verleden. De obligatoire fase waarbij de overeengekomen keuze alsnog door de gedaagde eenzijdig kon worden herroepen, is geëindigd.

Indien en voor zover in het toepasselijke procesreglement is voorzien in de rol van de notaris, kan een belanghebbende mitsdien aan de notaris een onvoorwaardelijke opdracht verstrekken om de procedure waar te nemen en vast te leggen.³⁹⁰ Of, indien een belanghebbende eerder de opdracht wil verstrekken, dan kan dit onder de opschortende voorwaarde van het verstrijken van de termijn ex artikel 6:236 sub n BW.

De notaris dient vervolgens de bevoegdheid van het gerecht als bloot rechtsfeit te accepteren, op dezelfde wijze waarop de kantonrechter, het private gerecht en de procespartijen zelf dat hebben te doen. Immers, door het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW is de bevoegdheid van het private gerecht om het geschil te beslechten een rechtsfeit, dat in het verleden is “gelegen”. De bevoegdheid van het private gerecht is daarmee door het verstrijken van de tijd “in het heden” een bloot rechtsfeit.

³⁹⁰ Indien de opdracht op een eerder moment wordt verstrekt, dient dit de geschieden onder de ontbindende voorwaarde van de verklaring van de gedaagde ex artikel 6:236 sub n BW.

De tegenstelling overeenkomstenrecht *sec* versus het overeenkomstenrecht met beschouwing van het procesrecht is op dit punt essentieel. Immers, de reeds definitieve en onomkeerbare keuze voor het private gerecht behoeft niet opnieuw door de procespartijen uit vrije wil te worden bevestigd en vastgelegd in een partij-akte. De wet heeft de rechtsonzekerheid op dit punt weggenomen, en dit maakt een herhaling van de overeenkomst in een partij-akte overbodig en onwenselijk.

Ons standpunt is duidelijk. Bij deze benadering is geen sprake van een onheus gebruik van de proces-verbaalakte, maar geldt dat het rechtsgevolg in relatie tot het procesrecht dient te worden gerespecteerd. De bevoegdheid van het private gerecht is het door de wet bepaalde rechtsgevolg van een aaneenschakeling van rechtens relevante gebeurtenissen, die uiteindelijk terug te voeren zijn op de tussen partijen destijds gesloten overeenkomst.

Wanneer de notaris dit heeft vastgesteld, kan hij de opdracht (onvoorwaardelijk) aanvaarden en de procedure uit eigen waarneming volgen. Het zijn vervolgens niet de partijen die vrijwillig verplichtingen op zich nemen, maar het is de bindend adviseur respectievelijk het scheidsgerecht dat de verbintenissen oplegt aan partijen. Dát is de uitkomst en tevens de kern van de procedure, waar het de procespartijen om te doen is. De procedure wordt derhalve gehouden met het doel (1) om de verbintenissen te laten vaststellen en opleggen, en (2) de uitkomst niet alleen bindend maar ook afdwingbaar te laten zijn.

Dit gezegd hebbende, is er voor de notaris nog steeds een belangrijke taak weggelegd, namelijk het waarnemen van de gerechtelijke procedure als zodanig, met inbegrip van de uitspraak, en zijn waarnemingen vastleggen in een proces-verbaalakte, en daarvan een grosse uitgeven. Voor de notaris die met een dergelijke opdracht wordt geconfronteerd, geldt dat hij zich in uiteenlopende vraagstukken dient te verdiepen.

De notaris zal bij het aanvaarden van zijn taak dienen te verifiëren of hij de opdracht mag aanvaarden aan de hand van de volgende zes vragen.

- (i) Hebben de procespartijen in het verleden een rechtsgeldige keuze gemaakt voor het private gerecht in de overeenkomst of de toepasselijke algemene voorwaarden binnen de grenzen van artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet?
- (ii) Is de gedaagde rechtsgeldig opgeroepen (zie § 2.2.6-2.2.7)?
- (iii) Is de gedaagde daarbij gewezen op zijn recht ex artikel 6:236 sub n BW om het geschil alsnog te laten behandelen door de publieke rechter (zie § 2.3.2-2.3.3)?
- (iv) Wordt in het nevenbeding verwezen naar een procesreglement (zie § 2.2.6-2.2.7)?
- (v) Voorziet dit reglement in de betrokkenheid van de notaris om (a) het proces waar te nemen en zijn waarnemingen vast te leggen in een akte, en (b) om een grosse ervan af te geven, opdat het vastgelegde kan dienen als executoriale titel in de zin van artikel 430 Rv?
- (vi) Wordt de gedaagde bij de oproeping gewezen op de waarnemende rol van de notaris, en op het feit dat via zijn tussenkomst de executoriale titel wordt verkregen?

Met de verificatie van deze zes vragen handelt de notaris niet anders, dan wanneer hem het verzoek bereikt om als waarnemer op een veiling op te treden. Ook dan zal hij moeten vaststellen of de bezoekers aan de veiling van tevoren zijn geïnformeerd over zijn rol via de veilingvoorwaarden (zie § 3.1.3).

Hiermee is de discussie niet ten einde en daarom gaan wij hieronder nader in de op argumenten van Kraan.

Bij de door Kraan gehanteerde criteria voor de keuze tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte (zie § 3.1.9), merkt Kraan het volgende op.

“Van een partij-akte is sprake wanneer de notaris in zijn akte een persoon (of meerdere personen) aan het woord laat en de akte alleen tot stand kan komen wanneer die persoon, blijkens zijn ondertekening (of blijkens de door de notaris gerelateerde verklaring van die persoon dat hij tot ondertekening bereid maar niet in staat is), de inhoud van zijn door de notaris neergeschreven verklaring voor zijn rekening wil nemen.

“Bij een proces-verbaal-akte relateert de notaris naast gewoonlijk een partij-verklaring nog feiten of verklaringen – hij vermeldt feiten en verklaringen met dwingende bewijskracht – die vallen buiten hetgeen de notaris zelfstandig dient vast te stellen om de akte als partijakte tot stand te brengen.

“Bij de partij-akte moet de notaris constateren: dat iemand voor hem verschenen is, dat die persoon ondertekend heeft enz. In de proces-verbaalakte komen (nog) andere constatering van de notaris voor.

“Komen in een proces-verbaalakte verklaringen voor die de notaris met dwingende bewijskracht constateert op verzoek van een partij die dienaangaande dan ook een (partij-)verklaring in de akte aflegt dan kunnen die door anderen afgelegde verklaringen ondertekend worden maar de ondertekening kan ook achterwege blijven. Principiële betekenis voor de aard van de akte heeft het al dan niet achterwege blijven van die ondertekening niet. Door ondertekening wordt de verklaring partij-verklaring, zonder ondertekening niet.”

Het hoofddoel van een juridische procedure is om een einde te maken aan een geschil en de procespartij die het aangaat, te voorzien van een executoriale titel. De notaris die de procedure waarneemt, vermeldt derhalve (rechts)feiten en verklaringen over het procesverloop met dwingende bewijskracht. Voor het waarnemen en vastleggen ervan is de notariële proces-verbaalakte de aangewezen akte. Het hoofddoel van een juridische procedure wijkt derhalve af van een partij-akte. Het gaat niet om het optekenen van verklaringen van procespartijen. De gedaagde verschijnt *niet* – gesteld al dat de gedaagde verschijnt – met het doel om vrijwillig verbintenissen op zich te nemen en daarvan bewijs te scheppen tegen zichzelf.

Wij lichten de gang van de zaken tijdens de procedure nader toe. Ter inleiding van het proces legt de eisende partij verklaringen af in de vorm van zijn eis. Daarna zal aan de gedaagde gelegen-

heid worden gegeven zijn standpunt te bepleiten bij verweer. Vervolgens kunnen partijen over en weer nog reageren, voordat het bindend advies wordt gegeven. Aangezien het van tevoren niet vaststaat (i) wie verschijnen, (ii) welke verklaringen zullen worden afgelegd, (iii) welke uitspraak uiteindelijk wordt gegeven ter beëindiging van het geschil en daarmee: welke verbintenissen zullen ontstaan en (iv) welke andere rechtsfeiten zich voordoen, kan de akte niet van tevoren worden geconcipeerd. Bovendien leggen de procespartijen door het voeren van verweer, of door eis, repliek of dupliek, geen verklaringen af in de zin dat zij nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aangaan en bewijs daarvan tegen zichzelf wensen te scheppen. Uitsluitend door de beslissing van het gerecht – dit is de verklaring van de bindend adviseur als derde in de zin van artikel 7:900 BW – wordt de nieuwe rechtstoestand tussen de procespartijen bepaald, en ontstaan er (mogelijk) verbintenissen voor de procespartijen teneinde de feitelijke toestand in overeenstemming te brengen met de vaststelling.

Onze conclusie is daarmee als volgt: de waarneming van een procedure, en de vastlegging ervan in een proces-verbaalakte, is geen instrument om aan de comparitie van de procespartijen te ontsnappen.

In § 1.9.4 formuleerden wij vier aannames. De eerste aanname was dat bij een gerechtelijke procedure elk aanwezig subject of object en elke gebeurtenis in principe door een natuurlijk persoon kunnen worden gezien c.q. visueel worden waargenomen. Dat een gerechtelijke procedure zich leent voor waarneming blijkt bij de traditionele (publieke) rechtspraak uit het feit dat er is voorzien in een “publieke tribune” waarop belangstellenden kunnen plaatsnemen, om hetgeen zich afspeelt in de zittingzaal te volgen. Indien een procedure kan worden waargenomen door bezoekers op een publieke tribune, valt niet in te zien waarom een juridische procedure zich als zodanig niet zou lenen voor waarneming en vastlegging door de notaris. Op grond hiervan zijn wij van mening dat elke gerechtelijke procedure, dus ook een bindend-adviesprocedure of een arbitrale procedure, een gebeurtenis is die zich leent voor waarneming. Wij zien niet in hoe een gerechtelijke procedure geen gebeurtenis zou kunnen zijn, nu deze zoveel lijkt op een traditionele procedure bij de overheidsrechter, en op een aandeelhoudersvergadering of een veiling. Ook zien wij niet in hoe een gerechtelijke procedure een gebeurtenis zou kunnen zijn zonder civielrechtelijke relevantie.

Samengevat stellen wij in feite vast dat het algemeen bekend mag worden verondersteld, dat een procedure kan worden waargenomen.

Op basis van hogergenoemde argumenten mogen wij concluderen, dat (a) de juridische procedure zich in beginsel leent voor waarneming op dezelfde manier als een veiling of een aandeelhoudersvergadering, en (b) dat de proces-verbaalakte in aanmerking komt en als geëigende vorm kwalificeert volgens de criteria van Kraan, als akte voor vastlegging van de waarnemingen door de notaris. Hiermee is het antwoord op de eerste onderzoeksvraag partieel gegeven. Het is nog niet volledig (zie hieronder).

4.2.2 Een procespartij krijgt verbintenissen opgelegd

Hoewel Kraan zich in 2012 bij de leer van Lubbers, Hidma, De Bruijn en Huijgen inzake de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte heeft aangesloten³⁹¹ (zie § 3.3.4-3.3.5), betoogde hij in datzelfde jaar dat er voor de notaris geen rol was weggelegd als waarnemer van een juridische procedure om zodoende tot een afdwingbare uitspraak te komen.³⁹² Kraan ziet de vastlegging in een proces-verbaalakte geoorloofd indien het gaat om door de notaris waargenomen en opgetekende handelingen en verklaringen van een betrokkene (met een obligatoir karakter). Hij meent dat de vastlegging niet mogelijk is op grond van de enkele verklaring van de bindend adviseur, dus zonder dat de notaris zelf actieve handelingen of verklaringen van een procespartij heeft kunnen waarnemen.

Wij plaatsen hierbij wel de kanttekening dat Kraan mede tot de partij-akte concludeerde door het gebruik van het woord ‘opdracht’ (van de procespartijen) in de destijds gehanteerde akte van e-Court die aanleiding was voor zijn schrijven (voor de problematiek van de opdracht, zie § 4.2, 4.6 en 6.1.1). Hierdoor werd Kraan als het ware naar die conclusie geleid. Niettemin herhalen wij een gedeelte uit het betoog van Kraan in zijn bijdrage “e-Court vanuit notarieel perspectief.”³⁹³

“Hoe dit laatste zij, wanneer een vaststelling op verzoek van e-Court wordt vastgelegd in een notariële akte blijkt uit deze akte niet, noch door ondertekening, noch door vaststelling door de notaris, dat een partij zich tot het verrichten van een bepaalde prestatie verbonden heeft.

“Dit wordt niet anders door de bepaling in het reglement dat de partijen bij de vaststellingsovereenkomst aan e-Court opdracht verlenen om de beslissing in hun geschil in een authentieke akte te doen vastleggen. Het woord ‘opdracht’ betekent niet dat tussen e-Court en partijen een rechtsverhouding bestaat op grond waarvan e-Court als vertegenwoordiger van partijen verbintenissen in een notariële akte op zich kan nemen, maar alleen dat e-Court bevoegd is om de door haar genomen beslissing in een notariële akte op te nemen. De opdracht heeft, zo kan verdedigd worden, wel de strekking dat ten laste van een partij een executoriale titel ontstaat, maar omdat de opdracht beperkt is tot het neerleggen van de beslissing in een notariële akte wordt dit doel niet bereikt. e-Court zal, naar ik aanneem, in de akte verklaren dat zij handelt in opdracht van partijen bij de vaststellingsovereenkomst, maar dit houdt mijns inziens slechts in dat partijen instemmen met het neerleggen van de beslissing in een notariële akte, niet dat partijen de hieruit voortvloeiende verbintenissen bij de akte op zich hebben genomen.”

Anders dan Kraan betoogt, is de gebondenheid aan de beslissing van de bindend adviseur en de wettelijke verplichting om mee te werken aan de totstandkoming van de vaststelling, niet afhankelijk van nadere rechtshandelingen (zoals een verklaring van de veroordeelde procespartij dat zij de verbintenissen die uit het bindend advies voortvloeien vrijwillig op zich zal nemen), maar zij vloeit rechtstreeks voort uit artikel 7:901 lid 2 BW. Artikel 7:901 BW luidt:

391 De Bruijn/Kraan 2012.

392 Kraan 2012.

393 Kraan 2012.

- “1. De totstandkoming van de vaststelling is gebonden aan de vereisten waaraan moet worden voldaan om de met de beslissing beoogde rechtstoestand, uitgaande van die waarvan zij mogelijk afwijkt, tot stand te brengen.
- “2. Ieder van de partijen is jegens de andere verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.
- “3. Voor zover aan deze vereisten kan worden voldaan door een verklaring van partijen of een hunner, wordt deze verklaring in de vaststellingsovereenkomst besloten geacht, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit.”

Artikel 7:901 lid 2 bepaalt dat de veroordeelde partij verplicht is tot betaling, als dit blijkt uit de beslissing vereist is om aan de totstandkoming van de vaststelling te voldoen. Een nadere schuldenaarserkenning is derhalve niet vereist (zie § 2.2.6). Dit is immers het typerende aan het karakter van het bindend advies als vorm van rechtspraak: partijen zijn aan de beslissing gebonden, ongeacht de vraag of zij de verbintenissen wel op zich willen nemen (dus: ongeacht de vraag of zij het eens zijn met de uitkomst van het geschil).

Voor de notaris zijn de betrokkenen ‘objecten van waarneming’ en geen comparanten. Indien zij voor aanvang van de procedure voldoende zijn geïnformeerd over de rol van de notaris, dan weten zij dat hij klaar zit om hun verklaringen te relateren en – wij voegen dit volledigheidshalve toe – overige rechtsfeiten te relateren (zie § 3.1.3, derde en zesde beperking). Wij herhalen het citaat van Hidma: *“Echter, indien aan die beperkende voorwaarde is voldaan, dan participeren de partijen met de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren. Dan moeten zij op hun woorden passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen.”*³⁹⁴

Bovendien doet de mening van Kraan geen recht aan de materiële bewijskracht van de akte (zie § 3.3.5 t/m 3.3.9). Immers, de akte vormt niet alleen een bewijs van het feit dat de bindend adviseur heeft verklaard dat de ene procespartij iets is verschuldigd jegens de ander. De akte levert ook dwingend bewijs jegens een ieder van het feit (i) dat er een procedure is gehouden tussen de procespartijen, (ii) dat de uitspraak een einde heeft gemaakt aan het rechtsgeschil, en (iii) dat door de uitspraak de ene procespartij jegens de andere verbintenissen opgelegd heeft gekregen.³⁹⁵ Het is de kern van rechtspraak: de impasse van het uitblijven van de vrijwillige nakoming wordt hiermee doorbroken.

Uiteraard staat het de procespartijen vrij om de proces-verbaalakke mede te ondertekenen en bewijs te scheppen tegen zichzelf. Doen zij dit niet, dan nog steeds worden het bestaan en de omvang van de – opgelegde, geconcretiseerde – verbintenissen ter beëindiging van het geschil, dwingend bewezen jegens een ieder door de materiële bewijskracht van de akte.

³⁹⁴ Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

³⁹⁵ Uiteraard is dit laatste geen gegeven, maar afhankelijk van de beoordeling van de geschilbeslechter of arbiter.

De mening van Kraan steunt in feite op drie dieperliggende oorzaken die voortvloeien uit de integratie van het burgerlijk procesrecht, te weten: (a) het passeren van de akte geschiedt als instrument van rechtspraak nadat de obligatoire fase is geëindigd, (b) de functie van het procesreglement dient in de analyse te worden betrokken, en (c) de bestaande jurisprudentie dient te worden geïnterpreteerd binnen het domein van dwang (blote rechtsfeiten).

Ad (a). Het uitgangspunt van Kraan is het overeenkomstenrecht, waarbij partijen uit vrije wil verbintenissen kunnen scheppen (contractsvrijheid). Daarbij is hij van mening, dat de notaris bij de vraag of hij de akte kan passeren, niet zal kunnen afgaan op hetgeen het private gerecht hem meedeelt, maar slechts op hetgeen partijen hem zelf meedelen.³⁹⁶ De notaris dient bij de vastlegging echter *juist* af te gaan op hetgeen het private gerecht verklaart, indien hij zekerheid wenst te verkrijgen over de vraag op welke partij welke verbintenis rust. Dit is kenmerkend voor de rol van de onafhankelijke rechtsprekende derde.

Ad (b). In het betoog van Kraan wordt de functie van het procesreglement voorts onvoldoende belicht. Bij het aanvaarden van de opdracht tot waarneming en vastlegging in een procesverbaalakte dient de notaris te controleren of partijen *bekend* waren met het feit dat de notaris ter plekke waarneemt en na afloop vastlegt. Immers, deze situatie dient vooraf aan hen bekend te zijn gemaakt (zie § 3.1.3). Dit is dezelfde controle als bij een veiling. De notaris kan dit controleren aan de hand van de oproeping per deurwaardersexploit. Wanneer een gedaagde de termijn van 3:236 BW ongebruikt laat verstrijken, terwijl hij in kennis was gesteld van het procesreglement met inbegrip van de rol van de notaris, dan is hiermee de voorwaarde vervuld, en kan het proces worden gevoerd in aanwezigheid van de waarnemende notaris. Van de notaris kan dan niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt (zie § 2.2.3).

Ad (c). Het betoog van Kraan is in hoge mate afhankelijk van de context van de door hem zelf aangehaalde jurisprudentie (zie § 3.3.5-3.3.6). De interpretatie van de aangehaalde jurisprudentie dient onzes inziens gesteld te worden in het domein van overheidsdwang. Door de aard van een juridische procedure kunnen wij niet anders concluderen dan dat de vastlegging van het verloop van de procedure en de daarin gewezen besluit strekt tot het bewijs van het bestaan van een verbintenis van de ene procespartij jegens de ander c.q. de vordering. Dit betekent dat de grosse (juist) wel kan dienen als executoriale titel ter incassering van de vordering. Uit de akte blijkt immers van de verplichtingen voor de procespartijen. Nogmaals, dit is nu juist het doel van rechtspraak.

De context van het procesrecht leidt ons tot de volgende beschouwingen ten aanzien van de inhoud van de verklaringen van de procespartijen. Het voorleggen van de eis of het voeren van verweer, repliek of dupliek betekent dat een procespartij zijn zienswijze op het geschil naar voren brengt, en zijn standpunt bepleit. Hij hoopt hierdoor de (private) rechter ervan te overtuigen om

396 Kraan 2012.

deze zienswijze te volgen. Deze verklaringen scheppen geen verbintenissen voor de procespartijen als zodanig. De procespartijen hebben immers hun eigen oordeel verruild voor dat van de bindend adviseur. Hooguit kan worden vastgesteld dat een procespartij die tijdens de procedure het bestaan van een verbintenis *erkent*, geconfronteerd zal worden met een bindend advies of een arbitraal vonnis waarin het resultaat van de erkenning in de uitkomst van het geschil wordt gereflecteerd. Het verschil is daarin gelegen dat de (private) rechter onafhankelijk en onpartijdig de stellingen en het bewijs afweegt, en vervolgens (zelf) uitspraak doet ongeacht wat partijen van die uitspraak zullen vinden. Wij zullen de verklaringen verder behandelen in hoofdstuk 5.

4.2.3 Het waarnemen van de gedaagde die verstek laat gaan

De procespartijen zijn op grond van het procesreglement – als participanten in de procedure – object van waarneming door de notaris, gelijk bij een veiling op grond van de veilingvoorwaarden. De gedaagde is echter niet verplicht om te verschijnen voor het private gerecht en verweer te voeren; hij mag verstek laten gaan. Bij een juridische procedure neemt de afwezige gedaagde toch deel aan het proces. Ondanks het uitblijven van zijn verklaringen zal het rechtsfeit van verstek aan hem gerelateerd dienen te worden. Dit is een andere situatie dan bij een vergadering of bij een veiling, waar de notaris alle aanwezigen daadwerkelijk kan zien en horen. Is een persoon niet naar de vergadering of veiling gekomen, dan is hij afwezig en zal de notaris hem daar ook niet – kunnen – waarnemen. De afwezige participeert niet.

Wij werpen de vraag op hoe de notaris kan vaststellen of de niet verschenen gedaagde verstek laat gaan (en participeert in de procedure door verstek) of dat hij geen deel uitmaakt van de procedure. Hiervoor dient de notaris te allen tijde vast te stellen of de gedaagde is opgeroepen voor de procedure, en of hij daarbij is gewezen op zijn recht om behandeling van het geschil door de kantonrechter te vragen ex artikel 6:236 sub n BW. Ook zal hij moeten vaststellen dat de gedaagde van dit recht geen gebruik heeft gemaakt (zie § 2.3.2-2.3.3). Daar het ambtsedig opgemaakt exploit van de gerechtsdeurwaarder jegens een ieder dwingend bewijs oplevert van de oproeping – en ook van de identiteit van de gedaagde – kan de notaris – met een grote mate van zekerheid vaststellen dat (1) het private gerecht bevoegd is, en (2) de gedaagde verstek heeft laten gaan.

In zekere zin dient de notaris zich bij een procedure te verdiepen in de weg die de betrokkene heeft afgelegd in de periode voorafgaande aan de procedure, om te concluderen dat de afwezige gedaagde procespartij die de termijn van artikel 6:236 sub n BW heeft laten verlopen, toch geacht wordt te participeren. Voor de notaris is dit het tegendeel bij een aandeelhoudersvergadering of een veiling, waar hij in het geheel niet behoeft na te gaan welke weg de betrokkenen hebben afgelegd om aanwezig te zijn. Hij neemt ter plekke waar wie aanwezig zijn; de bij de vergadering of veiling afwezige personen participeren eenvoudigweg niet.

4.2.4 Overige waarnemingen tijdens een gerechtelijke procedure

Wanneer de notaris de opdracht tot waarnemen heeft aanvaard, zal hij zich op de afgesproken dag en tijd daadwerkelijk naar de juiste locatie dienen te begeven om de opdracht uit te voeren. Gesteld dat de afgesproken locatie voor een aandeelhoudersvergadering een vergaderzaal in een hotel is, dan zal de notaris zich naar de juiste zaal begeven. Voor een online procedure zal de notaris unieke inloggegevens ontvangen, waardoor hij toegang krijgt tot de juiste locatie.

Verder kan de notaris door zijn waarneming vaststellen of een gedaagde is verschenen of verstek heeft laten gaan (zie § 4.2.3), en of tijdens het proces een zitting is gehouden. Ook kan hij waarnemen welke standpunten en bewijsstukken de verschenen partijen tijdens het proces naar voren hebben gebracht.

Ten slotte neemt de notaris waar welke beslissing is gegeven ter beëindiging van het geschil. Met de beslissing wordt de nieuwe rechtstoestand van procespartijen tewegg gebracht, en een eventuele vordering van de ene partij op de andere bepaald. De einduitspraak betekent het einde van het rechtsgeschil. Wanneer de notaris waarneemt dat een partij gehouden is tot een verbintenis – ongeacht of het nu gaat om een partij die door een eigen verklaring een verbintenis op zich neemt tijdens een veiling, of een partij die door de uitspraak van een gerecht een verbintenis opgelegd krijgt tijdens een procedure – geldt vervolgens dat de waarneming van de notaris op zichzelf voldoende is om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen (zie § 3.3.5 – 3.3.10 en 3.4). Dit is een rechtsfeit dat door de notaris kan worden waargenomen en in de akte mag worden vastgelegd vanuit zijn algemene bevoegdheid, na een daartoe strekkende opdracht die de notaris, na het nodige onderzoek, heeft aanvaard.

4.3 DE MOGELIJKE OPDRACHTGEVERS VAN DE NOTARIS

In deze paragraaf onderzoeken wij wie als opdrachtgever van de notaris ex artikel 2 Wna kan kwalificeren ter zake van de vastlegging van het bindend advies in de proces-verbaalakte. Daarbij behandelen wij de voor- en nadelen van mogelijke vertegenwoordigingsconstructies. In § 4.3.1 geven wij een algemene inleiding op de vertegenwoordiging. In § 4.3.2 behandelen wij de vertegenwoordiging van beide procespartijen. In § 4.3.3 gaan wij in op de situatie waarin het private gerecht namens één procespartij handelt, te weten degene die met de uitspraak de executie ter hand wil nemen. Wij behandelen daarbij de volmacht, de opdracht en de lastgeving. In § 4.3.4 onderzoeken wij het private gerecht als autonome opdrachtgever van de notaris. In § 4.3.5 concluderen wij welke constructie(s) wij het meest geschikt achten als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris.

4.3.1 Algemene inleiding aangaande vertegenwoordiging

In hoofdstuk 3 hebben wij vastgesteld dat de notaris een algemene bevoegdheid heeft om akten te passeren, mits een opdrachtgever dit van hem verlangt. Bij een opdracht tot waarneming en

vastlegging in een proces-verbaalakte zal het om praktische redenen vaak de organisator van de juridische procedure (het instituut) of de door de organisator benoemde bindend adviseur of arbiter (via het procesreglement) zijn die een dergelijke opdracht verstrekken. De procespartijen hebben, evenals de bezoekers van een veiling of een aandeelhoudersvergadering, slechts de status van 'objecten van waarneming'. Wij behandelen hieronder de vraag of bij het verlenen van de opdracht aan de notaris sprake is of kan zijn van vertegenwoordiging.

Wij denken daarbij aan drie vormen van onmiddellijke vertegenwoordiging, te weten (1) de volmacht, (2) de opdracht, en (3) de last. Bij dit laatste behandelen wij ook een vorm van middellijke vertegenwoordiging, te weten de privatieve last. Indien sprake is van enige vorm van *onmiddellijke* vertegenwoordiging van de procespartijen, dan worden in beginsel de procespartijen rechtstreeks opdrachtgever van de notaris. In onze behandeling gaan wij uit van de situatie waarbij het private gerecht (de bindend adviseur of de arbiter) de opdracht verstrekt aan de notaris om de procedure waar te nemen. Hier dient telkens te worden bedacht dat ook de organisator (zoals het NAI, TAMARA, SGC of e-Court) deze opdracht kan verstrekken.

Juridisch zijn er twee opvattingen mogelijk over de vertegenwoordiging van het private gerecht bij het verstrekken van de opdracht aan de notaris.

De eerste opvatting is dat het gerecht beide partijen vertegenwoordigt. Voor deze opvatting noemen wij twee argumenten. (1) Beide partijen verlangen een uitspraak ter beëindiging van het geschil, overeenkomstig het procesreglement. De daartoe strekkende opdracht of last betreft een gezamenlijke (ondeelbare) opdracht; de procespartijen kunnen deze alleen gezamenlijk beëindigen (vergelijk bij arbitrage artikel 1031 Rv). De procespartijen hebben mitsdien elk van beiden recht op een afdwingbare einduitspraak. (2) Van tevoren is niet duidelijk welke partij in het gelijk gesteld zal worden en daarom dient de vertegenwoordiging te zien op beide procespartijen. Achteraf kan worden vastgesteld welke partij belang heeft bij de executoriale titel.

De moeilijkheid bij de vertegenwoordiging van *beide* procespartijen is dat de notaris zijn opdracht dient te verifiëren. De notaris kan dit doen aan de hand van het oproepingexploot van de gerechtsdeurwaarder, waaruit de subjectieve wil van de eisende partij kenbaar wordt (hij heeft immers de procedure geëntameerd), terwijl door het enkele tijdsverloop de wil van de gedaagde is geobjectiveerd (ex artikel 6:236 sub n BW).

Indien de notaris meent dat hij in een persoonlijk contact met de opdrachtgevers de wil nader moet bevragen, geldt de moeilijkheid dat er altijd één partij is, te weten de in het ongelijk gestelde procespartij, die na *afloop* van de procedure niet snel vrijwillig zal verschijnen (zie ook onze opmerkingen dienaangaande in § 4.6.2 voor de vastlegging van het bindend advies in een partij-akte). Een in het ongelijk gestelde gedaagde zal stellen dat (i) hij tegen zijn wil in rechte betrokken is of (ii) ten onrechte veroordeeld is tot betaling van de hoofdsom, de rente en de bijkomende

kosten en daarom niet als opdrachtgever van de notaris verlangt dat hij zijn waarnemingen, met inbegrip van het bindend advies, vastlegt in de akte.

De tweede opvatting is dat de opdracht tot private rechtspraak een door beide procespartijen verleende (ondeelbare) opdracht is, maar dat de opdracht van het private gerecht aan de notaris om de executoriale kracht aan de uitspraak te verbinden, uitsluitend geschiedt namens de procespartij die hierbij belang heeft. Voor deze opvatting noemen wij twee argumenten. (1) Deze benadering is gelijk aan die bij de publieke rechter (artikel 231 lid 1 Rv). (2) Deze benadering is gelijk aan die bij arbitrage (artikel 1062 lid 1 Rv). Alleen de in het gelijk gestelde procespartij heeft de subjectieve wil (lees: het belang) bij de verkrijging van een executoriale titel voor het uitoefenen van zijn verhaalsrecht. Ook voor hem geldt dat hij een comparitie, of een andere wijze van (her)bevestiging van zijn wens tot het verkrijgen van een executoriale titel, veelal wil vermijden uit een oogpunt van tijd en kosten.

Naar ons oordeel is de tweede opvatting de meest voor de hand liggende benadering. Van de uitspraak ontvangt alleen de partij die belang heeft bij de executie een afschrift in executoriale vorm. Tegelijkertijd voegt de 'figuur van opdracht namens de procespartijen' niets toe. In ons onderzoek naar de grondslag van de opdracht aan de notaris door het private gerecht zullen wij daarom de onmiddellijke vertegenwoordiging namens de beide procespartijen beperkt behandelen.

4.3.2 Het private gerecht als opdrachtgever namens beide procespartijen

Indien gekozen wordt voor een vorm van vertegenwoordiging van beide procespartijen, dan neemt de privatieve last de hiervoor omschreven nadelen van een eventuele controle door de notaris weg. De privatieve last is een vorm van middellijke vertegenwoordiging, waardoor het private gerecht in eigen naam de opdracht verstrekt aan de notaris. Om het probleem van verificatie door de notaris van het bestaan van de last weg te nemen, kan gebruik gemaakt worden van de privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Hiervoor dienen de statuten en het procesreglement van het private gerecht te worden aangepast. Onder de werking van artikel 7:423 lid 2 BW kunnen procespartijen de privatieve last niet opzeggen gedurende de periode van een jaar, nadat de last is verleend. Wij nemen hierbij aan dat het moment waarop de last zal worden verleend het moment is waarop de bevoegdheid van het gerecht onomkeerbaar vaststaat (het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW). Dan kan de notaris op grond van het procesreglement en de statuten de proces-verbaalakte passeren op verzoek van het gerecht, die daarbij handelt in eigen naam en met uitsluiting van de lastgevers. Een voordeel van deze variant vanuit het perspectief van het private gerecht is het proceseconomische voordeel van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze. Tegelijkertijd worden de beide procespartijen vertegenwoordigd, waardoor hun wens tot verkrijging van de executoriale titel tot uitdrukking komt. Een voordeel vanuit het perspectief van de notaris is dat hij telkens met dezelfde, door hem geïdentificeerde, opdrachtgever te maken heeft en niet telkens met verschillende – hem niet bekende – lastgevers wordt geconfronteerd. Als nadeel noemen wij het gebrek aan transparantie van deze wijze van vertegenwoordiging. Om dit

nadeel te ondervangen kan het private gerecht verzoeken dat de gedaagde in het oproepingsexploot hier expliciet op zal worden gewezen.

4.3.3 Het private gerecht als opdrachtgever namens één partij

Aan artikel 2 Wna is voldaan wanneer slechts één partij verzoekt de akte op te maken (zie § 3.1.2).³⁹⁷ Bij vertegenwoordiging door het gerecht van de in het gelijk gestelde partij zal de notaris aan deze om een bevestiging vragen van zijn hoedanigheid van deze procespartij. Dit is in zoverre omslachtig dat met deze controle telkens tijd gemoeid is, waarbij de notaris in contact dient te treden met de procespartij die in het gelijk gesteld is.

Dit nadeel kan wederom worden ondervangen via de privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Als nadeel van de last namens één van de procespartijen, geldt de onzekerheid over de vraag wie de opdrachtgever van de notaris zal zijn. Voorts herhalen wij het nadeel van het gebrek aan transparantie. De voordelen van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze en het feit dat de notaris met dezelfde opdrachtgever te maken heeft, gelden eveneens. Het voordeel van deze benadering is bovendien dat deze aansluit bij de praktijk van de publieke rechter en arbitrage.

4.3.4 Het private gerecht als autonome opdrachtgever

Wij onderzoeken hieronder de figuur waarbij het private gerecht zelf als opdrachtgever kwalificeert, dus zonder dat sprake is van enige vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen. Deze figuur is mogelijk indien en voor zover het private gerecht een eigen redelijk civielrechtelijk belang heeft bij de waarneming en vastlegging van de procedure door de notaris.

Om te beginnen noemen wij hierna twee belangen van het private gerecht bij de waarneming en vastlegging van het proces door de notaris. Ten eerste heeft het private gerecht er belang bij dat de notaris waarneemt en zijn waarnemingen vastlegt, omdat het een afdwingbare einduitspraak aan partijen wenst te geven. Ten tweede heeft het private gerecht belang bij de waarneming en vastlegging door een onafhankelijke notaris, omdat het hiermee naar de procespartijen en, indien van toepassing, de raad van toezicht verantwoording kan afleggen over de wijze waarop het private gerecht zich van haar taken heeft gekweten. Beide belangen zijn rechtens relevant, omdat het private gerecht verantwoordelijk – en mogelijk aansprakelijk – zal kunnen zijn, indien de dienstverlening in de praktijk afwijkt van de in het procesreglement voorgestane wijze. Wij mogen dan ook concluderen dat het private gerecht een eigen redelijk civielrechtelijk belang heeft bij de waarneming en de vastlegging van de procedure door de notaris. Vanuit dit eigen redelijke civielrechtelijke belang kan het private gerecht optreden als opdrachtgever als bedoeld in artikel 2 Wna.

Wij menen dat het eerste belang van het private gerecht (het bieden van een afdwingbare einduitspraak) ook geldt voor de organisator van de procedure, te weten het instituut dat het private

397 Bleeker 1938, p. 301-303; Hidma 1987, p. 165; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 103; Melis/Waaijer 2012, p. 162.

gerecht benoemt, indien en voor zover het instituut een afdwingbare einduitspraak aan partijen in het vooruitzicht stelt. Het tweede belang achten wij *mutatis mutandis* eveneens aanwezig, daar het instituut het benoemde private gerecht in staat wil stellen om naar de procespartijen en, indien van toepassing, de raad van toezicht verantwoording af te leggen over de wijze waarop het private gerecht zich van haar taken heeft gekweten.

Wij noemen drie voordelen van deze variant, te weten het private gerecht of het instituut als autonome opdrachtgever, waarbij geen sprake is van enige vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen. Het eerste voordeel is dat de notaris het bestaan van een grondslag van vertegenwoordiging niet hoeft te controleren. Het tweede voordeel is het proceseconomische voordeel van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze. Het derde voordeel is dat de notaris telkens met dezelfde, door hem geïdentificeerde, opdrachtgever te maken heeft en niet telkens met verschillende – hem niet persoonlijk bekende – (achterliggende) opdrachtgevers wordt geconfronteerd.

De notaris kan niettemin wel degelijk vaststellen in hoeverre het private gerecht verplichtingen heeft opgelegd aan de procespartijen. Deze verplichtingen blijken hem immers uit de uitspraak.

4.3.5 Conclusies over de grondslag voor de opdracht aan de notaris

In conclusie achten wij twee figuren geschikt als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris.

De eerste figuur is de tussentijds (gedurende een jaar) niet opzegbare privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Dit is een vorm van middellijke vertegenwoordiging. De last moet in het procesreglement zijn opgenomen. Ook de statuten van het private gerecht moeten bepalingen over deze vorm van lastgeving bevatten. De figuur van de privatieve last is mogelijk als vertegenwoordigingsgrondslag van (a) beide procespartijen gezamenlijk, of (b) uitsluitend de procespartij die tot executie wil overgaan.

De tweede figuur die wij geschikt achten als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris betreft het private gerecht als autonome opdrachtgever. In dit geval is geen sprake van welke vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen dan ook. Onder privaat gerecht verstaan wij in deze paragraaf zowel de benoemde bindend adviseur of arbiter als het instituut dat de procedure organiseert.

Wij zouden een voorkeur willen uitspreken voor de toepassing van de tweede figuur, waarbij het instituut de opdracht autonoom verstrekt aan de notaris, omdat deze wijze nauw aansluit bij de gang van zaken van een veiling of een aandeelhoudersvergadering. Ten eerste zal ook bij een veiling of aandeelhoudersvergadering de organisator van het evenement de opdracht verstrekken (de bank of het bestuur van de vennootschap). Ten tweede is ook bij een veiling of aandeel-

houdersvergadering daarbij geen sprake van een mede-opdrachtgeverschap van de bezoekers respectievelijk de aandeelhouders. Zij hebben uitsluitend te gelden als objecten van waarneming.

4.4 DE ZEVEN BEPERKINGEN VAN § 3.1.3 GETOETST

De in § 3.1.3 genoemde zeven beperkingen aan de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris om proces-verbaalakten te passeren, zullen wij hierna behandelen in het kader van een gerechtelijke procedure. In iedere subparagraaf behandelen wij een beperking. Wij zullen daarbij telkens aandacht besteden aan de identieke of vergelijkbare afwegingen van het private gerecht, dat een eigen onafhankelijke rol vervult. In § 4.4.1 gaat het om de vraag of de wet de bevoegdheid rond vastlegging en afdwingbaarheid van het bindend advies exclusief toekent aan een andere ambtenaar dan de notaris. In § 4.4.2 onderzoeken wij of de waarnemingen rond de procedure een rechtsfeit-gehalte hebben. In § 4.4.3 wordt behandeld of de notaris de procedure met een grote mate van zekerheid kan waarnemen. In § 4.4.4 onderzoeken wij het redelijke civielrechtelijke belang bij het passeren van de akte. In § 4.4.5 wordt onderzocht of er geen specifieke deskundigheid van de notaris wordt verlangd, die buiten zijn professionele bereik ligt. In § 4.4.6 staat de vraag centraal of de notaris niet verbaliserend optreedt. In § 4.4.7 onderzoeken wij op grond van welke criteria de notaris kan vaststellen dat de status van zijn ambt niet te zeer in het gedrang komt. In § 4.4.8 trekken wij conclusies over de beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris.

4.4.1 De exclusieve bevoegdheid van een andere ambtenaar

De eerste beperking die in de weg kan staan aan de algemene bevoegdheid van de notaris om een proces-verbaalakte te passeren bij een privaats gerecht, is dat de notaris daartoe niet bevoegd is, indien het verbinden van de executoriale kracht aan een bindend advies of een arbitraal vonnis is voorbehouden aan een andere ambtenaar.

De gerechtsdeurwaarder en advocaat hebben geen wettelijke bevoegdheden in relatie tot de waarneming van een procedure op grondslag van een bindend adviesprocedure of een arbitrale procedure. Zij hebben evenmin wettelijke bevoegdheden in relatie tot de afdwingbaarheid van het bindend advies of het arbitrale vonnis. Wij concluderen daarom dat de wet aan deze ambten geen bevoegdheden verbindt, laat staan dat er sprake zou zijn van bevoegdheden die aan hen zouden zijn voorbehouden.

Wij onderzoeken hieronder ten eerste of de publieke rechter een exclusieve bevoegdheid heeft om het bindend advies afdwingbaar te maken, en ten tweede of de publieke rechter een exclusieve bevoegdheid heeft om het arbitrale vonnis afdwingbaar te maken.

Ad (1). Voor het bindend advies heeft de wetgever voorzien in een executoriale titel via een procedure ex artikel 3:296 BW j° 7:900 BW. Er zijn twee mogelijke interpretaties: (i) partijen kunnen terugvallen op de algemene regels voor publieke rechtspraak ter verkrijging van een executoriale titel voor het afdwingen van het bindend advies, zoals bij elke niet nagekomen overeenkomst, en

(ii) partijen zijn door de wetgever verplicht de weg van artikel 3:296 BW j° 7:900 BW te bewandelen en zijn niet bevoegd om andere titels ex artikel 430 Rv te verkrijgen.

Er is op grond van de wettelijke regeling geen aanwijzing om te veronderstellen, dat de crediteur *verplicht* zou zijn om de afdwingbaarheid van het bindend advies via de publieke rechter te verkrijgen. Binnen het wettelijk stelsel kunnen partijen nakoming verlangen en via de publieke rechtspraak een executoriale titel verkrijgen, maar andere soorten titels zijn op grond van de regeling niet uitgesloten. Wij concluderen daarom dat de procespartijen gebruik kunnen maken van andere executoriale titels, mits deze passen binnen het gesloten stelsel van artikel 430 Rv.

Ad (2). Artikel 1062 lid 1 Rv voorziet in een relatief eenvoudige wijze om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te bereiken door een verzoekschrift tot verlof tot tenuitvoerlegging, het zogenaamde “exequatur”.³⁹⁸ Het artikel luidt als volgt.

“De tenuitvoerlegging in Nederland van een arbitraal vonnis kan eerst plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de plaats van arbitrage is gelegen daartoe op verzoek van een der partijen verlof heeft verleend.”

Op grond van de Memorie van Toelichting blijkt dat partijen bij arbitrage in grote mate vrij zijn in de wijze waarop zij hun geschil willen laten beslechten.³⁹⁹ Niettemin heeft artikel 1062 lid 1 Rv een dwingend karakter.⁴⁰⁰ Echter, wij werpen de vraag op of het dwingende karakter van artikel 1062 Rv is gelegen in de zin van (i) “een dwingende wijze waarop” de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis kan worden bereikt (te weten via een exequatur van de voorzieningenrechter) of (ii) dat de executie niet ter hand genomen mag worden op basis van het – bindende doch niet afdwingbare – arbitrale vonnis. In het laatste geval kan de afdwingbaarheid worden bereikt door andere instrumenten binnen het gesloten stelsel van executoriale titels van artikel 430 Rv en heeft artikel 1062 Rv binnen dat kader vooral een faciliterend karakter via de rechtspraak zelf. Die vraag wordt hierna beantwoord.

In de eerste zin van de ontwerp Memorie van Toelichting bij de herziening van arbitrage is het volgende vermeld.⁴⁰¹

“Diezelfde wettelijke regeling biedt de mogelijkheid om voor een arbitraal vonnis een verlof tot tenuitvoerlegging bij de overheidsrechter te vragen. Wordt het verlof verleend, dan levert dit een executoriale titel op, net als een rechterlijk vonnis.”

398 Jongbloed en Ernes 2011, p. 571; G.J. Meijer 2011, p. 915 e.v.; Snijders, Gerretsen en Rueb 2012, p. 317.

399 Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.

400 Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 48.

401 Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 1.

In een latere passage staat het volgende vermeld.⁴⁰²

“Artikel 1062 regelt de toekenning van het verlof tot tenuitvoerlegging. Het voorgestelde eerste lid maakt het niet alleen mogelijk dat voor een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis een verlof tot tenuitvoerlegging kan worden gekregen (zie het huidige artikel 1062, eerste lid); ook een executeerbaar tussenvonnis, waarbij kan worden gedacht aan een kostenveroordeling van een van de partijen, komt daarvoor in aanmerking. Zo’n vonnis kan dan op grond van artikel 1062 worden tenuitvoergelegd.

“Overeenkomstig het advies van de adviescommissie burgerlijk procesrecht en de reacties van de Rvdr en de Nvvr is in het eerste lid gehandhaafd dat een verzoek tot tenuitvoerlegging moet worden gedaan aan de voorzieningenrechter van de rechtbank.

“In verband met het voorstel om de verplichte deponering af te schaffen (zie het voorgestelde artikel 1058, eerste lid) is gekozen voor de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de plaats van arbitrage is gelegen, zodat de plaats van nederlegging van het origineel van het vonnis niet meer bepalend is voor de verlofprocedure.”

Deze passages wijzen uit dat de wetgever heeft beoogd slechts een mogelijkheid te scheppen om het bindende arbitrale vonnis eenvoudig afdwingbaar te maken, terwijl de uitdrukkelijke verwijzing naar de voorzieningenrechter wordt verklaard door de praktijk. De wettelijke bepaling van artikel 1062 Rv valt derhalve aan te merken als een *mogelijkheid*. Dit sluit op zichzelf het bestaan en de toepassing van andere wettelijke instrumenten om de afdwingbaarheid te bereiken niet uit. Het vorenstaande brengt mee, dat de wetgever naar ons oordeel de tweede opvatting huldigt. Deze opvatting is, dat het dwingende karakter betekent dat de executie niet ter hand genomen mag worden op basis van het bindende arbitrale vonnis alleen, maar dat het eerst afdwingbaar gemaakt moet worden. De wet voorziet in een eenvoudig instrument daartoe, te weten een verzoekschrift op grond waarvan de voorzieningenrechter verlof tot ten uitvoerlegging van het arbitrale vonnis kan verlenen. De toelichting maakt verder duidelijk dat de wetgever op voorhand meent dat het exequatur voor partijen de meest aantrekkelijke weg is naar de afdwingbaarheid, uit het oogpunt van geringe kosten en tijdsbeslag die met het verzoek gepaard gaan. Dit is onzes inziens de verklaring waarom hij niet bij alternatieven heeft stilgestaan.

Wij bespreken volledigheidshalve het arrest van Hof Amsterdam, dat in 1994 oordeelde dat artikel 1062 Rv (oud) niet slechts een mogelijkheid biedt tot afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis, maar dat het de wijze waarop de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis kan worden bereikt, *dwingend bepaalt*.⁴⁰³ Dit oordeel werd gegeven in hoger beroep van een kort geding bij de President van de Rechtbank, waarbij voorlopige tenuitvoerlegging werd gevorderd van een bindend arbitraal vonnis, niet voorzien van een exequatur.. Naar ons oordeel dient dit arrest als volgt te worden begrepen. Ten eerste zal voor het hof voorop hebben gestaan om een grote toeloop op de kort gedingprocedure, als alternatief voor de exequaturprocedure, te ontmoedigen. Immers, de

402 *Kamerstukken II 2012/13, 33 611 (MvT), nr. 3, p. 48.*

403 *Hof Amsterdam 13 januari 1994, NJ 1996, 8.*

organisatie van een kort geding legt uit een oogpunt van tijd en kosten een veel groter beslag op de rechterlijke organisatie dan een exequaturprocedure. Ten tweede lijkt het ons onwaarschijnlijk dat het hof heeft stilgestaan bij de mogelijkheid van een notariële proces-verbaalakte om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te verkrijgen. Immers, die rechtsvraag werd niet voorgelegd. Bovendien werd de mogelijkheid van een notariële proces-verbaalakte om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te verkrijgen waarschijnlijk niet onderkend (zie § 4.5.1).

Hoe dat ook zij, blijkens de toelichting op het huidige artikel 1062 Rv is het gebruik van andere instrumenten toegestaan om een arbitraal vonnis afdwingbaar te maken. Uiteraard blijft gelden dat deze passen binnen het gesloten wettelijke stelsel van artikel 430 Rv.

In zijn beschouwingen over de toepassing van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak heeft H.W. Wiersma in oktober 2013 opgemerkt dat de rol van de notaris hierdoor wel heel erg op die van de publieke rechter lijkt (in een bodemprocedure in eerste aanleg).⁴⁰⁴ Dat lijkt in zekere zin inderdaad zo, maar een diepere analyse laat zien dat dit anders ligt. Immers, de notaris zit niet op de stoel van de rechter in de zin dat hij een inhoudelijke beslissing ter beëindiging van het rechtsgeschil neemt. Die stoel was namelijk reeds ingenomen door de bindend adviseur of de arbiter. De notaris neemt uitsluitend de procedure waar, legt de beslissing vast, en toetst hetgeen hij heeft waargenomen alvorens hij tot afgifte van de grosse besluit. Zijn rol is derhalve strikt formeel van aard. In die zin lijkt de rol onzes inziens nog het meest op de rol van de voorzieningenrechter bij arbitrage of van de kantonrechter bij de marginale toets ex artikel 7:900 BW, zij het dat de controlerende taken van de notaris uitgebreider zijn. Verder heeft de notaris nu juist de wettelijke macht om executoriale titels in het rechtsverkeer te brengen. Wij menen voorts dat de werkzaamheden van de notaris in het algemeen soms kunnen lijken op de werkzaamheden van andere ambtenaren, omdat op de notaris nu eenmaal een algemene bevoegdheid rust. Het feit dat het in ons onderzoek gaat om eenzelfde soort controlerende taak die bij arbitrage door de voorzieningenrechter zou worden uitgevoerd, respectievelijk bij bindend advies door de kantonrechter, is een logisch gevolg van de algemene bevoegdheid.

Wij concluderen op basis van de vorenstaande beschouwingen, dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt door de exclusieve bevoegdheid van een andere ambtenaar. Deze conclusie heeft een algemene gelding en behoeft niet van geval tot geval te worden onderzocht, tenzij nieuwe jurisprudentie of wetgeving daartoe aanleiding geven. Dit leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.2 Waarnemingen met een rechtsfeit-gehalte

De tweede beperking aan de bevoegdheid van de notaris is dat de waarnemingen een rechtsfeit-gehalte moeten hebben. Het gaat bij private rechtspraak om het toetsen van de aanspraken van de ene procespartij tegenover de andere. De opdracht aan het private gerecht is een rechtshande-

404 Wiersma 2013.

ling. Daarbij wordt de vaststelling over wat rechtens tussen de partijen geldt, door het private gerecht vastgesteld. De beslissing van het private gerecht leidt tot de nieuwe rechtstoestand tussen partijen. De beslissing is derhalve eveneens een rechtsfeit. Daarmee is voldaan aan het vereiste dat de waarnemingen van de notaris een rechtsfeit-gehalte moeten hebben. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

Deze conclusie heeft een algemene gelding, omdat een gerechtelijke procedure naar zijn aard gericht is op het doen intreden van rechtsgevolgen. Deze rechtsvraag behoeft derhalve evenmin van geval tot geval te worden onderzocht.

4.4.3 Een grote mate van zekerheid over de waarnemingen

De derde beperking aan de bevoegdheid van de notaris is dat hij met een grote mate van zekerheid zijn waarneming dient te kunnen vaststellen. Indien hij twijfelt over wat hij zojuist heeft waargenomen, dan mag hij zijn waarnemingen niet vastleggen in een akte. Dat zou strijdig zijn met de op de notaris rustende verplichting om de rechtszekerheid te dienen. De notaris is niet bevoegd om een akte in het rechtsverkeer te brengen, waarbij hij twijfelt aan de juistheid van de inhoud ervan. Het onderzoek naar het zicht van de notaris op hetgeen zich afspeelt tijdens de procedure is een feitelijk onderzoek.

Ook de geschilbeslechter die uitspraak moet doen, zal zijn taak niet kunnen vervullen indien hij twijfelt over zijn waarnemingen gedurende het proces. In dit kader noemen wij het advies van de KNB aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie van februari 2011 met als titel “Commentaar van de KNB op de rol van de notaris bij e-Court” (zie Appendix B). Gelet op de inhoud van dat advies zal een notaris een eigen toegang dienen te verkrijgen tot het dossier in de online applicatie om de procedure te kunnen waarnemen. Daarbij dient hij volledig inzicht te hebben in het procesverloop en de uitwisseling van argumenten en stukken. De notaris zit bij wijze van spreken op de digitale publieke tribune. Hij zit dan op de eerste rang, en hij kan evenals de geschilbeslechter de verrichtingen van beide partijen observeren. De notaris kan ook achteraf het logboek van het procesdossier raadplegen. Hierin is het moment van indiening van de stukken en overige handelingen van de procespartijen vastgelegd. De notaris heeft toegang tot de uitspraak. Het dossier is daarmee volledig transparant en zo ingericht, dat de notaris het verloop met een grote mate van zekerheid kan waarnemen. Voor de invloed van ICT-tools op de waarneming verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

Wij zijn op grond van het vorenstaande van oordeel, dat de notaris, evenals de geschilbeslechter of arbiter, met een grote mate van zekerheid zijn waarneming kan vaststellen. Dit leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.4 Het redelijke civielrechtelijke belang bij vastlegging van de waarnemingen

De vierde beperking aan de algemene bevoegdheid van de notaris om een proces-verbaalakte binnen de context van de juridische procedure te passeren is gelegen in het feit dat voor de vastlegging

van de waarnemingen van de procedure en het bindend advies of het arbitrale vonnis (minimaal) één redelijk civielrechtelijk belang moet bestaan. Wij hebben hiervoor in § 3.1.3 vastgesteld dat er bij een belang sprake dient te zijn van een voordeel voor iemand, en dat dit voordeel moet liggen op het gebied van het burgerlijk recht (een civielrechtelijk belang). De aanname die hierbij geldt, is dat een procedure bij een privaats gerecht per definitie civielrechtelijk van aard is. De belangen van de betrokkenen kwalificeren in de context van private rechtspraak altijd als civielrechtelijke belangen.

In § 4.2 hebben wij de civielrechtelijke belangen van de procespartijen en het private gerecht onderzocht. Wij noemen hierna drie belangen van de beide procespartijen gezamenlijk. (1) Zij hebben belang bij de waarneming en procesbewaking rond (a) het ordentelijke procesverloop, (b) een proces dat in overeenstemming is met het procesreglement en (c) de vastlegging van het procesverloop. (2) Hun tweede gezamenlijke belang is gelegen in de verkrijging van een bindende en afdwingbare einduitspraak in het geschil, tegen zo laag mogelijke kosten voor het gerecht van hun keuze. De contractsvrijheid past binnen de grenzen die worden gesteld in het wettelijke kader van de rechtspraak. (3) Het civielrechtelijke belang van beide procespartijen is ook gelegen in de aanvullende rol van de notaris bij de marginale toetsing (zie § 2.6). Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Wij noemen daarenboven een civielrechtelijk belang van de in het gelijk gestelde procespartij. Het civielrechtelijke belang van de eisende partij (aangenomen dat hij in het gelijk is gesteld) is gelegen in de uitoefening van zijn verhaalsrecht, binnen het gesloten stelsel van artikel 430 Rv. *Mutatis mutandis* geldt dit ook voor de in het gelijk gestelde gedaagde, die (als gevolg van een tegenvordering of door toewijzing van de door hem gemaakte proceskosten bij afwijzing van de vordering van de eiser) belang heeft bij de afdwingbaarheid van zijn vordering op de eiser. Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Wij herhalen twee civielrechtelijke belangen van het private gerecht, genoemd in § 4.3. Het eerste civielrechtelijke belang van het private gerecht is het verkrijgen van bewijs dat de procedure volgens het procesreglement is verlopen. Hiermee is door een onafhankelijke waarnemer vastgesteld dat het private gerecht zich zorgvuldig van zijn taak heeft gekweten. Het tweede belang van het private gerecht is gelegen in de omstandigheid te voldoen aan haar verbintenissen tegenover de procespartijen, te weten het beslechten van het geschil door het geven van een afdwingbare einduitspraak. Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat er redelijke civielrechtelijke belangen bestaan bij de vastlegging van de waarnemingen door de notaris van een procedure bij een privaats gerecht. Dit onderzoeksresultaat heeft een algemene gelding en behoeft derhalve niet van geval tot geval te worden onderzocht. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.5 Geen specifieke deskundigheid vereist

De vijfde beperking is gelegen in het feit dat van de notaris geen specifieke deskundigheid mag worden verlangd, die niet behoort tot het domein van de notaris. Wij hebben in § 3.1.3 vastgesteld dat dit bij de rechtspraak in een waarnemende rol ook niet wordt verlangd. De rol van de notaris als waarnemer bij een gerechtelijke procedure wijkt materieel niet af van de rol van de notaris als waarnemer bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering. In deze rol wordt derhalve van hem geen specifieke deskundigheid verlangd, die niet tot zijn domein behoort. Van hem wordt een waarnemende rol verlangd met betrekking tot rechtsfeiten.

Hierna onderzoeken wij of bij de vastlegging van zijn waarnemingen specifieke deskundigheid wordt verlangd, die niet al tot zijn domein behoort. Het gaat daarbij in het bijzonder om de door hem uit te voeren marginale toets.

De eerste toets is de vraag of de gevoerde procedure volgens het procesreglement is verlopen. Deze toets kan de notaris uitvoeren door een vergelijking van het procesverloop met het procesreglement.

De tweede toets, dat de beslissing niet kennelijk in strijd is met de openbare orde (artikel 1062 Rv en artikel 3:40 BW), kan de notaris op dezelfde wijze als de voorzieningenrechter uitvoeren door na te gaan of de gronden van artikel 1065 Rv (vernietiging) en 1068 Rv (herroeping) zich niet voordoen (zie § 2.6.2).⁴⁰⁵

De derde toets van de notaris ziet op de vraag of de gebondenheid aan de beslissing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 BW). De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is altijd al een punt van aandacht (en toetsing) in de notariële praktijk door artikel 6:2 lid 2 BW. In het geval van een bindend advies kan hij de toets op dezelfde wijze als de kantonrechter uitvoeren (zie § 2.6.1). Voor de rol van procesbewaker is voor de notaris evenmin specifieke deskundigheid vereist; hij kan namelijk de kennis gebruiken, die hij toepast in zijn reguliere praktijkuitoefening.

Het leidt ons tot de conclusie dat er geen specifieke deskundigheid wordt vereist van de notaris, en dat hij de kennis kan gebruiken die hij toepast in zijn reguliere praktijkuitoefening. Dit onderzoeksresultaat heeft een algemene gelding en behoeft derhalve niet van geval tot geval te worden onderzocht. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

405 Rb Almelo 1 december 2011, *LJN* BU6895; Rb Almelo 7 oktober 2011, *LJN* BT7606 en BT7088; Rb Zutphen 7 oktober 2011, *LJN* BR7213; Rb Almelo 5 oktober 2011, *LJN* BT7623.

4.4.6 Het verbod op verbaliserend optreden door de notaris

De zesde beperking is gelegen in het feit dat de notaris niet verbaliserend mag optreden, zoals een politie ambtenaar dat wel doet.⁴⁰⁶ Immers, niemand mag geconfronteerd worden met een executoriale titel (door afgifte van de grosse van een notariële akte), die volstrekt buiten hem om tot stand is gekomen.⁴⁰⁷ Wij hebben in § 3.1.3 vastgesteld dat de bezoekers aan een veiling bekend worden geacht met de waarnemende rol van de notaris, doordat deze rol is verankerd in de veilingvoorwaarden. Deze voorwaarden moeten dan wel tevoren bekend zijn gemaakt.

Indien de rol van de notaris in het procesreglement is verankerd, op dezelfde wijze als zijn rol is verankerd in veilingvoorwaarden, kan niet gezegd worden dat de methode van waarneming van de procedure tot stand is gekomen buiten medeweten van de procespartijen, of dat zij hiervan geen weet hadden.⁴⁰⁸ Van de notaris die het proces waarneemt, kan dan ook niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt.

Wij mogen op grond van het vorenstaande concluderen dat de notaris niet verbaliserend optreedt. Er is derhalve geen sprake van een beperking aan de bevoegdheid van de notaris op dit punt. In hoofdstuk 5 zullen wij nader ingaan op deze beperking, in het kader van de partijwil.

4.4.7 De status van het notarisambt

De zevende beperking aan de bevoegdheid van de notaris is gelegen in het feit dat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen. De notaris die wil vaststellen of er beperkingen zijn aangaande zijn bevoegdheid op organisatieniveau, zal zich moeten verdiepen in de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het private gerecht. Indien hij meent dat het private gerecht erop is gericht om deskundig, onafhankelijk en op onpartijdige wijze alsmede met de vereiste zorgvuldigheid invulling te geven aan de rol van privaat gerecht, dan zal hij voor zichzelf vaststellen dat hij de opdracht mag aanvaarden. Voor zo'n oordeel zijn de maatregelen die het private gerecht heeft getroffen op het gebied van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, en deskundigheid relevant (zie § 2.5).

Met het onderzoek van de notaris op organisatieniveau kan worden gezegd dat de notaris de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte beschermt, naast het feit dat de rechtszekerheid wordt gediend. Het onderzoek op organisatieniveau komt hierna opnieuw aan de orde in de context van de zorgplicht van de notaris (zie hoofdstuk 6).

In relatie tot de eis op dossierniveau zal de notaris als waarnemer en notulist zich de regie moeten voorbehouden, die benodigd is om zijn taak zinvol uit te voeren. Hij oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen

406 Hidma 1987, p. 165.

407 Eggens 1926, p. 13-16 resp. 25-28; Hidma 1987, p. 165.

408 Vgl. Sprenger van Eyk/ Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid (artikel 17 lid 1 Wna, zie ook § 3.1.3 en 6.1.4). Het gaat er voorts om dat het procesdossier overzichtelijk is, en dat wat er tijdens de procedure gebeurt, geregistreerd wordt. Deze beperking is daarmee op dit onderdeel verwant aan de beperking dat de notaris met een grote mate van zekerheid moet kunnen waarnemen (zie § 4.4.3).

Voor de private rechters en de leden van de raad van toezicht, geldt eveneens dat zij hun naam niet willen verbinden aan een instituut dat de status van hun ambt in het gedrang laat komen. Voor diegenen die geen ambt uitoefenen, vertaalt zich dat in mogelijke reputatierisico's. Het vorenstaande leidt ons tot het volgende inzicht. Alleen een privaat gerecht, dat is opgericht door deskundige en betrouwbare juridische professionals en dat maatregelen heeft genomen ter bevordering van de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de geschilbeslechting en waarvan de procedure voldoet aan de eisen van een behoorlijk proces, heeft een bestaansrecht binnen het rechtsbestel om op grotere schaal een structurele rol te vervullen op de langere termijn. Het is aan de notaris om dit te toetsen, maar hij staat daarin niet alleen. Dat zal elke juridische professional die zich aan het private gerecht verbindt, moeten doen.

Er zal naar onze mening onder die omstandigheden geen sprake zijn van een beperking aan de bevoegdheid van de notaris op dit punt.

4.4.8 Conclusies over de beperkingen

In deze paragraaf hebben wij de zeven beperkingen van § 3.1.3 behandeld. Daarbij is gebleken dat voor veel beperkingen conclusies kunnen worden getrokken met een algemene gelding. Voorts is gebleken dat de beperkingen voor de notaris (nagenoeg) dezelfde punten van controle betreffen als de punten, die een privaat gerecht zelf moet controleren. Daarbij kunnen de beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris op dezelfde wijze prohibitief zijn voor een geschilbeslechter om een opdracht te aanvaarden.

Men zou kunnen stellen dat daardoor dubbel werk wordt verricht. Echter, men kan ook spreken van het “vier ogen principe.” De geschilbeslechter beantwoordt de toetsingsvragen (deels impliciet) in het kader van het formuleren van het bindend advies of het arbitrale vonnis. De notaris beantwoordt deze vragen in het kader van de vastlegging van zijn waarnemingen, met inbegrip van het bindend advies of arbitrale vonnis, in de proces-verbaalakte.

De toetsing wordt door zowel de notaris als de arbiter uitgevoerd op dossierniveau, waarbij zij worden ondersteund door de ICT-infrastructuur. Voorts kunnen zij leunen op door de software afgedwongen en gestandaardiseerde werkprocessen. Hierdoor kunnen menselijke fouten worden vermeden. Voorbeelden daarvan zijn het voorkómen van spelfouten in de namen van betrokkenen, en de controle van de gevorderde buitengerechtelijke kosten tegen de toegestane wettelijke

tarieven. In zekere zin is met de lancering van het initiatief e-Court op bescheiden schaal in de praktijk een begin gemaakt met het verschijnsel van de “rechtsprekende computer”.⁴⁰⁹

4.5 DE TOEPASSING VAN DE NOTARIËLE AKTE IN RELATIE TOT DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf gaan wij in op de toepassing van de notariële akte in de praktijk ten opzichte van de rechtspraak. In § 4.5.1 behandelen wij het traditionele gebruik van de akte, te weten als substituut voor de rechtspraak. In § 4.5.2 gaan wij in op het gebruik van de akte binnen de private rechtspraak. Wij bespreken in § 4.5.3 kort de mogelijkheid van een notariële akte als akte van depot, bedoeld in artikel 1058 Rv.

4.5.1 De notariële akte als substituut voor rechtspraak

Het notariaat is historisch gezien vertrouwd met de toepassing van de notariële akte die tot doel heeft om de rechtspraak – bij voorbaat – uit te sluiten. Bij het traditionele gebruik van de notariële partij-akte wordt van de debiteur verlangd dat hij afstand doet van zijn recht op een civiel proces met hoor en wederhoor ten overstaan van een (onpartijdige) rechter. Hij dient juist zijn crediteur toe te staan zichzelf een executoriale titel te verschaffen via de grosse van de notariële akte.

Waaier licht dat als volgt toe:⁴¹⁰

“Zonder dat de rechter zich over de aanspraken van de crediteur heeft uitgelaten, is deze in staat tot executie over te gaan. De kostbare en tijdrovende gang naar het gerecht kan achterwege blijven. Het rechtsverkeer wordt aldus aanmerkelijk vereenvoudigd. Maar de schaduwzijde wordt gevormd door de positie van de debiteur. Met de grosse heeft de crediteur een machtig wapen in handen, zonder dat de rechter daaraan te pas gekomen is.

“Er is dus geen rechter geweest die in een met waarborgen voor alle partijen omgeven procedure, de standpunten van debiteur en crediteur heeft beoordeeld.

“Daarbij moet worden bedacht dat de notaris de akte opmaakt als er nog geen sprake is van opeisbaarheid van de vordering van de crediteur. Als het moment van de opeisbaarheid aanbreekt, kunnen zich allerlei omstandigheden hebben voorgedaan die de debiteur alsnog onder de ogen van de rechter zou willen brengen. Niettemin kan de executie plaatsvinden, maar wordt de debiteur niet tekort gedaan? Een ontkennend antwoord kan onder andere worden gemotiveerd met de stelling dat het toch de debiteur zelf is geweest die de notariële akte in vrijheid heeft getekend, waarbij de notaris partijen zal hebben gewezen op de rechtsgevolgen.”

In dezelfde zin oordeelt Kraan, die vermeldt:⁴¹¹

409 Naar Van den Herik 1991; Nakad-Weststrate e.a. 2015c.

410 Melis/Waaier 2012, p. 198 e.v.; Bleeker 1938.

411 De Bruijn/Kraan 2012, p. 31.

“Wie in onze maatschappij niet verkrijgt wat hem, naar zijn mening, toekomt, vindt een rechterlijke organisatie die toetst of zijn aanspraken juist zijn en de staat is hem, zo die aanspraken gegrond worden bevonden, behulpzaam bij het realiseren daarvan. Dit realiseren, de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, is pas mogelijk na een procedure waarin de schuldenaar de gelegenheid heeft gekregen zich tegen de aanspraak te verdedigen. Wat rechtvaardigt nu de realisering van de aanspraak van een schuldeiser buiten een procedure om, dus buiten de organisatie die speciaal met dat doel in het leven is geroepen? Daar komt de tenuitvoerlegging van de grosse van een notariële akte immers op neer.

“De maatschappelijke rechtvaardiging voor deze tenuitvoerlegging is te vinden in de behoefte aan een methode om de schuldeiser die met een hoge mate van waarschijnlijkheid recht heeft op een bepaalde prestatie, de moeizame en vaak kostbare weg naar de rechter te besparen. Er zijn – in theorie – twee wegen om aan deze maatschappelijke behoefte tegemoet te komen. Ten eerste kan men aan partijen bij een overeenkomst de bevoegdheid geven om af te spreken dat de uit de overeenkomst voortvloeiende aanspraak kan worden afgedwongen buiten de rechter om. Partijen beslissen dan geheel zelf of zij al dan niet gebruik willen maken van deze mogelijkheid. Een tweede mogelijkheid is dat de overheid een persoon benoemt die aan een partij op diens verzoek het recht geeft zonder gerechtelijke uitspraak het hem toekomende af te dwingen, welk recht verleend wordt hetzij bij het aangaan van de overeenkomst, hetzij op het moment dat de partij aan gebruikmaking van deze mogelijkheid behoefte heeft. Deze tweede mogelijkheid veronderstelt een zekere toetsing van de aanspraak van de crediteur door de persoon die het recht tot verhaal verleent.

“Bij de gelijkstelling van de grosse van een notariële akte met het vonnis heeft de overheid, zoals zal blijken, min of meer beide paden bewandeld.”

Wij benadrukken dat uit de voorgaande passages naar voren komt, dat betrokkenen met de partij-akte de toegang tot de rechter (artikel 3:296 BW) als het ware “wegcontracteren.” De gang naar de rechter wordt voor de crediteur overbodig gemaakt, en de toegang tot c.q. de tussenkomst van de rechter wordt aan de debiteur ontegd. Daarbij verkrijgt de crediteur de bevoegdheid tot partij-executie zonder nadere voorafgaande rechterlijke tussenkomst.⁴¹² Hierdoor legt de debiteur in deze zin zijn lot in handen van de crediteur.

Kraan zet voorts uiteen dat geruime tijd een poging tot rechtvaardiging van de gelijkstelling van grossen van akten en vonnissen is gedaan door het toebedelen aan de notaris van een deel van de rechterlijke functie. Dit is volgens hem niet meer dan fictie geweest. Volgens Kraan berustte het fundament van de executoriale kracht van de notariële akte op de partijwil, omdat partijen uit praktische overwegingen aan de rechterlijke macht voorbij wilden gaan, waarbij de wetgever zich neerlegde.⁴¹³

412 Behoudens de mogelijkheid van een executiegeschil.

413 De Bruijn/Kraan 2012, p. 33-35.

4.5.2 De notariële akte als onderdeel van private rechtspraak

De traditionele toepassing van de partij-akte, te weten om bij voorbaat te ontsnappen aan een gerechtelijk proces, is een andere dan de toepassing van de proces-verbaalakte in het kader van een privaats gerecht. De akte dient immers als instrument voor afdwingbaarheid in het kader van een rechtsgang betreffende een concreet tussen die partijen reeds gerezen geschil. De schuldenaar heeft in dat gerechtelijke traject gelegenheid gekregen om zich tegen de aanspraak van de schuldeiser te verdedigen. Er is derhalve sprake geweest van een rechterlijke tussenkomst.

De conclusie is dan ook dat het bij een privaats gerecht om een geheel andere toepassing gaat dan de traditionele toepassing (van een substituut voor rechtspraak). Anders dan in het traditionele gebruik van de notariële akte legt de schuldenaar bij private rechtspraak zijn lot niet bij voorbaat (soms al vele jaren voor het ontstaan van een conflict) in handen van de schuldeiser via een daartoe te verrichten rechtshandeling bij de notaris. De ene partij verleent aan de andere niet de bevoegdheid tot partij-executie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Integendeel, partijen bevinden zich in een gerechtelijke procedure. Zo heeft de schuldenaar in het proces bij een privaats gerecht ruimschoots gelegenheid om zich tegen de aanspraak van de schuldeiser te verdedigen. Vervolgens is door het private gerecht als onafhankelijke derde, uitspraak gedaan ter beëindiging van het conflict.

4.5.3 De notariële akte als akte van depot ex artikel 1058 Rv

Hoewel dit onderwerp strikt genomen buiten ons onderzoeksgebied valt, zullen wij kort de toepassing van de notariële akte als akte van depot van het arbitrale vonnis behandelen. Sinds 1 januari 2015 is het deponeren van het arbitrale vonnis bij de griffie niet langer verplicht (zie artikel 1058 Rv). Partijen kunnen contractueel bedingen dat het depot achterwege blijft (dit staat dan vermeld in hun overeenkomst tot arbitrage of in het reglement dat van toepassing is op hun arbitrage).

Indien partijen het depot van het arbitrale vonnis volledig achterwege mogen laten, dan moet aangenomen worden dat zij er ook voor kunnen kiezen om het te laten deponeren bij de notaris. Hiermee wordt de rechtszekerheid gediend. Met de deponering van de uitspraken in een proces-verbaalakte bij de notaris, wordt aan het doel en de strekking van artikel 1058 Rv beantwoord. Deponering van stukken bij de notaris is niets nieuws. Hiervoor is vereist dat de stukken aan de akte worden gehecht.⁴¹⁴ Ook voor een notariële depotakte geldt dat een enkele opdrachtgever dit van de notaris kan verlangen (zie § 3.1.1-3.1.2). Aan de hand van de maatstaf van § 3.1.9 voor het bepalen van het type akte – partij-akte of proces-verbaalakte – menen wij dat de depotakte een proces-verbaalakte zal kunnen zijn. Het gaat er immers niet om dat een partij een verbintenis wil scheppen tegen zichzelf; hij wenst simpelweg een stuk in bewaring te geven.

414 Melis/Waaijer 2012, p. 112.

Het procesreglement zal dan wel een bepaling moeten bevatten, dat de deponering niet zal plaats hebben bij de griffie, maar bij de notaris. Voorts is het raadzaam – hoewel dit reeds voortvloeit uit de alternatieve deponering – een bepaling op te nemen dat overal waar de wet een termijn afhankelijk maakt van deponering van het arbitrale vonnis bij de griffie, deze afhankelijk wordt gemaakt van de deponering bij de notaris.

Het achterwege laten van het depot doet niets af aan de rechtskracht van het vonnis. Ook zonder dat het originele vonnis is gedeponerd, kan de voorzieningenrechter een exequatur verlenen. Het exequatur wordt dan verleend in een beschikking (artikel 1062 lid 2 Rv).⁴¹⁵ Wij willen hieraan toevoegen dat onzes inziens vanuit het oogpunt van rechtszekerheid het wenselijker is om vonnissen te deponeren bij de notaris, dan de deponering volledig achterwege te laten. In aanmerking genomen dat de verplichting tot het deponeren van het arbitrale vonnis bij de griffie is afgeschaft, zien wij geen redelijk argument tegen de mogelijkheid om onder artikel 1058 Rv arbitrale vonnissen te deponeren bij de notaris in plaats van bij de griffie.

4.6 HET ANTWOORD OP DE EERSTE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk hebben wij de eerste onderzoeksvraag behandeld. Deze luidt als volgt. *In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?*

Om de vraag te kunnen beantwoorden zijn wij eerst ingegaan op het gebruik van de partij-akte bij private rechtspraak. Vervolgens hebben wij eerst vastgesteld dat bij een gerechtelijke procedure wordt voldaan aan de criteria voor een proces-verbaalakte, aan de hand van de maatstaf die Kraan heeft gegeven voor de keuze tussen een partij-akte en een proces-verbaalakte. Daarbij hebben wij behandeld dat de partijen bij private rechtspraak de verbintenissen opgelegd krijgen in de uitspraak.

Vervolgens hebben wij de vraag behandeld wie als opdrachtgever van de notaris kan gelden en het blijkt dat zowel de beide procespartijen gezamenlijk, één van de procespartijen, als een privaatrecht of het instituut in kwestie, zelfstandig de opdrachtgever van de notaris kunnen zijn. Aan de keuze voor de procespartijen als gezamenlijke opdrachtgevers zijn nadelen verbonden, die contractueel kunnen, en moeten, worden ondervangen. Aan de keuze voor een privaatrecht als opdrachtgever is het voordeel verbonden dat de notaris met een vaste opdrachtgever te maken heeft. De keuze voor een privaatrecht als autonome opdrachtgever (zonder vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen) is de meest eenvoudige, en daarmee wordt voldaan aan artikel 2 Wna.

Daarna hebben wij onderzocht of de zeven beperkingen genoemd in hoofdstuk 3 in de weg kunnen staan aan de bevoegdheid van de notaris om het waargenomen proces bij een privaatrecht

415 Von Hombracht 2009, p. 217.

vast te leggen in een proces-verbaalakte. Wij hebben vastgesteld dat dit niet het geval is. Ten slotte hebben wij het onderscheid behandeld tussen het gebruik van de notariële akte als substituut van de rechtspraak en het gebruik van de akte binnen private rechtspraak, en zijn wij kort ingegaan op het gebruik van de notariële akte als akte van depot voor arbitrale vonnissen in plaats van het depot ex artikel 1058 Rv.

Het antwoord op de eerste vraag luidt, dat de notaris die in opdracht van zijn opdrachtgever een gerechtelijke procedure waarneemt, door middel van de uitspraak kan vaststellen welke verbintenissen door de arbiter resp. de bindend adviseur zijn opgelegd aan de procespartijen. De notaris is bevoegd is om zijn waarnemingen vast te leggen in een proces-verbaalakte, zodra hij heeft vastgesteld dat er overigens geen beperkingen kleven aan zijn bevoegdheid. De medewerking van de procespartijen bij de akte is niet vereist, omdat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris. Als voorwaarde geldt wel dat de procespartijen via het procesreglement wisten, althans konden weten, dat de notaris die rol zou bekleden.

5 | DE PARTIJWIL BINNEN DE CONTEXT VAN OVERHEIDSDWANG

Dit hoofdstuk staat in het teken van de partijwil: preciezer gezegd in het teken van de partijwil binnen de context van de overheidswang.

In de traditionele notariële praktijk is de aandacht gericht op de contractsvrijheid, te weten het domein van de verbintenisscheppende (of: obligatoire) overeenkomst (artikel 6:213 lid 1 BW). Daarin geldt het primaat van de partij-akte. Binnen dit domein speelt de subjectieve partijwil een sleutelrol.

Tegen deze achtergrond behandelen wij in dit hoofdstuk de tweede onderzoeksvraag. OV2 luidt als volgt. *“In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?”* Om deze vraag te beantwoorden, onderzoeken wij welke betekenis de notaris moet toekennen aan het begrip “partijwil” bij het passeren van de proces-verbaalakte bij een privaats gerecht. Daartoe wordt in § 5.1 de contractsvrijheid versus de beperkte keuzevrijheid binnen de rechtspraak behandeld. In § 5.2 onderzoeken wij de partijwil bij de partij-akte. In § 5.3 behandelen wij de partijwil bij rechtspraak door een privaats gerecht, met inbegrip van de proces-verbaalakte. In § 5.4 bespreken wij de bevoegdheid van de notaris om rechtsfeiten te relateren aan de procespartijen. In § 5.5 wordt het antwoord op de tweede onderzoeksvraag geformuleerd.

5.1 DE CONTRACTSVRIJHEID VERSUS BEPERKTE KEUZEVRJHEID BINNEN DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf behandelen wij de partijwil als grondslag van gebondenheid aan een overeenkomst. De wet vereist voor elke rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Bij een overeenkomst, die tot stand komt door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW), kan de wil van elk der partijen door een privaats gerecht worden geconstateerd uit de bepalingen in de tussen partijen gesloten schriftelijke overeenkomst.

Het uitgangspunt bij het aangaan van een overeenkomst is de contractsvrijheid (de subjectieve partijwil). Dit houdt in dat het een ieder vrij staat (a) wel of niet een overeenkomst aan te gaan, (b) een overeenkomst aan te gaan met wie men wil, (c) de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen, (d) deze wel of niet aan een vorm te binden en/of (e) deze aan de bepalingen van een gekozen jurisdictie te onderwerpen.⁴¹⁶ Eventuele algemene voorwaarden kunnen deel uitmaken van een overeenkomst (artikel 6:231 e.v. BW). De overeen-

416 Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 125.

komst die is opgemaakt als een onderhandse akte heeft tussen partijen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv).

De keuze voor geschilbeslechting bij een met name genoemd privaats gerecht in de algemene voorwaarden zal in de praktijk van vandaag vaak deel uitmaken van de koopovereenkomst op afstand, een vorm van consumentenkoop (artikel 6:230g e.v. BW).⁴¹⁷ De wil van partijen blijkt dan uit deze overeenkomst.

Wij noemen de rechtshandeling van de oproeping per deurwaardersexploot (zie § 2.3.3) als (i) een nadere wilsuitering van de eisende procespartij die hiermee de keuze voor het private gerecht herbevestigt, en (ii) een nadere wilsafvraging van de gedaagde die de keuze voor het private gerecht binnen een maand kan herroepen, bij gebreke waarvan zijn instemming met de keuze voor het private gerecht door de wet wordt verondersteld.

Wat voor ons onderzoek echter niet mag worden vergeten, is dat de procespartijen voor de notaris uitsluitend 'objecten van waarneming' zijn *tijdens* de procedure en geen comparanten. Wanneer de notaris de procedure waarneemt, wordt hij op het punt van de nadere wilsafvraging slechts geconfronteerd met voltooide rechtsfeiten uit het verleden. De notaris tekent vervolgens zijn waarnemingen over het verloop van de procedure op en legt deze vast, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (zie § 3.4). Wij zullen deze observaties verder uitwerken in hoofdstuk 4.

De staatssecretaris heeft de juistheid van de hierboven beschreven handelwijze in de context van de toepassing van artikel 6:236 sub n BW op arbitrage, op 23 oktober 2013 bevestigd en wel als antwoord op Kamervraag 3 (zie *Handelingen II* 2013/2014, 292, p. 2).⁴¹⁸

"Vraag 3

"Is volgens u duidelijk genoeg voor gedaagde partijen dat zij bij een juridisch geschil in principe niet te maken zullen krijgen met een overheidsrechter, maar met een alternatief? Zo ja, op welke wijze? Zo nee, welke maatregelen gaat u hiertegen nemen?"

"Antwoord 3

"Arbitrage en bindend advies kunnen op verschillende manieren worden overeengekomen. In een arbitrageovereenkomst, maar ook via een beding in algemene voorwaarden behorend bij deze overeenkomst. In dit laatste geval wordt de consument extra beschermd.

"De wet bepaalt namelijk dat wanneer in een overeenkomst met een consument algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard die een beding inhouden over beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn hetzij een of meer arbiters, de consument een termijn van tenminste een maand wordt gegund, nadat de gebruiker zich jegens haar

⁴¹⁷ Asser/Hijma 2013 (7-I*), nr. 94b.

⁴¹⁸ *Handelingen II* 2013/14, 292, p. 2.

schriftelijk op het beding heeft beroepen, om voor de beslechting door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen (art. 6:236n Burgerlijk Wetboek). Wanneer hierin niet voorzien is, wordt het beding als onredelijk bezwarend aangemerkt en is het vernietigbaar.

“De hiervoor genoemde bepalingen in de wet zorgen ervoor dat consumenten niet «zomaar» geconfronteerd kunnen worden met een arbitrage of een bindend adviesprocedure. Zij hebben hierdoor de mogelijkheid om alsnog naar de overheidsrechter te gaan. e-Court past blijkens het reglement deze bepaling reeds toe op de arbitrageprocedure.”

Wat betreft H.W. Wiersma's kwalificatie van een “werkbaar alternatief”⁴¹⁹ merken wij volledigheidshalve op, dat hij in zijn bijdrage over de constructie van de vastlegging van een private uitspraak (i.c. het bindend advies) in een proces-verbaalakte een expliciete *caveat* maakt voor de toepassing op het terrein van consumentengeschillen. Hij noemt hiervoor twee argumenten: (1) de notaris mag de eisende partij niet te hulp schieten met een snelle executiemogelijkheid buiten de rechter om (hij noemt dat dit al snel in strijd zou komen met zijn ambtelijke onpartijdigheid) en (2) partijen behoren daarom samen als comparanten ten overstaan van de notaris te verklaren dat zij een executoriale titel wensen. De hierboven weergegeven opmerkingen van de staatssecretaris verschenen in dezelfde maand als de bijdrage van H.W. Wiersma, en konden daarom door hem niet worden betrokken in zijn beschouwing.

Had H.W. Wiersma artikel 6:236 sub n BW en de opmerkingen van de staatssecretaris wel in zijn bijdrage kunnen betrekken, dan veronderstellen wij dat hij mogelijk tot bovenstaande conclusie zou zijn gekomen.

H.W. Wiersma merkt terecht op dat het niet zo mag zijn dat de notaris de eisende partij te hulp schiet. De notaris mag op grond van zijn onafhankelijkheid nooit een partij eenzijdig te hulp schieten door het passeren van een proces-verbaalakte. Dat mag hij ook niet bij een partij-akte wanneer hij “in vrede” wordt aangezocht door de partijen, wanneer de notaris crediteur (de eisende partij) buiten de rechter om een titel in handen geeft zonder dat sprake behoeft te zijn van enig rechtsgeschil.⁴²⁰ Echter, de notaris wordt nu juist benaderd in het kader van rechtspraak, waarbij het aangezocht private gerecht de pretenties van de crediteur onafhankelijk heeft beoordeeld. Om te waarborgen dat de rechtspositie van de gedaagde is gewaarborgd, is de preventieve toetsing van de notaris (zie § 2.7.4) van belang.

De opmerking van H.W. Wiersma brengt onzes inziens mee, dat de notaris de grosse niet blindelings mag afgeven, maar eerst (i) als onafhankelijke ambtsdienaar een marginale toetsing van de beslissing dient uit te voeren, en (ii) als procesbewaker dient te controleren of voldaan is aan de eisen van een behoorlijk proces. Al doende beoordeelt hij zelfstandig of hij, na vastlegging van het bindend advies in de akte, tot afgifte van de grosse van de akte kan overgaan om aan de uitspraak executoriale kracht te verbinden. Het feit dat partijen hebben gekozen voor geschilbeslechting op

⁴¹⁹ Wiersma, red. art. 2013, p. 402

⁴²⁰ Wiersma, red. art. 2013, p. 402, verwijzend naar Pitlo 1942.

grondslag van bindend advies of arbitrage is op zichzelf geen bezwaar in relatie tot consumentengeschillen.

5.2 HET BEGRIP PARTIJWIL BIJ PARTIJ-AKTEN

In deze paragraaf onderzoeken wij de betekenis van het begrip partijwil bij partij-akten.

Wij behandelen dit onderwerp met een voorbeeld, te weten de notariële vastlegging in een partij-akte van een onderhandse overeenkomst tot geldlening. Wij gaan ervan uit dat de geldlening in een onderhandse akte is vastgelegd, waarbij de geldverstrekker als voorwaarde heeft gesteld dat de geldsom beschikbaar wordt gesteld nadat de overeenkomst notarieel is vastgelegd. In dat geval zal de debiteur bij de notaris meewerken aan het passeren van een notariële partij-akte, waarin de rechtsverhouding van partijen – hun overeenkomst van geldlening – wordt vastgelegd in een authentieke akte. Deze akte heeft dwingende bewijskracht tegenover een ieder (artikel 157 Rv). Hiermee krijgt de crediteur het machtige wapen van een executoriale titel in handen. Mochten zich in de toekomst conflicten voordoen, bijvoorbeeld over rente en/of aflossing, dan kan de kostbare en tijdrovende gang naar het gerecht achterwege blijven.

In dit voorbeeld stelt de notaris de (subjectieve) partijwil van de debiteur vast om welbewust en uit vrije wil tot het opnemen van zijn verbintenissen in de akte over te gaan, omdat dit leidt tot rechtsgevolgen die niet voortvloeien uit de wet. De debiteur staat immers op het punt om de crediteur een sterkere positie te verschaffen dan de rechtspositie die de crediteur op grond van de wet toekomt.

Het is van belang om vast te stellen dat in de reguliere praktijkuitoefening van een notaris, zoals in het bovenomschreven voorbeeld, in het algemeen wordt aangenomen dat sprake is van contractsvrijheid. De notaris toetst de subjectieve wil van partijen die vrijwillig nieuwe rechtsgevolgen in het leven roepen, die anders niet zouden ontstaan.

5.3 HET BEGRIP PARTIJWIL BIJ DE PROCES-VERBAALAKTE

Al eerder (zie § 3.1.2) hebben wij opgemerkt, dat de proces-verbaalakte bij private rechtspraak mag worden verleden door de notaris op verzoek van een enkele opdrachtgever. Hij kan hierin ook waarnemingen vastleggen in relatie tot de procespartijen die hem niet om vastlegging hebben verzocht of daar geen prijs op stellen (zie § 3.1.3). Wij onderzoeken het begrip partijwil nader in drie gedaanten. In § 5.3.1 onderzoeken wij het begrip partijwil bij de proces-verbaalakte in de traditionele praktijk van de notaris. Wij hanteren daarbij het voorbeeld van een veiling. In § 5.3.2 behandelen wij het begrip partijwil bij de vastlegging van een bindend advies in de proces-verbaalakte als onderdeel van de procedure. In § 5.3.3 gaan wij in op de partijwil na afloop van de procedure.

5.3.1 De partijwil bij de proces-verbaalakte in de traditionele praktijk

Bij veilingen zal de notaris zich beperken tot de waarneming van rechtsfeiten, die het gevolg zijn van actieve handelingen van partijen. Zonder handelingen van partijen zijn er immers geen rechtsgevolgen. Zo zal de bezoeker van de veiling, waarop veilingvoorwaarden van toepassing zijn, aan die voorwaarden gebonden zijn tijdens zijn bezoek. Degene die thuis blijft komt met de voorwaarden niet in aanraking. Degene die het hoogste bod doet op de veiling, wordt koper. Ook daarvoor is een actieve handeling nodig. De bieder moet bijvoorbeeld zijn hand opsteken of iets roepen ("mijn!"). Degene die niet meedoet aan de bieding, wordt geen koper. Door te handelen werkt de bezoeker mee aan de veiling en treden rechtsgevolgen in. Door niet te handelen, werkt hij niet mee en treden geen rechtsgevolgen in.

De wilsverklaringen van de bieder op de veiling zien derhalve op het aangaan van een overeenkomst, op het scheppen van nieuwe rechtsgevolgen. Een bieder mag aan de waarnemend notaris verklaren – maar is hiertoe niet verplicht – dat hij de wil heeft dat zijn verklaringen worden vastgelegd in de proces-verbaalakte en/of dat hij de akte wil mede ondertekenen. De bevoegdheid van de notaris om de verklaringen op te tekenen is gelegen in het feit dat hij daartoe al opdracht had gekregen. Dit is vermeld in de veilingvoorwaarden. De bieder is niet meer dan het object van waarneming door de notaris. Hij is geen partij bij de akte. Door het bezoeken van de veiling, waarop veilingvoorwaarden van toepassing zijn, wordt de bieder verondersteld te hebben ingestemd met de gang van zaken op de veiling. Daarom moet hij op zijn woorden passen. Immers, het zij hier herhaald, de notaris zit gereed om als het ware als een persfotograaf zijn waarnemingen vast te leggen (zie § 3.1.3).

5.3.2 De partijwil bij de proces-verbaalakte binnen de gerechtelijke procedure

Zoals hiervoor in § 2.3 is gebleken, is de uitnodiging om te procederen dwingend, en kan een procespartij de rechtsgevolgen rond een civiele procedure niet tegenhouden door geen medewerking te verlenen.

Wij stelden in § 2.3.2 vast dat wanneer de gedaagde procespartij de termijn van artikel 6:236 sub n BW ongebruikt laat verstrijken, het private gerecht naar keuze bevoegd is. Wanneer daarbij in de oorspronkelijke overeenkomst is verwezen naar een procesreglement, zijn deze regels van toepassing. Bij arbitrage volgt dit eveneens uit artikel 1020 lid 6 Rv.

De wet veronderstelt na ommekomst van de (ongebruikt gelaten) termijn van artikel 6:236 sub n BW de partijwil aanwezig voor (i) de inhoudelijke beoordeling van het geschil door het private gerecht, en (ii) de wijze waarop het proces wordt gevoerd volgens het toepasselijke procesreglement. Dit brengt mee dat daarin geregelde onderwerpen, zoals de wijze van benoeming van de arbiter, zijn bepaald, mits (a) in de overeenkomst tussen partijen is verwezen naar het toepasselijke procesreglement, zodat (b) de gedaagde via dit reglement bekend is, althans had kunnen zijn, met de wijze waarop wordt geprocedeerd.

De benoeming van een notaris tot proceswaarnemer, mede in het licht van de formele afdwingbaarheid van de beslissing, kan op dezelfde manier in het procesreglement worden vastgelegd als de benoeming van een arbiter voor het nemen van de materiële beslissing in het rechtsgeschied. De rol van de notaris is, het zij herhaald, niet anders dan bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering, zie ook § 3.1.3, de zesde beperking en § 4.4.6)

Passen wij deze regel over de partijwil vervolgens toe op de rol van de notaris als waarnemer, dan geldt ook hier dat de wet na ommekomst van de (ongebruikte) termijn van artikel 6:236 sub n BW veronderstelt dat de partijwil aanwezig is voor de wijze waarop het proces wordt gevoerd volgens het toepasselijke procesreglement, met inbegrip van de rol van de notaris als waarnemer, met het oog op een andere manier van het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak (namelijk zonder nadere tussenkomst van de publieke rechter) mits (a) in de overeenkomst tussen partijen is verwezen naar het toepasselijke procesreglement, en (b) de gedaagde via dit reglement bekend is met de wijze waarop wordt geprocedeerd.

Dit betekent dat, hoewel het in de praktijk vaak zo zal zijn dat een gedaagde (i) tegen zijn wil in rechte is betrokken, of (ii) tegen zijn wil veroordeeld wordt, en/of (iii) tegen zijn wil moet bijdragen in de proceskosten van de wederpartij, zijn wil niet in de weg staat aan het passeren van de akte.

Bij een gerechtelijke procedure geldt evenals bij een veiling, dat de notaris bevoegd is om zijn waarnemingen te relateren aan diegenen, die als procespartijen bij de gerechtelijke procedure kwalificeren. Het onderscheid als gevolg van overheidsdwang is daarin gelegen dat de wet veronderstelt dat de procespartijen “meedoen” aan het proces, *ongeacht* de vraag of zij verschijnen en *ongeacht* de vraag of zij verklaringen afleggen, doordat verstek wordt verleend.

Omdat het kan voorkomen dat de notaris tijdens een procedure rechtsfeiten dient te relateren aan de afwezige gedaagde, en dit alleen gebeurt indien en voor zover die afwezige procespartij door de wet verondersteld wordt te participeren in de procedure, ontkomt de notaris er niet aan om te controleren of (i) de gedaagde correct is opgeroepen en (ii) hij geen verklaring heeft afgelegd binnen de termijn van artikel 6:236 sub n BW. Langs die weg stelt de notaris vast dat de gedaagde verstek heeft laten gaan. Van de notaris kan daarom niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt.

Wij zullen in § 5.4 nader ingaan op een aantal paradoxale verschijnselen rond de procesgang voor de notaris die waarneemt en zijn waarnemingen aan de procespartijen dient te relateren. Eerst behandelen wij de vraag of de subjectieve partijwil in de rechtspraak volledig buiten spel is gezet (zie § 5.2.3).

5.3.3 De partijwil na afloop van de gerechtelijke procedure

De vraag rijst of het vorenstaande betekent dat de subjectieve partijwil na ommekomst van de termijn van artikel 6:236 sub n BW voor altijd buiten spel is gezet. Die conclusie gaat ons te ver.

Aan de in het ongelijk gestelde partij komt bescherming toe binnen het wettelijke systeem van procederen. De partijwil om de gegeven beslissing aan te vechten kan ontstaan na afloop van de procedure.

Binnen het procesrecht biedt de wet dan drie mogelijkheden om de eigen gewenste uitkomst alsnog te verkrijgen. Voordat wij de drie mogelijkheden noemen, wijzen wij erop dat de enkele grond van de subjectieve wil van een procespartij op zichzelf geen kans van slagen biedt als grondslag om de uitspraak aan te tasten. De subjectieve partijwil, in de zin dat een procespartij het niet eens is met het vonnis en deze uitkomst niet had gewild, is dus geen argument (artikel 7:901 lid 2 BW).

De in het ongelijk gestelde partij die niet aan de uitspraak van een privaats gerecht gebonden wil zijn, kan er ten eerste voor kiezen om in hoger beroep te gaan bij het private gerecht, mits het reglement daarin voorziet. Binnen de daartoe gestelde termijn kan hij alsnog proberen om een andere, voor hem gunstiger, uitspraak te verkrijgen. De in het ongelijk gestelde partij kan ten tweede het bindend advies laten vernietigen of het arbitrale vonnis laten vernietigen of herroepen (zie § 2.6.3 resp. § 2.6.4). De in het ongelijk gestelde partij kan ten derde de executie tegengaan door het aanspannen van een kort geding (te weten een executiegeschil ex artikel 438 Rv). Er moet dan sprake zijn van misbruik van recht door de schuldeiser.

De Hoge Raad heeft uiteengezet onder welke omstandigheden er sprake kan zijn van misbruik van recht (ook wel misbruik van bevoegdheid genoemd).⁴²¹ Hiervan kan sprake zijn als (1) het te executeren vonnis duidelijk op een juridische of feitelijke fout berust, (2) zich na het vonnis bepaalde feiten voordoen of aan het licht komen op grond waarvan de geëxecuteerde in een noodtoestand zal komen te verkeren, of (3) er andere feiten of omstandigheden zijn op grond waarvan de executant in redelijkheid geen gebruik mag maken van zijn recht tot executie van het vonnis in kwestie. Hoewel steeds vaker een beroep gedaan wordt op misbruik van bevoegdheid, zijn voorbeelden hiervan schaars en gaat het om bijzondere omstandigheden.

5.4 HET RELATEREN VAN DE WAARNEMINGEN AAN DE PROCESPARTIJEN

In deze paragraaf onderzoeken wij de bevoegdheid van de notaris om de door hem waargenomen rechtsfeiten te relateren aan de procespartijen. Daarbij doen zich ten opzichte van de traditionele notarispraktijk een aantal ogenschijnlijke tegenstellingen voor, die voortvloeien uit de rechtspraak en het domein van de overheidsdwang. Wij behandelen de ogenschijnlijke tegenstellingen als paradoxen. Wij beschrijven derhalve vier paradoxen. In § 5.4.1 wijzen wij op de paradox van het verstek als een vorm van participatie. In § 5.4.2 behandelen wij de paradox van het waarnemen van “niets” als rechtsfeit en het relateren daarvan aan de betreffende procespartij. In § 5.4.3 wijzen wij op de paradox in de waarneming van partijverklaringen waarmee geen verbintenissen worden geschapen. In § 5.4.4 gaat het om de paradox van de waarneming van de verklaring van het private

⁴²¹ HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra).

gerecht, die de verbintenissen schept tussen de partijen. In § 5.4.5 trekken wij conclusies over het relateren van de waarnemingen aan de procespartijen.

5.4.1 Paradox 1: verstek is een vorm van participatie

Hierna onderzoeken wij aan de hand van een vergelijking met een veiling, hoe de medewerking van de procespartijen aan een gerechtelijke procedure bij een privaat gerecht door de notaris kan worden vastgesteld, op basis waarvan hij zijn waarnemingen aan hen kan relateren.

Een veiling wordt door belangstellenden vrijwillig bezocht. De wet verbindt geen rechtsgevolgen aan het niet bezoeken van de veiling, en evenmin aan het bezoek van degene die niet biedt. Het doel van de veiling is de verkoop van het veilingobject. De veiling wordt georganiseerd en heeft plaats, zonder dat men weet of het doel wordt bereikt. Het is niet zeker of er een bod zal worden uitgebracht en of het object zal worden verkocht. Dit valt pas achteraf vast te stellen. Degene die de veiling bezoekt is gebonden aan de veilingvoorwaarden, mits deze voor hem kenbaar waren. De inspanningen van de organisator van de veiling zullen erop zijn gericht om de veilingvoorwaarden onder de aandacht te brengen via een website, verwijzingen in het mailverkeer, brochures en ook bij het betreden van de veiling. De enige manier om te participeren is daarom door (a) het bezoeken van de veiling en (b) actief mee te doen aan het biedingsproces.

Bij procederen is er geen sprake van vrijwilligheid, maar van dwang (zie § 2.3). De wet verbindt bijvoorbeeld rechtsgevolgen aan het *niet* verschijnen en aan het *niet* afleggen van een verklaring. Dit geldt voor het in ontvangst nemen van de dagvaarding (artikel 46 e.v. Rv), de bevoegdheid van een privaat gerecht (artikel 6:236 sub n BW) en het verstekvonnis (artikel 1043a lid 2 Rv of het reglement). Het doel van een procedure, te weten om partijen de gelegenheid te bieden tot hoor en wederhoor alvorens uitspraak wordt gedaan, wordt altijd bereikt. Het doel is niet afhankelijk van de medewerking van de gedaagde. De gedaagde heeft wel het recht op wederhoor, maar niet de plicht.

Het verschil tussen de participatie op een veiling en in een procedure wordt verklaard door de context van de vrijwilligheid bij een veiling tegenover die van dwang bij de rechtspraak. Op grond van het wettelijke systeem van het procesrecht kan niet gezegd worden dat de notaris verbaliserend optreedt bij de vastlegging van een uitspraak bij verstek bij een privaat gerecht. De niet verschenen gedaagde participeert in de gerechtelijke procedure. Deze participatie is het rechtsgevolg van verstek dat de gedaagde zelf willens en wetens laat ontstaan.

De eerste paradox in de waarneming van de notaris ten opzichte van zijn klassieke praktijk, is dat de participatie in een juridische procedure niet hoeft te bestaan uit de verschijning van een partij, die vervolgens verklaringen aflegt zoals bij een veiling, maar ook kan bestaan uit het niet verschijnen en het niet afleggen van verklaringen.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.2 Paradox 2: de notaris relateert het rechtsfeit van “niets” aan de procespartij

De tweede paradox waarmee de notaris in zijn waarneming wordt geconfronteerd, is dat in de gerechtelijke procedure de notaris veelal geen menselijke handelingen zal waarnemen, en toch (blote) rechtsfeiten zal relateren aan de procespartijen.

De notaris die geen gedaagde ziet verschijnen, en die derhalve van de gedaagde geen enkele actieve handeling of verklaring kan waarnemen, dient zich te realiseren dat de wet hieraan rechtsgevolgen verbindt. Het blote rechtsfeit van een verstek dient de notaris derhalve te relateren aan de partij die niet verschijnt.

Hiermee is de paradox niet langer een paradox.

5.4.3 Paradox 3: de notaris dient de partijverklaringen te negeren

De derde paradox is daarin gelegen, dat de betekenis van partijverklaringen tegenovergesteld zijn aan die binnen de traditionele notariële praktijk. Kan de notaris in zijn reguliere ambtsbeoefening uit de partijverklaringen afleiden welke verbintenissen partijen jegens elkaar op zich willen nemen, bij private rechtspraak is dat niet het geval. Sterker nog, bij verklaringen van de gedaagde zal er in beginsel sprake zijn van het tegenovergestelde effect. Wij noemen drie voorbeelden.

Ten eerste leidt een partijverklaring van de gedaagde binnen de termijn van artikel 6:236 sub n BW ertoe dat het private gerecht de bevoegdheid om het geschil te beoordelen verliest. Het gevolg van de partijverklaring leidt er dan toe dat er juist geen door de notaris waar te nemen procedure zal worden gehouden.

Ten tweede leidt een partijverklaring van de gedaagde in de zin van een steekhoudend verweer tot een afwijzend vonnis. Het gevolg van de partijverklaring leidt er dan toe dat er juist geen verbintenissen op de debiteur zullen rusten.

Ten derde is het uitblijven van een partijverklaring van de gedaagde de meest voorkomende oorzaak van een veroordelend vonnis bij verstek. Het *niet* afleggen van een partijverklaring leidt er juist toe dat er verbintenissen op de debiteur komen te rusten.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.4 Paradox 4: de verklaring van de derde is de enige verklaring die telt

De vierde paradox waarmee de notaris wordt geconfronteerd, is dat de procespartijen niet zelf vrijwillig verbintenissen op zich nemen door verklaringen, maar dat het private gerecht bepaalt welke verbintenissen door de ene jegens de andere procespartij moeten worden nagekomen

(artikel 7:900 BW). Door het bindend advies wordt de nieuwe rechtstoestand van de partijen bepaald, en daarmee is het bindend advies de bron van de – af te dwingen – verbintenissen waar het partijen om te doen was (zie § 2.2.7).

De uitspraak van het private gerecht is een verklaring van een derde. De notaris die de verbintenissen binnen de rechtsverhouding tussen partijen moet bepalen ten behoeve van de vastlegging in de akte, mag – en sterker nog: moet – daarvoor uitsluitend afgaan op de uitspraak.

Voor de notaris neemt de tegenstrijdigheid toe, wanneer wij stellen dat hij in dit geval juist *niet* af mag gaan op de verklaringen van de procespartijen zelf. De notaris mag dit ook niet doen als verificatie van de verklaring van de derde. Wij onderbouwen deze stelling als volgt. De verklaringen van de procespartijen zijn niet relevant, omdat de wet de partijen gebonden acht aan het bindend advies, ongeacht eventuele andersluidende verklaringen van de procespartijen zelf. Ware dit anders, dan nog is de verklaring van de partij die het niet eens is met de inhoud van het bindend advies, of aan de rechtsgevolgen ervan wil ontsnappen, per definitie minder betrouwbaar dan de verklaring van het private gerecht zelf.

Met deze uitleg is de paradox niet langer een paradox.

5.4.5 Conclusies over het relateren van de rechtsfeiten aan de procespartijen

Onze conclusies zijn gelegen in de analyses van de vier beschreven paradoxen. Wij concluderen viermaal dat de geformuleerde paradoxen in de juridische werkelijkheid niet bestaan. Alle paradoxen laten zich verklaren doordat bij het procederen er geen sprake is van vrijwilligheid, maar van dwang (zie § 2.3).

De eerste paradox in de waarneming van de notaris ten opzichte van zijn klassieke praktijk, is dat de participatie niet hoeft te bestaan uit de verschijning van een partij, die vervolgens verklaringen aflegt zoals bij een veiling, maar ook kan bestaan uit het niet verschijnen en het niet afleggen van verklaringen. Hiermee menen wij paradox 1 te hebben opgelost.

De tweede paradox is dat de notaris die “niets” waarneemt, zich dient te realiseren dat de wet hieraan rechtsgevolgen verbindt. De notaris dient derhalve blote rechtsfeiten te relateren aan de procespartij die het betreft. Hiermee hebben wij paradox 2 opgelost.

De derde paradox is daarin gelegen, dat de betekenis van partijverklaringen binnen het systeem van dwang tegenovergesteld zijn aan die binnen de traditionele notariële praktijk. Hierdoor is paradox 3 opgelost.

De vierde paradox is dat de notaris die de verbintenissen binnen de rechtsverhouding tussen partijen moet bepalen ten behoeve van de vastlegging in de akte, daarvoor uitsluitend mag afgaan op de uitspraak van het private gerecht (artikel 7:900 BW of artikel 1049 e.v. Rv). Dit is de verklaring van de derde. Deze verklaring is kenbaar door de schriftelijke vastlegging in het bindend advies

of het arbitrale vonnis. De notaris mag niet afgaan op de partijverklaringen. Hierdoor is paradox 4 opgelost.

5.4.6 De betekenis voor het notariële perspectief

Zoals wij in § 2.3.2 hebben aangegeven, is de context van private rechtspraak relevant voor het notariële perspectief. Om het belang van de context te onderstrepen gaan wij in op de beschouwingen van Kraan in zijn publicatie “e-Court vanuit notarieel perspectief”.⁴²² Kraan gaat uit van het perspectief van de notaris in de reguliere notarispraktijk, gestoeld op de contractsvrijheid. Hij kent geen, althans onvoldoende, gewicht toe aan de wettelijke systematiek van private rechtspraak. Wij menen dat Kraan hiermee vooral de complicaties van de vertegenwoordiging (zie § 4.4.2) heeft geïllustreerd, waarbij wij de kanttekening plaatsen dat hij in zijn beschouwing mede is afgegaan op grond van de formulering van de akte zoals die in die periode door e-Court werd gehanteerd (zie § 4.2.2). Hierdoor werd Kraan als het ware in een andere richting geleid.

Vanuit een benadering van de verbintenisscheppende overeenkomst neemt Kraan – terecht – de partij-akte als leidraad. Het vertrekpunt is evenwel in onze ogen een verkeerd vertrekpunt, wanneer wij de dwingende regels van het procesrecht in de beschouwing betrekken.

Het gaat er met name om dat Kraan de betekenis van het procesreglement voor de rol van de notaris over het hoofd ziet, terwijl hij de toepasselijkheid van de veilingvoorwaarden bij een veiling wel erkent. Voorts betreft Kraan in zijn analyse niet de dwingende, ordenende werking van artikel 6:236 sub n BW, en staat hij niet stil bij het rechtsgevolg met betrekking tot de objectivering van de partijwil in relatie tot (1) het bevoegde private gerecht, en (2) de in het procesreglement neergelegde procesgang. Indien hierin de waarnemende rol van de notaris in het procesreglement is verankerd, is de positie van de notaris tijdens het proces gelegitimeerd. Dit is niet anders dan de verankering van de rol van de notaris in de veilingvoorwaarden. Een verklaring van de procespartij dat hij het gerecht en de toepasselijkheid van het reglement erkent, is niet vereist.

Kraan stelt echter het volgende.

“Het lijkt mij vergelijkbaar met het geval dat een bank een geldlening verstrekt bij onderhandse akte en de geldlener de bank de bevoegdheid geeft om de lening in een authentieke akte te doen neerleggen. Door het opmaken van een authentieke akte waarin de bank verklaart dat zij van de geldlener de bevoegdheid heeft gekregen de lening in een authentieke akte te doen neerleggen heeft de geldlener niet blijkens de akte een verplichting op zich genomen.”

Deze vergelijking gaat onzes inziens niet op. Het vastleggen van een lening in een onderhandse akte geschiedt binnen het domein van de contractsvrijheid. Indien de debiteur geen verklaring aflegt om zelf de verbintenissen op zich te nemen, is er geen grond voor de notaris om de verbintenis in de akte vast te leggen.

Anders dan Kraan betoogt, is de vraag waar het voor de notaris uiteindelijk om draait, dezelfde vraag die hij zichzelf bij het waarnemen van een veiling zou stellen. Deze vraag luidt als volgt.

422 Kraan 2012.

Wisten de procespartijen, althans behoorden zij te weten, dat de notaris het proces zou waarnemen en zijn waarnemingen zou vastleggen, en dat de proces-verbaalakte mede wordt opgemaakt om te dienen (althans de grosse daarvan) als een executoriale titel? Indien de gedaagde met die wetenschap desondanks de termijn van artikel 6:236 sub n BW heeft laten verstrijken, heeft hij willens en wetens het rechtsgevolg van waarneming en vastlegging doen ontstaan.

De beschouwingen van Kraan in genoemde publicatie zijn derhalve juist voor de reguliere notarispraktijk, waarbij de partij-akte centraal staat, maar niet binnen de context van private rechtspraak als vorm van overheidsdwang. Ernste heeft Kraan in zijn benadering gevolgd, en geen onderscheid gemaakt tussen het domein van de contractsvrijheid en het domein van overheidsdwang.⁴²³

5.5 HET ANTWOORD OP DE TWEDE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk behandelden wij de tweede onderzoeksvraag. Deze luidt als volgt. *In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?*

Om de vraag te beantwoorden hebben wij de reguliere praktijkuitoefening van een notaris onderzocht – waarin de partij-akte domineert – en vastgesteld dat sprake is van (i) contractsvrijheid en (ii) de subjectieve wil om nieuwe rechtsgevolgen in het leven te roepen. Deze rechtsgevolgen ontstaan uitsluitend door actieve handelingen van betrokkenen en zouden anders niet ontstaan. Bij de proces-verbaalakte geldt dat de notaris zijn waarnemingen mag vastleggen in relatie tot personen (die object van waarneming zijn), die hem niet om vastlegging hebben verzocht, maar alleen indien en voor zover het gaat om handelingen waarin partijen participeren.

Rechtspraak behoort tot het domein van overheidsdwang. De wet veronderstelt participatie aan de gerechtelijke procedure (zie § 2.3). Het afleggen van verklaringen door een gedaagde is niet vereist om te participeren. De participatie moet worden opgevat als het willens en wetens laten ontstaan van rechtsgevolgen door het nalaten om (tijdig) verklaringen af te leggen. Hiermee wordt in het bijzonder bedoeld op de verklaring van artikel 6:236 sub n BW en het niet voeren van verweer (artikel 139 Rv bij overheidsrechtspraak en 1043a lid 2 Rv bij arbitrage). De subjectieve wil van een gedaagde wordt weer relevant na afloop van het proces in eerste aanleg bij het private gerecht. De gedaagde die iets wil inbrengen tegen de uitspraak, kan dan kiezen uit een aantal rechtsmiddelen. De subjectieve wil van een procespartij, in de zin dat hij het niet eens is met het vonnis en deze uitkomst niet had gewild, is op zichzelf onvoldoende voor de aantasting van de uitspraak.

Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is derhalve dat de notaris aan de hand van het procesreglement kan vaststellen dat partijen de wil hadden om de verbintenissen in de proces-

423 Ernste 2012a, p. 91 e.v.

verbaalakke te laten opnemen, wanneer zij de bevoegdheid van het private gerecht laten bestaan (artikel 6:236 sub n BW).. Hiervoor is wel noodzakelijk dat de gedaagde correct is opgeroepen en tijdig is geïnformeerd over de rol van de notaris. Aangezien de procespartijen geacht worden te participeren in een gerechtelijke procedure, mits zij rechtsgeldig zijn opgeroepen door de gerechtsdeurwaarder en vooraf bekend waren met het procesreglement, is de notaris gerechtigd, en gehouden, om de door hem waargenomen rechtsfeiten – met inbegrip van blote rechtsfeiten die zich gedurende het proces voordoen – aan hen te relateren.

6 | DE BELEHRUNGSPFLICHT

In dit hoofdstuk behandelen wij de derde onderzoeksvraag. OV3 luidt als volgt. “*Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de Belehrungspflicht bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte?*”

Er is één uitspraak over de *Belehrungspflicht* van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte binnen de private rechtspraak.⁴²⁴ Echter, deze uitspraak was gestoeld op de aanname dat een partij-akte was vereist., in navolging van het oordeel van de staatssecretaris van V&J, zoals vermeld in diens brief d.d. 23 juni 2011 (§ 1.4) overgenomen. Wij laten die uitspraak daarom buiten beschouwing. We zullen daarentegen een eigen onafhankelijke analyse uitvoeren aangaande de leer van de zorgplicht die aan de notaris is toegekend.⁴²⁵ Wij behandelen in § 6.1 de kern van het leerstuk van de notariële zorgplicht (de *Belehrungspflicht*). In § 6.2 gaan wij in op de onderzoeksplicht bij private rechtspraak. In § 6.3 gaan wij in op de wijze waarop de notaris invulling kan geven aan de informatieplicht bij private rechtspraak. In § 6.4 beantwoorden wij de derde onderzoeksvraag.

6.1 HET LEERSTUK VAN DE BELEHRUNGSPFLICHT

In § 6.1.1 beschrijven wij de kern van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*. In § 6.1.2 analyseren wij de toepasselijkheid van het leerstuk op private rechtspraak. In § 6.1.3 behandelen wij artikel 43 lid 1 Wna, waarin de *Belehrungspflicht* is neergelegd. Wij maken in § 6.1.3 onderscheid tussen de onderzoeksplicht en de informatieplicht in het kader van het leerstuk van de notariële zorgplicht.

6.1.1 De zorgplicht bij de partij-akte ex artikel 43 lid 1 Wna

Op grond van artikel 43 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) is de notaris gehouden om vóór het verlijden van een akte mededeling te doen van de zakelijke inhoud en daarop een toelichting te geven. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen uit de inhoud van de akte voortvloeien. Deze zogeheten *Belehrungspflicht* is in artikel 43 lid 1 Wna opgenomen naar aanleiding van het arrest Groningse Huwelijkse Voorwaarden, waarin de Hoge Raad oordeelde, dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer meebrengt dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.

Waaier beschrijft de kern van het leerstuk als volgt. Ten eerste geeft hij een algemene inleiding:⁴²⁶

“Dit hoofdstuk is gewijd aan de notariële partij-akte, de akte die naast waarnemingen van de notaris,

⁴²⁴ Tuchtkamer Notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815.

⁴²⁵ HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groningse Huwelijkse Voorwaarden*).; Van Mourik en Verstappen, 2006, p. 38; Schonewille (red.) 2009, p. 38; Van Mourik 2009, p. 80 e.v.; Schonewille 2012, p. 150.

⁴²⁶ Waaier, p. 125 e.v.

ook en vooral verklaringen van partijen en eventuele getuigen bevat. Het zwaartepunt ligt daarin bij de verklaringen van partijen. Het karikaturale beeld van de lijdelijk optredende notaris ‘als penhouder van partijen’ ligt lang achter ons. Van de notaris wordt meer verwacht dan het louter op schrift zetten van wat partijen hem voorhouden. De ware betekenis van de notariële akte ligt in de actieve, deskundige bijstand bij de totstandkoming van partijverklaringen. Die bijdrage van de notaris overstijgt de betekenis van de bijzondere bewijskracht van de notariële akte verre.

(...)

“Het redigeren van akten dient gepaard te gaan met voorlichting. Het is de taak van de notaris zich ervan te overtuigen dat hetgeen in de akte wordt opgenomen ook inderdaad door de partijen gewild en begrepen is. Men zou kunnen zeggen dat de notaris een wilscontroleerende taak heeft. Het een hangt met het ander samen: door de redactionele en voorlichtende, adviserende taak van de notaris komt een juridisch inhoudelijk beter ‘product’ tot stand. Door deze juridificatie komen woorden op papier waarvan de strekking normaliter niet zonder meer door partijen te overzien zijn.⁴²⁷ De notaris zal er zeker van moeten zijn dat partijen begrijpen wat zij doen als zij hun handtekeningen zetten. Daartoe dient de notaris alvorens tot het verlijden van de akte over te gaan, aan de verschijnende personen mededeling te doen van de zakelijke inhoud daarvan en geeft hij daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor de partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien (art. 43 lid 1 Wna).”

(...)

“De civielrechtelijke verantwoordelijkheid kwam bijvoorbeeld tot uiting in het arrest HR 23 april 2010, RvdW 2010, 580. In dat arrest werd vastgesteld dat de notaris zich schuldig had gemaakt aan bedrog door zijn redactie van een onderhandse volmacht tot boedelafwikkeling aan de vader die vervolgens zonder nadere toelichting door de notaris aan de kinderen ter ondertekening werd voorgelegd. Duidelijk werd dat de notaris niet onder alle omstandigheden mag uitgaan van de juistheid van hetgeen partijen (in het onderhavige geval: de vader) hem meedelen maar dat bij duidelijke contra-indicaties eigen onderzoek geboden is.”

De notariële zorgplicht is expliciet verbonden aan de redactie van partij-akten. De achtergrond is dat de comparanten de gevolgen van hun – toekomstige, namelijk: – in de akte vast te leggen rechtshandelingen kunnen overzien. Anders geformuleerd: dat hun wil overeenstemt met de door de notaris in de akte op te nemen verklaringen. Waaijer vat vervolgens de kern van het arrest Groningse Huwelijks Voorwaarden als volgt samen.⁴²⁸

“Het betreft een curieus geval. Een notaris A is gehuwd na het maken van huwelijksvoorwaarden inhoudende een gemeenschap van vruchten en inkomsten. Hij raakt in financiële moeilijkheden; zijn echtgenote X zegt daarvan onkundig te zijn gebleven. De betreffende Kamer van Toezicht stelt op instigatie van haar lid, notaris Y, aan notaris A voor het huwelijksvermogensregiem waarin hij gehuwd

427 Waaijer verwijst hier naar de opmerking van C. Breedveld-De Voogd: ‘In zoverre is de partijverklaring in de notariële akte een fictie in het recht.’, zie p. 98 van het pre-advies voor de KNB 2010.

428 Waaijer, p. 127 e.v.

was om te zetten in een wettelijke gemeenschap van goederen. Dit zou gezien de financiële positie van A's echtgenote X leiden tot verbetering van A's financiële situatie. In het rekest tot wijziging van de huwelijksvoorwaarden wordt als motief gegeven: 'Bij de man staat voorop een goede verzorging van zijn echtgenote en deze verzorging is naar de mening van verzoekers het best gegarandeerd wanneer tussen verzoekers de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zal bestaan.'

"Notaris Y was met dit rekest bekend. Vervolgens wordt ten overstaan van diezelfde notaris Y, na verkregen goedkeuring van de rechtbank, de door Y ontworpen akte verleden. Y gaf bij het verlijden als toelichting, dat het gevolg van de omzetting zou zijn 'dat alle huidige en toekomstige vermogensbestanddelen van beide echtgenoten, activa en passiva, hun gemeenschappelijke eigendom en schulden zouden worden.'

"Bij de scheiding van tafel en bed, vijf jaar later, blijkt dat het vermogen dat X eertijds had, vrijwel geheel was aangewend ter betaling van de schulden van haar echtgenoot A. Heeft notaris Y een onrechtmatige daad begaan? Rechtbank en hof wijzen de vordering van de vrouw tot schadevergoeding af. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof, na onder meer de volgende overwegingen:

Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.

'Onjuist is voorts dat de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y gehouden te achten zich, alvorens de akte tot omzetting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap van goederen te verlijden, ervan te vergewissen dat X van de benarde situatie haar echtgenoot op de hoogte was. Notaris Y toch was met die benarde situatie wél bekend, en hij wist daardoor dat gerede kans bestond dat het voor X – die, naar hem bekend was, eigen vermogen had – aan die omzetting verbonden risico zich inderdaad zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden had notaris Y aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich – voor zover, in verband met artikel 73d Wet op het Notarisambt, nodig: met toestemming van de echtgenoot van X – ervan te hebben vergewist dat X, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende beseftte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.'

"Uit het arrest wordt duidelijk dat de notaris onder omstandigheden niet kan volstaan met een in algemene bewoordingen gegeven toelichting. Hij zal zijn informatie dan moeten concretiseren en duidelijk moeten maken wat de rechtshandeling voor consequenties meebrengt voor juist deze partijen. Daarbij gaat het dan met name om specifiek aan de rechtshandeling verbonden risico's."

In de context zoals die hierboven is omschreven, bleek dat de vrouw die het betrof helemaal niet doorzag, dat de rechtsgevolgen zeer ongunstig voor haar zouden zijn. De notaris werd achteraf aangesproken op het feit dat hij nalatig was geweest. De Hoge Raad heeft geconcludeerd dat de

notaris verwijtbaar had gehandeld.⁴²⁹ Dit heeft geleid tot een door de Hoge Raad geformuleerde algemene zorgplicht, bestaande uit (i) een waarschuwingsplicht van de notaris voor de aan een bepaalde rechtshandeling verbonden risico's, en (ii) de controle door de notaris of de bedoelingen van partijen in de akte juist en volledig zijn weergegeven. De notaris heeft daarbij een compenserende, actieve, onpartijdige opstelling.⁴³⁰

Na het eerste arrest zijn er nog vele uitspraken gevolgd. Deze betreffen allemaal bevestigingen van het Groningse Huwelijkse Voorwaarden arrest, en tonen een grote variëteit aan casusposities.⁴³¹

Artikel 43 lid 1 Wna is nadrukkelijk beperkt tot de partijen bij de akte, te weten: de comparanten. Uit de samenhang tussen artikel 43 en artikel 37 Wna, is de zorgplicht daarmee uitsluitend van toepassing op de partij-akte. Immers, de proces-verbaalakte kent geen partijen die als comparanten verschijnen bij de akte, maar slechts 'objecten van waarneming'. Dit type akte kent uitsluitend het verlijden door de notaris, waarbij hij in de akte zijn waarnemingen heeft vastgelegd, op verzoek van een opdrachtgever, die op zijn beurt evenmin de akte behoeft mede te ondertekenen (zie § 3.1 en 3.2). Ook indien de partijen wel verschijnen, en de akte achteraf mede ondertekenen, ten blijk van hun instemming met wat de notaris heeft waargenomen over hun eigen verklaringen, maakt dit de akte als zodanig niet tot een partij-akte (zie § 3.3 en in het bijzonder ook § 3.3.5, 3.3.9 en 3.3.10). De rechtsgevolgen van eventuele door de notaris waargenomen rechtshandelingen zijn dan al ingetreden (zoals het hoogste bod op een veiling dat al is bepaald). Het waarschuwen tegen de gevolgen daarvan (van het doen van een bieding) heeft achteraf, na afloop van de veiling, bij het opmaken van de proces-verbaalakte dan ook geen zin. Na ondertekening van de proces-verbaalakte door de betrokkene heeft de akte voor hen ten aanzien van zijn eigen daarin vervatte verklaring gelding als een partij-akte.

De toepasselijkheid van artikel 43 lid 1 Wna op de partij-akte blijkt eveneens uit de parlementaire behandeling. Wij citeren hierbij de volgende passages:

*“Nieuw is de in lid 1, derde volzin opgenomen informatieplicht. In verband hiermee zal de notaris zonodig duidelijk moeten maken wat de gevolgen van de rechtshandeling voor de betrokken partijen of één hunner zijn. Hij kan dus niet volstaan met het geven van een algemene toelichting. Dat de ambtsplicht van de notaris ook thans (Bew.: onder de oude wet) reeds verder strekt dan het doen van een zakelijke opgaaf, blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1989, NJ 1989,766 (Groninger notaris) inzake ontoereikende voorlichting bij huwelijksvoorwaarden staande huwelijk.”*⁴³²

“Als de notaris ervan overtuigd is dat de verschijnende personen hebben begrepen wat de inhoud van

429 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groningse Huwelijkse Voorwaarden).

430 Van Heesen-Laclé 2008, p. 57.

431 HR 29 juni 2012, LJN: BW 4013; Hof Amsterdam (NOT) 22 april 2014, 200.131.519/01; Hof Amsterdam (NOT) 29 juli 2014, nrs. 200.139.853/01 en 200.140.182/01.

432 *Kamerstukken II 1997/1998*, 23 706, nr. 3, p. 40-41.

*de akte is, mag hij aannemen dat hij aan zijn informatieplicht heeft voldaan.*⁴³³

*“Ten aanzien van de informatieplicht van de notaris als het gaat om een akte die gepasseerd wordt bij volmacht terwijl de notaris vermoedt dat de volmachtgever onvoldoende of niet is voorgelicht: “In dat geval doet de notaris er goed aan, alvorens de akte te passeren, partijen schriftelijk of mondeling een toelichting daarop te geven en zonodig op de gevolgen die uit de akte voortvloeien te wijzen.”*⁴³⁴

*“Het kan voorkomen dat de cliënt geen prijs stelt op een bespreking of de brief van de notaris niet of niet tijdig ontvangt, bijvoorbeeld omdat hij in het buitenland verblijft. In dat geval zal de notaris inderdaad zijn dienst (voorlopig) moeten weigeren.”*⁴³⁵

*“Zoals ik hiervoor reeds heb opgemerkt vloeit uit de informatieplicht voort dat bij het passeren van akten bij volmacht de notaris de cliënt zal moeten informeren bij de toezending van de conceptakte of tijdens voorafgaande besprekingen met de cliënt. Het risico dat in dat geval minder goed aan de informatieverplichting kan worden voldaan ligt dan bij de cliënt. Overigens merk ik op dat bij een zorgvuldige voorbereiding van de akte de notaris doorgaans voldoende mogelijkheden heeft gehad om materieel aan zijn informatieplicht te voldoen. Het voldoen aan de informatieplicht tijdens het passeren van de akte is dan nog slechts een formaliteit. De notaris die door middel van besprekingsverslagen en kopieën van brieven kan aantonen dat hij de cliënt voldoende heeft voorgelicht, zal niet gemakkelijk tuchtrechtelijk kunnen worden aangesproken.”*⁴³⁶

De conclusie op grond van § 3.6.1 en 3.6.2 is dat de leer van de zorgplicht is ontwikkeld om de verschijnende partijen te informeren over de inhoud van de partij-akte, en hen daarbij waar nodig te wijzen op de gevolgen van de door hen te scheppen rechtsgevolgen. In voorkomende gevallen rust op de notaris een onderzoeksplicht. Bovendien heeft de notaris een compenserende rol, in die zin dat hij erop is gericht om machtsongelijkheid door misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tegen te gaan.

6.1.2 De zorgplicht bij private rechtspraak

Wij gaan in deze paragraaf in op de toepasselijkheid van het leerstuk van de notariële zorgplicht op private rechtspraak in het algemeen, aan de hand van vier uit het oorspronkelijke arrest⁴³⁷ af te leiden elementen.⁴³⁸

Ten aanzien van het eerste element, te weten dat twee personen zich onbegeleid wenden tot de notaris, kan worden vastgesteld dat hiervan geen sprake is bij de proces-verbaalakte in het kader van een gerechtelijke procedure. Het zijn niet de procespartijen die zich (behoeven te) wenden tot de notaris om verklaringen af te leggen. De notaris neemt slechts op verzoek van zijn opdrachtgever (met een eigen civielrechtelijk belang) een gerechtelijke procedure waar, waarbij procespartijen

433 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 6, p. 50.*

434 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 6, p. 50.*

435 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 12, p. 35.*

436 *Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 12, p. 49 en 50.*

437 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groningse Huwelijks Voorwaarden).

438 Vgl. Van Heesen-Laclé 2008, p. 57 en Waaijer, p. 125 e.v.

zijn betrokken en al dan niet verklaringen afleggen teneinde hun argumenten te laten meewegen door het private gerecht die een einduitspraak zal doen ter beëindiging van het rechtsgeschil. De waarnemende rol van de notaris ziet bij een veiling op het vastleggen van het hoogste bod en bij rechtspraak op het vastleggen van de einduitspraak. In beide gevallen zijn de verbintenissen die op partijen rusten daarmee kenbaar uit de akte.

Ten aanzien van het tweede element, te weten dat de partijen de bedoeling hadden om via de akte onverplicht, nieuwe rechtshandelingen aan te gaan is evenmin sprake. De rol van de notaris ziet niet op door de partijen te creëren rechtsgevolgen. De notaris is getuige van een gerechtelijke procedure op de grondslag van bindend advies of arbitrage, waardoor de procespartijen een afdwingbare einduitspraak verkrijgen ter beëindiging van een tussen hen gerezen geschil. Een daartoe gedane rechtsgeldige keuze is een voltooid en onomkeerbaar rechtsfeit uit het verleden.

Het derde element is het feit dat de notaris zich ervan dient te vergewissen dat beide partijen tijdig waren geïnformeerd over de rechtsgevolgen van zijn rol en de vastlegging in de akte. Dit betekent dat de rol van de notaris moet zijn vastgelegd in het procesreglement.

Het vierde element, dat de door de partijen beoogde rechtsgevolgen zeer gunstig zouden zijn voor de één, doet zich niet voor bij onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak indachtig de eisen van een behoorlijk proces ex artikel 6 EVRM. Er wordt door partijen een einduitspraak verlangd ter beëindiging van hun geschil. Partijen accepteren daarmee de uitkomst van de procedure.

6.1.3 Geen zorgplicht bij de proces-verbaalakte ex artikel 43 lid 1 Wna

Er is één uitspraak over de zorgplicht van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte binnen de private rechtspraak,⁴³⁹ maar deze uitspraak was gestoeld op de aanname dat een partij-akte was vereist voor een nog te maken keuze voor private rechtspraak, en de betreffende tuchtkamer heeft daarmee zonder meer het oordeel van de staatssecretaris van V&J, zoals vermeld in diens brief d.d. 23 juni 2011 (zie § 1.4) overgenomen. Dit oordeel kwam erop neer dat een partij-akte geboden zou zijn. Indien de keuze voor een privaat gerecht of de vastlegging van de uitspraak in een proces-verbaalakte nog niet is overeengekomen, dan geldt de weg van de partij-akte (zie § 4.1.1 en 4.1.2). Het gaat in ons onderzoek om een geheel andere situatie waarin de keuze voor het private gerecht reeds rechtsgeldig was overeengekomen, het private gerecht bevoegd is om het geschil te beslechten en het toepasselijke procesreglement reeds voorziet in de waarnemende rol van de notaris. Voor die situatie is een proces-verbaalakte geschikt.

Artikel 43 lid 1 Wna biedt strikt genomen geen wettelijke basis voor de *Belehrungspflicht* jegens de 'objecten van waarneming' bij een proces-verbaalakte. De objecten van waarneming hebben immers geen rol bij de tot stand koming van de akte; zij zijn geen comparanten en behoeven deze niet mede te ondertekenen. De akte heeft authenticiteit door de enkele ondertekening door

439 Tuchtkamer Notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815.

de notaris. De notaris legt in de akte slechts vast wat hij heeft waargenomen. Er is in het geheel geen sprake van comparanten die nog rechtsgevolgen zullen scheppen door ondertekening, zodat artikel 43 lid 1 Wna op hen niet van toepassing kan zijn. Wel is het mogelijk dat de notaris heeft waargenomen dat er rechtsgevolgen zijn gecreëerd door verklaringen (zoals door de hoogste bieder op een veiling) of dat er rechtsfeiten zich hebben voorgedaan. Dit betreffen dan eveneens voltooide rechtsfeiten op het moment dat de proces-verbaalakte wordt gepasseerd. Het feit dat de betrokkenen de akte niet mede ondertekenen heeft geen betekenis voor de bewijskracht van de verbintenissen die op hen rusten. Deze worden dwingend bewezen uit de proces-verbaalakte.

6.1.4 De onderzoeksplicht bij de proces-verbaalakte als uitvloeisel van artikel 17 lid 1 Wna

Dit neemt niet weg dat de notaris ook bij het passeren van de proces-verbaalakte gehouden is om onderzoek te doen. Dit onderzoek verricht hij naar ons oordeel echter niet uit hoofde van artikel 43 lid 1 Wna, althans niet rechtstreeks, maar uit hoofde van artikel 17 lid 1 Wna. Immers, op grond van artikel 17 lid 1 Wna is de notaris gehouden zijn ambt in onafhankelijkheid uit te oefenen en 'de belangen van *alle bij de rechtshandeling betrokken partijen* op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen'.

Het te verrichten onderzoek van de notaris raakt gedeeltelijk de objecten van waarneming, zoals de bezoekers van een veiling of de procespartijen bij een private procedure. Het wordt echter uitgevoerd vanuit een andere invalshoek en op een andere grondslag dan artikel 43 lid 1 Wna. Het onderzoek ziet primair op de vraag of de notaris de opdracht kan aanvaarden en hij zichzelf mitsdien bevoegd acht om de akte te passeren (zie § 2.7.4, 3.1.1-3.1.4 en 4.3-4.4).

Zoals wij zagen is het onderzoek van de notaris voornamelijk pro-actief. Een positieve uitkomst van het onderzoek ten aanzien van de voorvraag (zie § 2.7.4) is vereist voor de beslissing om de opdracht te aanvaarden. Het gaat erom (i) of partijen vrijwillig en ondubbelzinnig afstand hebben gedaan van de toegang tot de overheidsrechter, en (ii) in hoeverre het private gerecht van hun keuze voldoet aan de overige waarborgen van artikel 6 EVRM waarvan partijen géén afstand hebben gedaan (zie § 2.2-2.6).

Het feit dat het gerecht waarschijnlijk één van de partijen (deels) in het gelijk zal stellen, doet hieraan niet af. Dat maakt rechtspraak op zichzelf niet partijdig en werkt evenmin partijdigheid in de hand. Wel kan de notaris de lat hoog leggen, zeker bij consumentengeschillen, rond de vraag of het private gerecht er als neutrale derde op gericht is om misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht te voorkómen. De notaris kan daarbij gewicht toekennen aan de feiten en omstandigheden van het geval, zoals de vraag of partijen vanuit een eigen, veilige omgeving online procederen, in begrijpelijke taal, en in hoeverre een ongelijkheid in financiële middelen een voordeel in de rechtsstrijd oplevert. Zo zal de notaris dienen te beoordelen in hoeverre de procesgang is gericht op de opheffing van ongelijkheid, door bijvoorbeeld een eenvoudige, overzichtelijke procedure in begrijpelijk Nederlands of dat de ongelijkheid juist in de hand gewerkt wordt door complexe procedures die voor de gemiddelde burger door het taalgebruik zeer moeilijk zijn te vol-

gen.⁴⁴⁰ Het is niet uitgesloten dat de notaris vaststelt dat juist geen gelegenheid wordt geboden tot misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht, maar dat er sprake is van een verbetering van de positie van de “zwakkere partij” ten opzichte van traditionele arbitrage of het procederen bij publieke gerechten. Daarbij kan de ene partij de andere partij immers overheersen door het opwerpen van complicaties in het procesverloop, met alle consequenties voor de doorlooptijd, begripelijkheid en financiën van dien.⁴⁴¹ Uit het vorenstaande wordt duidelijk dat de invalshoek van het onderzoek weliswaar een andere is, maar dat de inhoud wel degelijk zie op de mate van consumentenbescherming.

Een andere centrale vraag betreft de vraag of de rol van de notaris is opgenomen in de veilingvoorwaarden of, in het geval van rechtspraak, in het procesreglement waardoor de betrokkenen zijn geïnformeerd over de waarnemende rol.

De notaris kan de opdracht niet aanvaarden indien hij meent dat hij niet in staat is om de belangen van alle betrokkenen te behartigen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Hoewel wij dit artikel in de literatuur niet zijn tegengekomen in relatie tot de zorgplicht bij een proces-verbaalakte, menen wij dat de stelling verdedigbaar is dat de belangenbehartiging van de notaris bij het passeren van een proces-verbaalakte gezien kan worden als uitvloeisel van de *Belehrungspflicht*. Deze belangenbehartiging geldt daarbij niet jegens de comparanten maar jegens de opdrachtgever(s) en andere betrokkenen, met inbegrip van de ‘objecten van waarneming’.

Het behartigen van de belangen van alle betrokkenen wil niet zeggen dat de notaris expliciet een persoonlijke informatieplicht heeft jegens elke individuele bezoeker van de veiling over de inhoud van de veilingvoorwaarden, de procedures en over de eventuele rechtsgevolgen. Om die reden menen wij dat de notaris tijdens het biedingsproces (het moment waarop rechtshandelingen plaats hebben) niet controleert of elke individuele bidder de veilingvoorwaarden heeft begrepen en de reikwijdte van zijn bod (met alle bijkomende voorwaarden en kosten van dien) volledig overziet. Het behartigen van de belangen van alle betrokkenen brengt wel mee dat de notaris zich ervan zal vergewissen of de bezoekers kennis hebben kunnen nemen van de veilingvoorwaarden en procedures voordat zij hun biedingen doen, en of een gemiddelde bezoeker de inhoud daarvan begrijpt en dus de rechtsgevolgen van eventuele biedingen kan overzien.

De informatieplicht geldt derhalve meer in het algemeen, waarbij de notaris zich een oordeel vormt of de informatie duidelijk is. Voor het overige geldt de juridische fictie dat bezoekers zich in het veilingproces hebben verdiept en bij vragen contact hebben opgenomen met de organisatie van de veiling en/of de notaris zelf. Op deze wijze behartigt de notaris de belangen van alle betrokkenen, met inbegrip van de ‘objecten van waarneming’.

440 Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010, Jongbloed 2014; vgl. *Eenvoudige procedures voor eenvoudige geschillen* 2007, *Pensioen in Duidelijke Taal* 2012 en Brink-Baggerman 2014.

441 Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010.

Door het toegenomen belang van de zorgplicht in de afgelopen jaren lijkt de ontwikkeling in gang gezet waarbij de notaris niet alleen desgevraagd, maar al uit eigen beweging, de bezoekers van de veiling in algemene zin voor het biedingsproces informeert over de verschuldigdheid van de voor rekening van de koper komende belastingen, kosten en lasten. Op deze wijze wordt vermeden dat er ongeldige biedingen worden gedaan of biedingen worden waargenomen waarvan achteraf blijkt dat de wil afwijkt van de verklaring.

In hoeverre een individuele bidder de uitleg werkelijk begrepen heeft zal de notaris niet per individu vooraf controleren en dit wordt ook niet in een (partij-)akte vastgelegd als voorwaarde voor het meedoen aan het biedingsproces.

6.1.5 De onderzoeksplicht ex artikel 2 Wna als onderdeel van de zorgplicht

De notaris zal – om de vraag te kunnen beantwoorden of hij een daartoe strekkende opdracht tot waarnemen van een gerechtelijke procedure kan aanvaarden – een onderzoek dienen in te stellen naar het instituut in kwestie, de processuele regels. Dit is hij vanuit zijn onafhankelijke en onpartijdige ambtsvervulling verplicht. Feitelijk handelt de notaris niet anders dan bij een veiling, waarbij hij de veilingvoorwaarden zal doornemen om te bezien of deze in overeenstemming zijn met wet- en regelgeving en goede gebruiken, maar ook om te bezien of de waarnemende rol van de notaris in de voorwaarden is begrepen.

Dit onderzoek zal hij echter mede vanuit zijn zorgplicht naar de procespartijen doen en invulling willen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de zorgplicht. Hij zal zelf willen vaststellen dat de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure, voordat hij overgaat tot de vastlegging van de beslissing in de proces-verbaalakte.

Ten aanzien van de onderzoeksplicht van de notaris wijzen wij erop, dat hij bij het passeren van de akte beschikt over een uitgebreid dossier. Hij zal niet uitsluitend behoeven af te gaan op de enkele mededeling van de bindend adviseur of arbiter over een procedure tussen twee partijen. Hij kan dit aan de hand van de inhoud van het dossier ook zelf verifiëren. Hierbij gaat op dit punt in het bijzonder om de volgende stukken: (i) de hoofdovereenkomst tussen de procespartijen, waarin de keuze voor private rechtspraak als nevenbeding in de algemene voorwaarden is opgenomen. Hierin dient een verwijzing te staan naar het toepasselijke procesreglement waarin is voorzien in de waarnemende rol van de notaris; (ii) het oproepingsexploot van de gerechtsdeurwaarder, waaruit de naleving van artikel 6:236 sub n BW moet blijken; (iii) de notaris kan de procedure feitelijk waarnemen en het procesverloop controleren aan de hand van het logboek; (iv) het bindend advies of het arbitrale vonnis aan de hand waarvan de notaris het procesverloop eveneens kan controleren. Door deze verklaring van het gerecht kan de notaris tevens het bestaan en de omvang van eventuele verbintenissen constateren die op de procespartijen rusten.

6.2 DE ONDERZOEKSP LICHT BIJ EEN PRIVAAT GERECHT

In deze paragraaf gaan wij in op de onderzoeksplicht van de notaris ten aanzien van een privaat gerecht. De structuur van deze paragraaf is als volgt. Ten eerste onderzoeken wij de manier van toetsing door de notaris, in vergelijking met de toetsing door de publieke gerechten. In § 6.2.1 bespreken wij daarbij de toetsing op organisatieniveau. Wij behandelen vervolgens in § 6.2.2 de toetsing op dossierniveau. In § 6.2.3 trekken wij conclusies over de invulling van het leerstuk van de zorgplicht binnen de private rechtspraak. Ten tweede vergelijken wij in § 6.2.4 de toetsing door de notaris met die door de publieke rechtspraak.

6.2.1 De toetsing op organisatieniveau

In relatie tot de vraag of de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure zal de notaris zich een oordeel moeten vormen over de wijze waarop het betreffende private gerecht is ingericht. Deze toetsing is preventief. Wij noemen dit de toetsing op “organisatieniveau.” Om die reden is het van belang dat de notaris zich verdiept heeft in de inrichting van het proces en de waarborgen rond het betreffende private gerecht, en zich ervan heeft overtuigd dat het private gerecht er als neutrale derde zelf volledig op is gericht om ongelijkheid in financiële middelen en juridische kennis tussen partijen op te heffen. Dit zal de notaris doen door bestudering van het procesreglement en overige informatie, die is gegeven op de website van het private gerecht. Het is niet uitgesloten dat hij kennis maakt met en zich persoonlijk laat informeren door het bestuur voordat hij de opdracht aanvaardt om procedures waar te nemen en zijn waarnemingen vast te leggen. Ook zal hij zich wellicht een oordeel willen vormen over de werving- en selectiecriteria. Hij zal deze informatie kunnen vergelijken met de lijst van geschilbeslechers of arbiters om zich ervan te overtuigen dat de praktijk aansluit bij de eisen op papier. De notaris zal op grond van deze informatie moeten vaststellen of het private gerecht in alle redelijkheid die maatregelen heeft getroffen die nodig zijn voor juridisch kwalitatief hoogwaardige beslissingen door onpartijdige rechters binnen een onafhankelijk instituut. Alleen de notaris die zich van de kwaliteit en integriteit van het private gerecht heeft overtuigd, zal in een concreet geval de opdracht tot waarneming en vastlegging van de gerechtelijke procedure kunnen aanvaarden.

6.2.2 De toetsing op dossierniveau

Vervolgens zal de notaris volgen hoe de procespartijen zich onderling gedurende het proces hebben gedragen. Wij noemen dit de toetsing op “dossierniveau”. Aan deze toetsing komt een notaris echter pas toe, nadat hij zich op voorhand op organisatieniveau een positief oordeel had gevormd over de waarborgen van een behoorlijk proces en de bevordering van de gelijkwaardigheid van partijen in de rechtsstrijd (“*equality of arms*”). Het feit dat tegen zeer lage kosten rechtsbijstand kan worden verkregen gedurende de procedure, waar een procespartij gebruik van kan maken, zal de notaris hierbij kunnen meewegen. Vanaf het moment dat de zaak in de procedure bij het betreffende private gerecht “onder de rechter” ligt, valt niet in te zien op welke manier een procespartij nog enig voordeel zou kunnen behalen door juridische onkunde en feitelijk overwicht.

De aard van rechtspraak brengt immers mee dat de uitkomst van het geschil buiten de macht van partijen is gelegen. Immers, anders dan bij schikkingsonderhandelingen (*negotiation* en *mediation*), hebben de partijen hun eigen posities en standpunten verruimd voor het oordeel van het private gerecht.

De notaris kan verder aan de hand van het dossier vaststellen en in het concrete geval nogmaals toetsen, dat partijen destijds – dat wil zeggen voordat hun keuze voor het betreffende private gerecht als gevolg van artikel 6:236 sub n BW onomkeerbaar is geworden – daadwerkelijk voldoende waren “belehrd” over de procedure, met inbegrip van de vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte. Dat de partijen voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de procedure is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris, die het bindend advies daartoe in een proces-verbaalakte zal vastleggen, kan de notaris vaststellen aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige informatie (met inbegrip van het procesdossier), alsmede het feit dat zij destijds voldoende waren geïnformeerd over de afdwingbaarheid van de einduitspraak van het betreffende private gerecht. Dit is niet anders dan dat de notaris bij het waarnemen van een veiling dient vast te stellen of de bezoekers ervan van tevoren voldoende waren geïnformeerd over zijn eigen rol, het biedingsproces en de rechtsgevolgen van het hoogste bod.

6.2.3 Conclusies over de invulling van de zorgplicht

Wij hebben hiervoor beschreven op welke wijze de notaris invulling kan geven aan het leerstuk van de zorgplicht binnen private rechtspraak. De notaris voert een preventieve toets uit op organisatieniveau, en hij toetst op dossierniveau. Met deze invulling wordt niet alleen aan het doel en de strekking van het leerstuk recht gedaan, maar beschermt de notaris ook de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte. Immers, door zijn rol wordt de toetreding tot het rechtsbestel door nieuwe private gerechten zonder voorafgaande toetsing van hun kwaliteit en integriteit onmogelijk. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is dit een aanvullende bescherming, die van belang is voor een ieder en niet alleen voor de procespartijen zelf. Wij achten dit dan ook een zinvolle rol voor het notariaat. Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd, dat de notaris door de manier van toetsing invulling kan geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*.

6.2.4 De marginale toets door de notaris vergeleken met die door de publieke rechter

Indien wij de manier van toetsing door de notaris vergelijken met de toetsing door de publieke rechter komen wij tot het volgende overzicht: (1) bij de publieke rechtspraak vindt geen preventieve toets op organisatieniveau plaats; (2) bij de publieke rechtspraak is de toets op dossierniveau beperkt: de procedure wordt niet waargenomen en het logboek niet gecontroleerd; (3) bij het bindend advies is er een procedure op hoor en wederhoor; (4) bij arbitrage wordt het exequatur verleend na beoordeling van het arbitrale vonnis ex artikel 1062 Rv.

De waarborgen voor de consument vloeien derhalve niet zozeer voort uit de rechtstreekse *Belehrung* door de notaris zelf, maar in de preventieve toetsing of de gedaagde van tevoren voldoende is *belehrt* door het instituut waar geprocedeerd wordt. Daarbij dient de notaris de belangen van alle betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen.

Wij constateren dat de rol van de notaris leidt tot een verbetering in de vorm van een preventieve toets op organisatieniveau, en een verbetering van de toets op dossierniveau. Het resultaat van de medewerking van het notariaat aan private rechtspraak is daarmee per saldo een verbetering van de toetsing ten opzichte van de huidige praktijk bij bindend advies van artikel 3:296 j° 7:900 BW, en het exequatur bij arbitrage ex artikel 1062 lid 1 Rv.

6.3 DE INFORMATIEPLICHT BIJ DE VASTLEGGING VAN DE UITSPRAAK

In deze paragraaf gaan wij nader in op de persoonlijke informatieplicht van de notaris bij de vastlegging van het bindend advies of het arbitrale vonnis de proces-verbaalakte. In § 6.3.1 gaan wij in op de informatieplicht binnen het wettelijk stelsel van het procesrecht. Wij onderzoeken in § 6.3.2 de informatieplicht binnen het wettelijk stelsel van de proces-verbaalakte. In § 6.3.3 behandelen wij de informatieplicht ten aanzien van feiten van algemene bekendheid. In § 6.3.4 gaan wij in op de informatieplicht ten aanzien van rechtsgevolgen die niet afwijken van de wet. In § 6.3.5 trekken wij conclusies over de persoonlijke informatieplicht binnen private rechtspraak.

6.3.1 De informatieplicht bij de keuze voor private rechtspraak

Wanneer partijen ten overstaan van de notaris nog geen keuze hebben gemaakt en samen een keuze willen maken voor private rechtspraak, dan kunnen zij zich wenden tot de notaris. Hij zal de partij-akte opstellen. Daarbij geldt het leerstuk van de *Belehrungspflicht* onverkort. Dit betekent dat de notaris een persoonlijke informatieplicht heeft. Dit is de situatie van § 4.1.1.

6.3.2 De informatieplicht bij een reeds bevoegd privaats gerecht

Wanneer partijen reeds een keuze hebben gemaakt voor een privaats gerecht, maar het procesreglement voorziet niet in de waarnemende rol van de notaris, dan kunnen zij zich wenden tot de notaris en ten overstaan van hem verklaren dat zij prijs stellen op de waarnemende rol van de notaris en vastlegging van de uitspraak. De notaris zal daartoe de partij-akte opstellen. Daarbij geldt het leerstuk van de *Belehrungspflicht* onverkort. Dit betekent dat de notaris een persoonlijke informatieplicht heeft. Dit is de situatie van § 4.1.2.

6.3.3 De informatieplicht bij het passeren van de proces-verbaalakte

Wanneer de notaris een opdracht aanvaardt van het instituut of het scheidsgerecht of de geschilbeslechter, in de situatie dat de keuze voor private rechtspraak is gemaakt bij onderhandse akte en definitief en onomkeerbaar is geworden, terwijl het procesreglement reeds voorziet in de waarnemende rol van de notaris, heeft de notaris de rechtsgevolgen te respecteren. De procespartijen behoeven dan hun gemaakte keuzes niet opnieuw te bevestigen in een partij-akte. Er is dan geen sprake van een persoonlijke informatieplicht van de notaris. Binnen de context van overheidsdwang is de informatieplicht schriftelijk en is de gedaagde niet verplicht is om hiermee zijn voordeel te doen door de stukken van de gerechtsdeurwaarder in ontvangst te nemen, te luisteren naar een persoonlijke toelichting, of zelf de stukken door te lezen en via de aangegeven telefoonnummers aanvullende vragen te stellen als er onduidelijkheden zijn (artikel 45 e.v. Rv, zie § 2.3.1). De wijze waarop aan deze informatieplicht invulling is gegeven blijkt uit de tekst van het deurwaardersexploot ex artikel 2 Gdw jo artikel 45 e.v. Rv. Het exploot kan ook bijlagen, zoals een specificatie van de vordering en een bijsluiter bevatten.

De notaris kan niettemin additionele voorwaarden stellen bij het aanvaarden van de opdracht tot waarneming van een private procedure en het vastleggen ervan in een proces-verbaalakte. Zo kan hij eisen stellen aan de inhoud van het oproepingsexploot. Daardoor kan hij een informatieplicht opleggen, waarbij hij de situatie nastreeft van een persoonlijke informatieplicht jegens de gedaagde alsof deze een comparant zou zijn bij een partij-akte ex artikel 43 lid 1 Wna. Wil deze vorm van *Belehrung* zinvol zijn, dan dient deze plaats te hebben voordat de rechtsgevolgen van de keuze voor private rechtspraak – zijnde (i) de bevoegdheid van het private gerecht, de toepasselijkheid van het procesreglement, met daarin (ii) de inhoudelijke beslissing in het rechtsgeschil en de wijze waarop tot afdwingbaarheid daarvan wordt gekomen – niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden. De notaris heeft daarbij de wettelijke voorschriften van artikel 6:236 sub n BW te respecteren.

Het vorenstaande brengt mee dat de informatieplicht daarom in beginstel schriftelijk dient te worden vervuld, voorafgaand aan de procedure en wel op het moment van de oproeping ex artikel 6:236 sub n BW dat omwille van de bewijskracht en de rechtszekerheid via de gerechtsdeurwaarder zou dienen plaats te vinden (zie § 2.3.2). Wanneer de notaris meent, dat hij niet uitsluitend zou mogen vertrouwen op de wettelijke informatieplicht van de gerechtsdeurwaarder, kan de notaris daarin nog een stap verder gaan. De notaris kan, als voorwaarde voor het aanvaarden van de opdracht, aan het instituut opleggen dat hij een expliciete verwijzing opgenomen wil zien naar een eigen website van de notaris, waarin de notaris zelf (eveneens) de gedaagde informeert over de gang van zaken bij het private gerecht, de werking van artikel 6:236 sub n BW, de rol van de notaris als waarnemer en de afdwingbaarheid van de uitspraak via de grosse van de notariële proces-verbaalakte op grond van het toepasselijke procesreglement. Op deze wijze kan de notaris ervoor zorgen dat de gedaagde goed voorbereid is op de procedure en zijn rechtspositie kent.

De situatie laat zich dan vergelijken met de rol van de notaris op een veiling, zoals bijvoorbeeld omschreven op www.veilingnotaris.nl, waarin onder het kopje ‘Kennissbank’ uitgebreide informatie wordt gegeven aan de potentiële bezoekers van een veiling. Het doel hiervan is evident: ervoor zorgen dat potentiële bidders goed voorbereid deelnemen aan een veiling, en een juist en volledig beeld hebben over de gang van zaken en eventuele bijkomende kosten. Op de website staat onder andere te lezen:

“Kopen op een veiling

“Goed voorbereid naar een veiling

“De aan- en verkoop van huizen, bedrijfsgebouwen en agrarische objecten vindt meestal ‘onderhands’ plaats, dat wil zeggen: koper en verkoper bereiken – al dan niet met hulp van een makelaar – onderling overeenstemming over het object en de voorwaarden (waaronder de prijs) waarvoor gekocht of verkocht wordt. Een verkoop via een veiling (ook wel aangeduid als: openbare verkoop) wijkt drastisch af van de gangbare regels, reden om u vooraf goed te oriënteren. Op deze webpagina zullen wij proberen een beeld te schetsen van de gang van zaken op een veiling en de voorbereidingen die daarvoor (moeten) worden getroffen. Tevens zullen de verschillende termen die op een veiling gebruikt worden nader worden uitgelegd.

“Vrijwillige of executoriale veiling

Een veiling kan vrijwillig zijn, maar zal vaak plaatsvinden op last van ‘de bank’. Als de bank van oordeel is dat een cliënt niet langer aan zijn verplichtingen kan voldoen, kan zij opdracht geven aan een notaris om tot openbare verkoop over te gaan van het huis, bedrijfspand of schip of de (agrarische) grond, waarop een recht van hypotheek is gevestigd (zie voor een nadere uiteenzetting over het recht van hypotheek het onderdeel: financiering van een aankoop). Er wordt in dat geval ook wel gezegd dat de bank ‘tot executie overgaat’, vandaar de term ‘executoriale verkoop’.

...”

Deze benadering leidt naar ons oordeel tot twee nieuwe rechtsvragen. De eerste rechtsvraag is wat deze vorm van persoonlijke informatie toevoegt in de verhouding tot de gerechtsdeurwaarder. Met andere woorden: waarom de notaris niet zou mogen vertrouwen op de wettelijke informatieplicht van de gerechtsdeurwaarder, die uit hoofde van zijn ambt is belast met het oproepen van partijen voor gerechtelijke procedures (ofwel rechtstreeks ex artikel 111 Rv, ofwel via een procesreglement of onderhandse overeenkomst waarbij de tussenkomenst van de gerechtsdeurwaarder is overeengekomen)? De tweede rechtsvraag is wat deze vorm van persoonlijke informatievervalsing toevoegt indien het private gerecht al een veel eenvoudiger rechtsgang aanbiedt in begrijpelijke taal.

Wij menen dat de notaris deze rechtsvragen zelf zal dienen te beantwoorden. In het kader van de eerste vraag wijzen wij er daarbij op dat de KBvG bijsluiters heeft opgesteld ter nadere informatie van gedaagden, zie <https://www.kbvg.nl/1149/ik-heb-schulden/juridische-bijsluiters.html>. In de praktijk werken gerechtsdeurwaarders met zelfstandig opgemaakte bijsluiters voor private rechten. Bovendien heeft de KBvG op de website een rubriek met veelgestelde vragen, zie <https://www.kbvg.nl/1149/ik-heb-schulden/veelgestelde-vragen.html>.

www.kbv.nl/1186/veelgestelde-vragen.html. Daarnaast wijzen wij erop dat er ook een nadeel is aan alle vormen van informatieverstrekking. Een gedaagde consument in het voortraject van een gerechtelijke incassoprocedure wordt vaak al weken, meestal: maanden, geïnformeerd (*belehrd*) over zijn rechtspositie. Hij is al met veel professionele partijen in aanraking gekomen. Wij noemen als voorbeelden die zich jegens een gedaagde kunnen voordoen en in de praktijk zich soms nu al allemaal voordoen: (1) de herinneringsbrief van de schuldeiser, (2) de aanmaningsbrieven van de schuldeiser, (3) de aanmanings- c.q. sommatiebrieven van een extern incassobureau, (4) de aanmaningsbrieven c.q. de sommaties van een gerechtsdeurwaarder, (6) de oproeping van de gerechtsdeurwaarder voor een privaat gerecht, (7) de informatiemail van het private gerecht met informatie over het procesverloop, de toegang tot het procesdossier. De notaris zou mogelijkerwijze de vijfde partij – naast de crediteur, het incassobureau, de gerechtsdeurwaarder en het private gerecht – kunnen zijn met wie de consument wordt geconfronteerd, met potentieel een achtste vorm van informatievoorziening. De praktijk leert dat de belangrijkste vragen van de consument zijn gelegen in de sfeer van een tijdelijke of meer structurele betalingsonmacht. De notaris zal hem niet verder kunnen helpen met vragen als ‘ik wil een betalingsregeling afsluiten’. De consument zal zich verward voelen indien hij aangespoord wordt om contact op te nemen met de notaris, en vervolgens door de notaris weer wordt terugwezen naar de gerechtsdeurwaarder.

Wij merken op ten aanzien van de tweede rechtsvraag dat de begrijpelijkheid van de dienstverlening een onderwerp is dat veel aandacht heeft. Op 17 juni 2015 heeft de notaris van het Gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat het winkelbedrijf Hema door mocht gaan met de notariisservice waarbij partij-akten worden gepasseerd na een grotendeels digitaal voortraject. Deze notarissen benadrukken de voordelen van digitale dienstverlening vanwege de begrijpelijkheid, zie <http://www.bureautaal.nl/nieuws/hema-notariisservice-begrijpelijke-taal-in-notarile-akten-230>:

“Eén van de voordelen van de akten van de Hema notariisservice is dat de notarissen van de Hema deze in begrijpelijke taal geschreven hebben. Klanten van de Hema notariisservice kunnen daardoor online hun eigen akten samenstellen door een aantal vragen te beantwoorden. Daarna kunnen ze de akten lezen en zelf beoordelen of in de akte staat wat zij bedoelen.

“Wat is het voordeel van notariële akten in begrijpelijke taal?

“De begrijpelijke taal in de akten van de Hema voorziet in een behoefte, ervaren notarissen:

- De klant vindt de HEMA-akten helder, prettig leesbaar en begrijpt het ook goed.*
- De akten zijn voor mensen makkelijk te lezen. Het voorziet in een behoefte.*
- Wij notarissen krijgen veel klachten: Kan dat niet wat simpeler? Maar deze teksten snapt iedereen.*
- De notarissen van de Hema hebben de HEMA-akten geschreven als een vraag-antwoordspel. Dat is Belehrung. Daar kunnen veel notarissen nog wat van leren.*
- Normaal leg ik de akte uit. In dit geval hoeft dat dus niet. Maar in het kader van de zorgplicht en de Belehrungspflicht moet je toch wel iets doen. Dus lees ik de tekst maar gewoon voor. Dat is het beste.*
- De tekst van de akten is zo eenvoudig dat ik goede vragen krijg. Dat gebeurde eerder nooit of bijna*

nooit.

- *Wij geven onze klanten schriftelijke toelichtingen bij de akten. Maar deze akte is de toelichting.*
- *Dit is zo begrijpelijk. Als je dit niet begrijpt, ben je wilsonbekwaam en mag je sowieso niet tekenen.”*

“Eenvoudige en leesbare akten

“In het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR 2014 2029) schreef notaris mr. E. van den Brink-Baggerman: ‘Ik denk dat het notariaat deze slag ook moet gaan maken en snel. Dat vergt moed. Het is slechts een kwestie van tijd dat de taal van de akte eenvoudig en leesbaar is. De klant waardeert een leesbare akte enorm. Het werkt drempelverlagend. Eenvoudig taalgebruik is in de digitale informatiesamenleving een must.’”⁴⁴²

De informatieplicht van de notaris jegens de gedaagde op het moment van het passeren van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak laat zich vergelijken met de informatieplicht van de waarnemende rol van de notaris op een veiling, maar dan in een situatie van dwang. Wij noemen als pendant van de in het ongelijk gestelde gedaagde procespartij, degene die als hoogste bieder op een veiling een onroerende zaak heeft gekocht maar toch wil afzien van de koop. Gesteld dat de koper op een andere – in zijn ogen nog aantrekkelijkere – onroerende zaak is gestuit, dan zal hij zoeken naar wegen om aan zijn gebondenheid aan de op de veiling tot stand gekomen koopovereenkomst te ontsnappen. Een dergelijke spijtoptant zal de akte niet mede-ondertekenen. Dit doet niet af aan het feit dat de akte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening van de notaris en dwingend bewijs vormt van het hoogste bod.

Dit geldt ook voor een procedure. Als voorwaarde geldt wel dat aan de partijen bekend was dat de notaris zou waarnemen en dat de uitspraak wordt vastgelegd als executoriale titel (zie § 3.1.3, § 4.4.6 en § 5.3.2). Daarvoor is het nodig dat deze rol is verankerd in het procesreglement, en dat deze ook kenbaar is gemaakt aan de procespartij bij aanvang van de termijn van artikel 6:236 sub n BW, zodat de gedaagde willens en wetens de keuze kan maken tussen (1) het private gerecht volgens de daartoe vastgelegde regels in het procesreglement en (2) de publieke rechtspraak.

6.3.4 De informatieplicht ten aanzien van feiten van algemene bekendheid

De notaris die achteraf, na afloop van de gerechtelijke procedure, een partij wenst te informeren dat de keuze voor een privaot gerecht meebrengt dat de prestaties afgedwongen kunnen worden, biedt daarmee informatie die binnen een rechtsstaat als bekend mag worden verondersteld. Het beginsel dat de nakoming van een overeenkomst via rechtspraak, privaot of publiek, (uiteindelijk) kan worden afgedwongen, ligt principieel ten grondslag aan alle overeenkomsten. Het afdwingen van de prestaties uit hoofde van een overeenkomst is een kenmerk van de rechtspraak en volgt uit de contractsvrijheid en het vertrouwensbeginsel. Het is een pijler onder de rechtsstaat. Ten aanzien van dergelijke feiten van algemene bekendheid bestaat geen *Belehrungspflicht*.⁴⁴³ De *Belehrungspflicht* ziet nadrukkelijk op nieuwe rechtsgevolgen. Dit sluit aan bij artikel 149 lid Rv

⁴⁴² Van den Brink-Baggerman 2014, p. 746.

⁴⁴³ Anders: Kraan 2012 (zie § 5.4.6)

waarin staat dat feiten of omstandigheden van algemene bekendheid alsmede algemene ervaringsregels door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag mogen worden gelegd, ongeacht of zij in de procedure zijn gesteld door de procespartijen; zij behoeven geen bewijs.⁴⁴⁴

6.3.5 De informatieplicht ten aanzien van rechtsgevolgen die niet afwijken van de wet

De notaris heeft evenmin een zorgplicht terzake van de vraag of de uitspraak van het private gerecht wel afdwingbaar zal zijn of niet. De uitspraak van een privaats gerecht zal altijd afdwingbaar zijn, ofwel via de proces-verbaalakte ofwel via de publieke rechter ex artikel 3:296 BW jo 7:900 BW (zie § 1.1). In beide gevallen is een aanvullende rechtshandeling vereist (een opdracht aan de notaris respectievelijk het starten van een nakomingprocedure van het bindend advies), en het rechtsgevolg blijft gelijk. De informatie van de notaris voegt niets toe aan wat de procespartijen al weten of behoren te weten, na alle inspanningen om de regels die van toepassing zijn op het proces – vergelijkbaar met de gang van zaken bij een veiling – duidelijk uit te leggen aan diegenen die het betreft.

Het feit dat een private rechter in plaats van een publieke rechter uitspraak heeft gedaan, al dan niet bij verstek, is niet meer dan het reeds ingetreden, voltooide, dwingende rechtsgevolg ex artikel 6:236 sub n BW j° artikel 45 e.v. Rv. Bovendien had de gedaagde de keuze tussen de kantonrechter en het betreffende private gerecht, maar is deze termijn al lang verstreken op het moment dat de notaris het bindend advies zal vastleggen in de proces-verbaalakte. De afdwingbaarheid van de uitspraak van het private gerecht is geen nieuw te scheppen rechtsgevolg; er wordt slechts uitvoering gegeven aan de rechtsgevolgen van reeds voltooide rechtshandelingen van de procespartijen uit het verleden.

6.3.6 Conclusies over de informatieplicht binnen private rechtspraak

Op grond van regels zoals vastgelegd in de wet en onze analyses daarvan, mogen wij concluderen dat een persoonlijke informatieplicht bij vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte overbodig is en tegen het wettelijk stelsel ingaat. Het is overbodig, omdat deze informatieverstrekking in deze fase van het gerechtelijke proces niets toevoegt aan wat de procespartijen al weten of behoren te weten. Het is voorts in strijd met de systematiek van de proces-verbaalakte omdat er voldoende inspanningen zijn verricht om het toepasselijke procesreglement kenbaar te maken aan de partijen, vergelijkbaar met de gang van zaken bij een veiling, waarna de medewerking van de objecten van waarneming niet is vereist. Het is in strijd met het wettelijk stelsel van rechtspraak, omdat aan de veroordeelde procespartij ten onrechte wordt verzocht om vrijwillige medewerking, terwijl de wet bij rechtspraak uitgaat van dwang. De afdwingbaarheid van de uitspraak van het private gerecht is geen nieuw te scheppen rechtsgevolg; er wordt slechts uitvoering gegeven aan de rechtsgevolgen van reeds voltooide rechtshandelingen van de procespartijen uit het verleden. De notaris is wel gehouden tot onderzoek vanuit artikel 17 lid 1 Wna en artikel 2 Wna. Niettemin staan aan de notaris allerlei manieren ten dienste om – onverplicht – de mogelijkheid te bieden tot

444 Pitlo/Barents en Krans 2011, p. 31.

een persoonlijke informatieverstrekking. Een persoonlijke informatieve rol van de notaris jegens procespartijen leidt tot nieuwe vragen, vooral de vraag hoe deze rol zich verhoudt tot de wettelijke informatieplicht waarmee de gerechtsdeurwaarder is belast.

6.4 HET ANTWOORD OP DE DERDE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk behandelden wij de derde onderzoeksvraag. Deze vraag luidt als volgt. *Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de Belehrungspflicht bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte?*

Om de vraag te kunnen beantwoorden hebben wij ten eerste teruggerepen op § 3.6 waarin wij de kern van dit leerstuk hebben weergegeven. In § 6.1 hebben wij vastgesteld, dat de leer van de notariële zorgplicht is ontwikkeld om misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tegen te gaan, en daarmee rust een taak op de notaris om eventuele machtsongelijkheid te compenseren. Daarbij hebben wij vastgesteld dat dit leerstuk niet van toepassing is op private rechtspraak. Vervolgens hebben wij geconstateerd dat de notaris niettemin invulling zal kunnen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk. Hiermee wordt niet alleen aan het doel en de strekking van het leerstuk recht gedaan, maar beschermt de notaris ook de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte.

Het antwoord op de derde onderzoeksvraag luidt derhalve dat het leerstuk van de *Belehrungspflicht* naar zijn aard niet toepasselijk is op een gerechtelijke procedure, maar dat de notaris uit hoofde van zijn onafhankelijk en onpartijdige ambtsvervulling ex artikel 17 Wna invulling zal geven door zijn onderzoeksplicht. De notaris die over wil gaan tot het waarnemen van een procedure en het passeren van de proces-verbaalakte zal aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige beschikbare informatie (met inbegrip van het procesdossier), moeten hebben vastgesteld, dat er geen sprake is (geweest) van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tijdens de procedure.

Wat betreft zijn onderzoeksplicht: de notaris zal moeten kunnen vaststellen dat de partijen tijdig – te weten: voordat hun keuze onomkeerbaar is geworden ex artikel 6:236 sub n BW, bijvoorbeeld door het oproepingsexploit van de gerechtsdeurwaarder – en voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de gerechtelijke procedure is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris. Nadat de bevoegdheid van het private gerecht onomkeerbaar is geworden door het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW kan de *belehrung* naderhand het rechtsgevolg niet meer ongedaan maken. Hiermee heeft de notaris invulling gegeven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*. De notaris heeft niettemin mogelijkheden om een eigen informatieve rol op zich te nemen. Hij kan dit als voorwaarde verbinden bij het aanvaarden van de opdracht.

In de proces-verbaalakte worden geen nieuwe rechtshandelingen meer gecreëerd door partijen maar legt de notaris slechts vast wat hij heeft waargenomen.

7 | DE INVLOED VAN ICT-TOOLS

Wij behandelen in dit hoofdstuk (in § 7.1 – 7.4) de vierde onderzoeksvraag. OV4 luidt als volgt. *In hoeverre beïnvloeden ICT-tools de waarneming van de procedure door de notaris?* Daarna behandelen wij (in § 7.5) de invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming bij de inhoudelijke beoordeling van een geschil.

In § 3.2 en § 4.4.3 hebben wij vastgesteld dat de notaris in een proces-verbaalakte (uitsluitend) zijn eigen waarnemingen mag vastleggen. Het is duidelijk dat in de praktijk van alledag zich menselijke beperkingen voordoen aan het vermogen om langdurig waar te nemen. Onderzoeken wijzen uit dat het concentratievermogen na enige tijd sterk afneemt. Bij *online* activiteiten gebeurt dit soms al na 9 seconden.⁴⁴⁵ Bij middelbare scholieren is gemeten dat in het klaslokaal de aandacht voor de les afneemt na 10 minuten.⁴⁴⁶ Er wordt tegelijkertijd gewezen op het feit dat (i) het vluchtige internetgedrag samenhangt met de filterende werking van het brein die vereist is om te beoordelen of de aangeboden informatie van belang is voor de betrokkene, en (ii) de aandacht voor hetgeen de leraar vertelt langer opgebracht kan worden door leerlingen vanuit hun eigen intrinsieke motivatie.⁴⁴⁷ Vervolgens constateren wij dat er grote aandacht is voor de ondersteuning van *ICT-tools* binnen het onderwijs als instrument om de aandacht van de leerlingen langer vast te houden zodat zij betere resultaten kunnen bereiken.⁴⁴⁸ Zelfs indien wij er voor ons onderzoek van uitgaan dat een gemiddelde notaris de benodigde concentratie kan opbrengen om gedurende twee uur onafgebroken waar te nemen, dan nog is die periode te kort. Een gerechtelijke procedure duurt enkele weken, maanden of nog langer.

In dit hoofdstuk onderzoeken wij daarom eerst de waarneming van de procedure door de notaris aan de hand van de vierde onderzoeksvraag. Wij bespreken in § 7.1 de menselijke beperkingen aan het langdurig waarnemen. Vervolgens behandelen wij in § 7.2 het waarnemen van een procedure door de notaris. Wij trekken in § 7.3 conclusies over de betekenis van de IT-applicatie voor de waarneming door de notaris. In § 7.4 beantwoorden wij de vierde onderzoeksvraag.

7.1 DE MENSELIJKE BEPERKINGEN AAN HET LANGDURIG WAARNEMEN

In § 7.1.1 behandelen wij de spanning tussen het beperkte menselijk vermogen tot waarneming in relatie tot de duur van een procedure. Vervolgens onderzoeken wij in § 7.1.2 hoe in de praktijk van gerechtelijke procedures met deze spanning wordt omgegaan.

445 Volgens het National Center for Biotechnology Information (NCBI) is onze aandachtsspanne in de afgelopen dertien jaar gedaald van 12 naar 8 seconden; zie ook Small e.a. 2012.

446 Mayes 2008; Mullender-Wijmsa e.a. 2015.

447 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/1834682.stm>; <http://www.sitepoint.com/what-the-heck-happened-to-our-attention-spans>;
<http://tweakers.net/nieuws/21891/gemiddelde-surfer-heeft-concentratieboog-goudvis.html>; <http://www.voxweb.nl/concentratieboog/>; www.shortspan.com.

448 Trenaman 1951; Novak 1954; Vermunt 1992; Dawabi e.a. 2003; Scheele 2005; Pargas 2006; Milne 2007.

7.1.1 Het vermogen tot waarneming en de duur van een procedure

Het uitgangspunt bij het vermogen tot waarneming is in de 19^e en 20^e eeuw geweest dat de notaris in een proces-verbaalakte (uitsluitend) zijn *eigen* waarnemingen mag vastleggen en dat hij dit zo nauwkeurig en getrouw mogelijk moet doen (zie § 3.2 en § 4.4.3). Over het proces-verbaal van vergadering merkt Buijn tegen het einde van de 20^e eeuw nog op dat de notaris niet kan volstaan met een uitgetypte versie van een bandopname van de vergadering, omdat dat het tot diens ambtsplicht behoort van ‘het gebeuren’ een ordelijk verhaal te maken.⁴⁴⁹ K. Wiersma citeert dit oordeel van Buijn en noemt het terecht.⁴⁵⁰ Wij achten dit uitgangspunt logisch in een tijd waarin er aanvankelijk (in de 19^e eeuw) *geen enkele* technische ondersteuning was bij de menselijke waarneming, en later (het grootste deel van de 20^e eeuw) de ondersteuning zeer beperkt was (in de vorm van een eenvoudige geluidsopname). De waarneming door de notaris in persoon (als een “persfotograaf”) was in die context onontbeerlijk om van een nauwkeurig en getrouw verslag van ‘het gebeuren’ te kunnen spreken, in de zin van een verslag met een hoge mate van nauwkeurigheid (§ 3.1.3).

In de huidige tijd is dit anders. Tegenwoordig kan door het gebruik van digitale camera’s het gebeuren tijdens een vergadering in beeld en geluid van seconde tot seconde volledig worden vastgelegd, waarbij geen enkele hoek van de zaal wordt uitgesloten.⁴⁵¹ Elk mobiele telefoon bevat tegenwoordig een digitale camera met een zeer behoorlijke tot goede kwaliteit beeld en geluidweergave. Hierdoor zijn er twee veranderingen in onze tijd. Ten eerste is de vastlegging van een vergadering eenvoudig te realiseren. Ten tweede leveren de video-opnames een accurate en complete weergave in beeld en geluid, ook zonder schriftelijke verslaglegging of samenvatting door de notaris. Wij plaatsen hierbij twee eigen observaties over de kwaliteit van de vastlegging. Ten eerste constateren wij dat er door het totaal aan beeld- en geluidsfragmenten in de gehele zaal meer kan worden vastgelegd over het gebeuren dan wanneer een enkele notaris waarneemt; hij zal immers beperkt zijn in zijn waarneming omdat hij zich slechts op één plaats in de zaal bevindt, en vaak op een vaste plaats. Ten tweede merken wij op dat het totaal aan videobeelden en geluidsopnames een meer objectieve verslaglegging biedt, omdat de notaris (of welke aanwezige persoon dan ook) altijd een eigen keuze maakt en een eigen kleuring geeft bij zijn samenvatting of verslag. Dit is onvermijdelijk, al was het maar door de keuze in hetgeen hij opneemt dan wel weglaat. Het valt verder niet uit te sluiten dat een notaris een eigen interpretatie of kleuring toevoegt, bedoeld of onbedoeld.

449 Buijn 1987, p. 173.

450 Veegens/Wiersma 1988, p. 157.

451 Scheidsrechters van wedstrijden van American football werden al langere tijd ondersteund door video-opnames; dit gebruik is overgenomen bij hockeywedstrijden. Ook bij voetbalwedstrijden wordt vaker gebruik gemaakt van video-opnames. Van deze mogelijkheid wordt vooral gebruik gemaakt indien de scheidsrechter niet zeker is over zijn waarnemingen. Afhankelijk van de situatie kunnen de strijdende partijen verzoeken om een herbeoordeling van de gegeven beslissing aan de hand van de gemaakte video-opnames.

Zoals hiervoor vermeld, zal een gerechtelijke procedure weken, maanden of jaren in beslag nemen. Het is daarom menselijkerwijs niet te verwachten, dat een notaris (welke dan ook) in staat zal zijn om gedurende die periode onafgebroken actief te blijven om zodoende het proces zelf integraal te volgen. Op een aandeelhoudersvergadering is het wel mogelijk. Deze begrenzing aan de menselijke capaciteit geldt niet alleen voor de notaris, maar voor alle betrokkenen die participeren in de gerechtelijke procedure. Het geldt derhalve voor de private rechter, die zich evenals de notaris een oordeel moet vormen over het procesverloop, de standpunten van partijen, de manier waarop zij aan de bewijslast voldoen, om vervolgens een einduitspraak te doen in het geschil. Het probleem geldt uiteraard in gelijke mate voor de procespartijen bij de procedure. Andere waarnemers, zoals journalisten die een bepaald proces willen volgen om hiervan verslag te doen, hebben eveneens te maken met de fysieke beperkingen om langdurig en onafgebroken waar te nemen.

Wij mogen derhalve concluderen dat de menselijke beperkingen niet uniek zijn in relatie tot de notaris, maar gelden voor alle betrokkenen bij een procedure, in welke hoedanigheid dan ook.

7.1.2 De praktijk van gerechtelijke procedures

Vanwege de menselijke beperkingen aan het onafgebroken aanwezig zijn in de betreffende hoedanigheid gedurende weken, maanden of jaren stellen wij vast dat in de praktijk een dergelijke continue aanwezigheid kennelijk niet vereist wordt, en berust op een juridische fictie. Immers, in de praktijk vinden deze procedures plaats op van tevoren vastgestelde tijden, en participeren publieke en private rechters, de procespartijen en hun raadslieden op een volwaardige manier hierin. Hierna onderzoeken wij op welke manier in de praktijk een oplossing is gevonden voor de fysieke beperkingen om onafgebroken waar te nemen.

Als voorbeeld van een *offline* procedure noemen wij een procedure bij het NAI. Afgaande op de bepalingen in het reglement van het NAI varieert de duur van een procedure. De lengte hangt af van verschillende omstandigheden. Wij noemen (i) de complexiteit van de zaak, (ii) het aantal partijen, (iii) de standpunten die deze partijen innemen, en (iv) eventuele procesafspraken tussen partijen. Het gaat in de praktijk al snel om procedures die jaren in beslag nemen. Hierin is niet begrepen de tijd die vereist is voor de benoeming van de arbiters.

De oplossing bij dergelijke *offline* procedures wordt als volgt gevonden. Gedurende het proces worden momenten vastgesteld voor het indienen van processtukken en het houden van zittingen. Procedures bij andere private gerechten en bij de publieke rechtspraak verlopen min of meer conform dit klassieke model. Bij de publieke rechtspraak wordt voor de verschillende proceshandelingen gewerkt met een rol. Hierop wordt de zaak op- en afgevoerd, bijvoorbeeld voor de uitwisseling van processtukken. Staat de zaak niet in de rol, dan wordt het procesdossier bewaard en bewaakt door de griffie, zodat het niet mogelijk is om informatie toe te voegen of te verwijderen. Staat de zaak voor een beslissing van de rechter, dan berust het dossier in zijn macht.

Bij een *online* procedure werkt dit anders. Door het *online* karakter is het digitale procesdossier gedurende acht weken, 24 uur per dag, zeven dagen per week, geopend. De procespartijen hebben digitale wijzigingsrechten voor hun deel van het procesdossier, afhankelijk van hun rechten gedurende het proces. De bewaking van die rechten wordt door de software afgedwongen. Indien de termijn verstrijkt, lukt het de procespartij in kwestie van het ene op het andere moment niet meer om inhoud toe te voegen of te verwijderen. Partijen zijn derhalve niet gebonden aan een moment waarop argumenten en bewijs naar voren worden gebracht binnen de daartoe gestelde termijn. Blijft het verweer van de gedaagde uit gedurende de daarvoor gestelde termijn, dan wordt verstek verleend.

Bij de *online* procedures vinden wij derhalve de oplossing voor de menselijke beperkingen aan het langdurig waarnemen in het feit, dat elke wijziging in het procesdossier wordt geregistreerd in een logboek, dat te allen tijde kan worden geraadpleegd door de private rechter, de procespartijen en de notaris. Hierdoor vervalt de noodzaak om van minuut tot minuut te volgen of er wijzigingen in het dossier zijn aangebracht, zoals dit op de door Buijn aangehaalde *offline* vergadering wel het geval is. Het online procesdossier bevat een complete weergave van 'het gebeuren'. De notaris mist geen informatie uit eigen waarneming door raadpleging achteraf, zoals hij deze mogelijk wel zou missen bij lezing van notulen van een vergadering die hij zelf niet heeft bijgewoond. Hoewel Buijn zijn opmerking in 1987 terecht heeft geplaatst, concluderen wij dat de situatie bij een online procedure meebrengt dat de notaris wel (uitsluitend) mag afgaan op het logboek en de inhoud van het procesdossier.

Samengevat mogen wij concluderen dat een traditionele *offline* procedure formeel lange tijd in beslag kan nemen, gerekend vanaf het aanbrengen van de zaak tot en met het eindvonnis, maar dat materieel het procesdossier op bepaalde momenten wordt geopend voor wijzigingen. Buiten die momenten ligt de zaak in praktische zin onaangetast binnen het gebouw van de publieke rechtspraak. Bij een *online* procedure loopt de zaak etmaal na etmaal door, gedurende een aantal weken, waarbij op elk gewenst moment wijzigingen kunnen worden aangebracht. De integriteit van het dossier wordt bewaakt doordat (i) partijen binnen termijnen die door de software worden afgedwongen, wijzigingen kunnen aanbrengen in het dossier, en (ii) elke wijziging wordt geregistreerd in het logboek. Door het logboek ontstaat de mogelijkheid van controle achteraf en vervalt de noodzaak om het procesverloop onafgebroken te volgen.

7.2 HET WAARNEMEN VAN EEN PROCEDURE

Wij behandelen in § 7.2.1 het waarnemen van een gerechtelijke procedure in de schriftelijke fase. In § 7.2.2 gaan wij in op het waarnemen van een zitting. Wij onderzoeken in § 7.2.3 het waarnemen en vastleggen van de uitspraak. In § 7.2.4 behandelen wij de vastlegging van een procedure zonder (volledige) eigen waarneming.

7.2.1 De schriftelijke fase

Vanuit de in § 7.1.2 beschreven praktische gang van zaken bij *offline* procedures, merken wij op dat de notaris die een proces wil waarnemen niet aanwezig hoeft te zijn bij elke rolhandeling, om te kunnen vaststellen of het procesdossier al dan niet wordt gewijzigd. Hij kan ook achteraf inzage krijgen in het procesdossier, namelijk op het moment dat de fase van het uitwisselen van processtukken eindigt en de zaak, te weten: het originele procesdossier, onder de (publieke of private) rechter komt voor vonnis.

Op dezelfde manier is het voor de notaris die een *online* procedure wil waarnemen, niet vereist dat hij etmaal na etmaal zijn computerscherm “ververst” om na te gaan of er een wijziging is opgetreden in het elektronische procesdossier. Hij kan eenvoudigweg, met de toegangscode en de bijbehorende rechten, achteraf het logboek raadplegen om de mutaties vast te stellen. Hij kan deze vergelijken met de inhoud van het procesdossier om vast te stellen dat deze twee bronnen van informatie met elkaar overeenstemmen.

Op het eerste gezicht levert de vergelijking tussen de waarneming van beide vormen van procederen in de schriftelijke fase daarom geen noemenswaardige verschillen op. Toch zijn deze er wel. Wij noemen er twee.

Het eerste verschil betreft de mutaties van een procesdossier. Bij een online gerecht kande toegang tot het elektronische dossier worden beperkt tot diegenen aan wie inloggegevens zijn verstrekt. Daarbij kan een keuze worden gemaakt naar aanleiding van de hoedanigheid van de betrokkene, waardoor deze slechts de rechten verkrijgt die bij zijn rol passend zijn. Zo zal de waarnemende notaris geen wijzigingsrechten nodig hebben voor zijn taak, maar uitsluitend het recht tot inzage. Bovendien is er slechts één elektronisch dossier. Er zijn geen kopieën van het dossier in omloop binnen het private gerecht. Hierbij is aangenomen dat de applicatie voorziet in een adequaat *back-up* systeem dat verder niet toegankelijk is. Binnen het ene beschikbare dossier worden alle wijzigingen, in de zin van toevoegingen en onttrekkingen, in een logboek bijgehouden. Dit logboek is zichtbaar voor alle betrokkenen en wordt door de software afgedwongen, in de zin dat de procespartijen (of wie dan ook) geen mogelijkheid hebben om wijzigingen aan te brengen zonder dat dit wordt geregistreerd. Dit logboek is onzes inziens een positief verschil ten opzichte van het beheer van een fysiek procesdossier. Immers, aan een fysiek dossier kunnen ongemerkt stukken toegevoegd en onttrokken worden. Daarom is een papieren dossier meer vatbaar voor menselijke slordigheden en manipulatie dan een digitaal dossier. Kenners van de informaticawereld zullen het nodige tegen deze constatering in kunnen brengen, maar al met al heeft de digitale beveiliging voordelen en is zij gemakkelijker dan de fysieke beveiliging.

Het tweede verschil is dat papieren dossiers kunnen verdwijnen. Zij kunnen bijvoorbeeld “zoek” raken, of meegenomen worden naar huis om vervolgens per ongeluk (in de trein of in een taxi) achtergelaten te worden. Papieren dossiers kunnen ook ontvreemd worden. Bij digitale dossiers is het zoekraken bijna niet mogelijk (zeker niet als er een adequaat back-up systeem gebruikt

wordt). Wij merken op dat digitale dossiers eveneens kunnen worden ontvreemd, maar dit is niet eenvoudig. Er zal dan sprake zijn van een opzettelijke aanval, die alleen kan plaatsvinden door gespecialiseerde hackers die de beveiliging weten te omzeilen. De kans op digitale ontvreemding is kleiner dan de kans op fysieke ontvreemding, omdat daarvoor technische kennis is vereist. Echter, als een digitale inbraak succesvol is, is de schade meestal groter omdat meer dossiers tegelijkertijd kunnen worden geraakt. Bij een diefstal van papieren dossiers spelen fysieke belemmeringen een rol, zoals de beveiligingsmaatregelen in het gebouw van de publieke rechter, de omvang van een dossier en de mogelijkheden van transport. Wanneer het gaat om het gebruik van explosieven of om brandstichting, spelen die belemmeringen niet en kunnen wel in één keer veel dossiers tegelijkertijd worden aangetast. Bij *online* dossiers geldt in dergelijke situaties als voordeel dat door de “back-up” systemen het dossier kan worden hersteld, ook na diefstal of brandstichting. Dat voordeel is niet aanwezig bij papieren dossiers. Die zijn in dergelijke gevallen voor altijd vernietigd, omdat het ondoenlijk is om van elk papieren dossier (dagelijks) een tweede “back-up” te maken.

7.2.2 De zitting

De *offline* zitting kan door de notaris worden bijgewoond, zodat hij de gang van zaken kan waarnemen en zijn waarnemingen kan vastleggen. Daarbij kunnen complicaties optreden. Wij noemen als voorbeelden (i) een chaotisch verloop van de zitting, (ii) onverstaanbare sprekers, (iii) gelijktijdige of interrumperende sprekers, of (iv) een gebrek aan concentratie aan de zijde van de notaris.

Van een zitting wordt bij de publieke rechter een samenvattend verslag gemaakt (het proces-verbaal). Dit verslag wordt aan het procesdossier toegevoegd. Op deze wijze valt achteraf een samenvatting van het gebeurde op de zitting in te zien. Dat is van belang voor alle betrokkenen, met inbegrip van de situatie waar de rechter die uiteindelijk vonnis wijst niet per definitie dezelfde is als de rechter die de zitting heeft geleid.

Ook bij *online* procedures kunnen in beginsel fysieke zittingen gehouden. Hoewel de geschilbeslechter die de uitspraak doet, in beginsel degene is die de zitting leidt, is de vastlegging van de zitting in het digitale procesdossier in het belang van alle betrokkenen. Wij noemen vijf bestaande mogelijkheden om de gang van zaken tijdens de zitting vast te leggen, zodat de vastlegging aan het dossier kan worden toegevoegd. De eerste mogelijkheid is de fysieke waarneming door de notaris, die zijn waarnemingen van de zitting vastlegt in een proces-verbaalakte. Deze proces-verbaalakte wordt *gescand* en in digitale vorm toegevoegd aan het dossier. De tweede mogelijkheid is een verslag opgesteld door de arbiter, dat mede ondertekend wordt door de procespartijen. Hiermee heeft het verslag tussen de partijen dwingende bewijskracht (artikel 157 lid 2 Rv). De procespartijen zijn niet verplicht om het verslag te ondertekenen. In dat geval heeft het verslag vrije bewijskracht (artikel 152 Rv). De derde mogelijkheid is een verslag door de arbiter, al dan niet ondertekend door de procespartijen, samen met een geluidsopname van de zitting. De vierde mogelijkheid is

een (beeld- en) geluidsopname van de zitting. De eerste twee genoemde mogelijkheden hebben dwingende bewijskracht (zie § 3.3). Mogelijkheid drie en vier hebben weliswaar geen dwingende bewijskracht jegens die procespartij die niet mee ondertekent, maar de waardering van twee bronnen zal elke twijfel over het procesverloop wegnemen. Tegenbewijs is slechts denkbaar indien aannemelijk is dat de beeld- of geluidsfragmenten zijn bewerkt (vervalst). In andere gevallen zal het praktisch gezien vrijwel uitgesloten zijn dat een procespartij tegenbewijs kan leveren over wat hij tijdens de zitting heeft gezegd, indien de (beeld- en) geluidsopname dit uitwijzen, en de juistheid van de opname kan worden bevestigd door de arbiter, de procespartij en de notaris. Een vijfde mogelijkheid is dat de notaris de zitting bijwoont, en de beeld- en geluidsopnames incorporeert in zijn proces-verbaalakte. Hiermee heeft de vastlegging de voordelen van de opnames, gecombineerd met de dwingende bewijskracht. De *ingescande* akte, en de audio en videobestanden worden aan het procesdossier toegevoegd.

Wij noemen vier voordelen van het opnemen van de zitting met beeld en geluid. Ten eerste vormt een opname het meest getrouwe en volledige verslag dat geproduceerd kan worden. Het is meer betrouwbaar en volledig dan de vastlegging in eigen bewoordingen van hetgeen een notaris (welke notaris dan ook) kan waarnemen. Daarbij geeft de opname een getrouw beeld van de sfeer, momenten van pauze, aarzeling of agitatie. Ten tweede kan bij een samenvatting door een rechter of notaris sprake zijn van eigen inkleuring of het leggen van accenten in de vastlegging. Bij een opname van de zitting blijven dergelijke persoonlijke inkleuringen en accenten achterwege. Ten derde kan bij twijfel over wat is voorgevallen, de opname opnieuw worden bekeken en beluisterd. Ten vierde kan de opname eenvoudig en onmiddellijk aan het procesdossier worden toegevoegd. Direct na de zitting is de opname gereed, zonder dat er nog menselijk handelen is vereist.

De mogelijkheid van *online*-zittingen, bijvoorbeeld via een *Skype* applicatie, maakt het vorenstaande niet wezenlijk anders. De notaris kan hierbij aanwezig zijn. Evenals bij een fysieke zitting moet de identiteit van de procespartijen buiten twijfel staan. Dat kan bij de zitting in geval van twijfel door het tonen van een geldig identiteitsbewijs. Bij online zittingen kan dit identiteitsbewijs digitaal worden getoond.

Samenvattend mogen wij concluderen dat de notaris zittingen kan waarnemen, ongeacht de vraag of deze offline of online worden gehouden. Het heeft voordelen om de vastlegging niet via een schriftelijke samenvatting van de rechter of de notaris te laten uitvoeren, maar via een beeld- en geluidsopname. Hiermee is het meest getrouwe, volledige en objectieve verslag voorhanden, dat bovendien onmiddellijk gereed is en toegevoegd kan worden aan een digitaal procesdossier.

7.2.3 De uitspraak

Voor het vastleggen van de uitspraak merken wij op dat de notaris niet lijfelijk aanwezig kan of mag zijn aan het bureau van de (publieke of private) rechter die het vonnis concipieert. Daarvoor zijn praktische redenen. Het vonnis kan in delen worden geschreven, op verschillende dagen

en tijdstippen. Bij een meervoudige kamer zal het vonnis door de verschillende rechters (gedeeltelijk) worden geschreven, herschreven of gecontroleerd. Bij eenvoudige vonnissen maakt de griffier een concept tekst. Er zijn ook principiële redenen. Bij het schrijven van het vonnis mag de rechter niet worden beïnvloed door gesprekken of meningen van anderen die het proces hebben waargenomen. Elke mogelijkheid of schijn tot overleg of beïnvloeding tussen rechter en notaris dient achterwege te blijven. De notaris zal, naar wij aannemen, daarom in alle gevallen (publieke of private rechtspraak, *offline* of *online*) eerst na het gereedkomen van de uitspraak een exemplaar daarvan ontvangen, deze lezen en vastleggen. Bij de *online* procedure kan de notaris aan de hand van het logboek vaststellen wanneer de uitspraak is toegevoegd aan het procesdossier.

Voor de volledigheid zullen wij vanwege de door ons onderzochte rol van de notaris bij private rechtspraak, een vergelijking maken met de gang van zaken bij de voorzieningenrechter bij arbitrage. Wij menen dat die rol van de voorzieningenrechter het meeste lijkt op de rol van de notaris bij de vastlegging van het bindend advies. Wij merken op dat in de praktijk van arbitrage van de voorzieningenrechter niet wordt verlangd dat hij het arbitrale proces heeft waargenomen. Integendeel, eerst na afloop van het proces wendt één van de procespartijen zich tot hem met het verzoek tot het verlenen van het exequatur. De betreffende beschikking wordt uitsluitend gebaseerd op een verzoekschrift, in combinatie met het originele arbitrale vonnis (zie artikel 1062 lid 2 Rv). De voorzieningenrechter zal derhalve de beschikking mogen verlenen op basis van niet meer informatie dan de inhoud van een verzoekschrift van één van de procespartijen en de uitspraak.

In vergelijking met de informatie en controlemogelijkheden van de voorzieningenrechter, beschikt de notaris bij de vastlegging van het bindend advies over een arsenaal aan controlemogelijkheden. De voorzieningenrechter heeft geen toegang tot het procesdossier, neemt de procesgang niet waar, maar gaat (uitsluitend) af op de inhoud van twee aan hem gepresenteerde documenten. De uitspraak zelf behoeft niet meer te zijn dan een kopie.

De notaris ontvangt de originele digitale uitspraak. Hierin is tevens het procesverloop vermeldt. Daarenboven beschikt hij over de controlemogelijkheden van het logboek voor het procesverloop, en heeft hij inzage in alle processtukken, waaronder het ambtsedig opgemaakt exploit ter inleiding van de procedure met dwingende bewijskracht. Hiermee kan de notaris met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststellen hoe het proces is verlopen, dat het is verlopen overeenkomstig het procesreglement, en welke uitspraak is gedaan.⁴⁵²

452 De mogelijkheid van de notaris om het volledige proces te kunnen volgen is (zie § 4.5.3) eerst ingevoerd na het advies van de KNB aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (zie Appendix B). Daarbij heeft de notaris een eigen toegang tot de IT-applicatie van e-Court gekregen. Tot die tijd baseerde de notaris zich voor het procesverloop uitsluitend op de schriftelijke verklaringen van e-Court in het bindend advies (op dezelfde wijze als de voorzieningenrechter bij arbitrage). Via het logboek is de verklaring van het gerecht over het procesverloop voor de notaris verifieerbaar geworden.

7.2.4 De vastlegging van een procedure zonder (volledige) eigen waarneming

Beschouwen wij de verschillen tussen de waarneming van offline en online procedures, dan constateren wij dat de ICT-ontwikkelingen tot grote veranderingen leiden als het gaat om (i) de rol van de notaris als waarnemer en (ii) de vastlegging door de notaris van die waarnemingen. Vroeger diende de notaris volledig te leunen en steunen op zijn eigen concentratievermogen, en op zijn interventievaardigheden voor het geval hij in chaotische situaties orde diende te scheppen. De kwaliteit van de vastlegging hing af van zijn eigen objectiviteit en schrijfvaardigheden. De tijd die gemoeid was met de vastlegging zal per notaris en per waargenomen evenement sterk hebben verschild.

Door de opkomst van digitale audio- en videowaarnemingen, en de mogelijkheden om audio- en videobestanden eenvoudig en snel te kunnen overdragen of te kunnen plaatsen op het internet, is er veel veranderd. De notaris die afgaat op het logboek van een beveiligd elektronisch procesdossier, kan de mutaties per seconde vaststellen. Aldus kan hij door controle achteraf geacht worden een procedure te hebben bijgewoond en deze uit eigen waarneming te hebben gevolgd. De ondersteuning van technologie maakt de fysieke aanwezigheid van de notaris overbodig. Evenmin dient hij onafgebroken wakker te blijven om een proceshandeling te constateren. De digitalisering leidt tot een snelle en nauwkeurige verslaglegging van de zitting.

Deze constatering is relevant in relatie tot het commentaar van de KNB op de rol van de notaris gericht aan de Minister van V&J van februari 2011 (zie Appendix B). Wij concluderen dat het commentaar op dit punt een nuancering behoeft als gevolg van de invloed van de ICT-tools op de waarneming – in de zin van de controleerbaarheid van het dossier op een door hem gekozen moment – door de notaris.

Deze handelwijze vinden wij terug in het wetsvoorstel executieveilingen, waarbij onder andere aan art. 519 Rv wordt toegevoegd dat de openbare verkoop ook ‘uitsluitend of gelijktijdig’ via internet kan plaatsvinden. Met een executoriale veiling van onroerende zaken via het internet verwacht men dat de veiling transparanter en voor een breder publiek toegankelijk is. Hierdoor wordt de opbrengst van de verkoop van onroerende zaken verhoogd.⁴⁵³ Bij deze online veilingen is de digitale waarneming door de notaris wettelijk vastgelegd.

7.3 CONCLUSIES OVER DE WAARNEMING EN DE ROL VAN ICT DAARBIJ

In § 7.3.1 trekken wij onze conclusie over de waarneming van de schriftelijke fase. In § 7.3.2 vermelden wij onze conclusie aangaande de waarneming van de zitting. Wij vermelden in § 7.3.3 onze conclusie over het waarnemen van de uitspraak. Wij behandelen in § 7.3.4 de conclusie over het vastleggen zonder (volledige) eigen waarneming.

⁴⁵³ *Kamerstukken II* 2012/13, nr. 33 484. De wet is vastgesteld op 15 oktober 2014, *Staatsblad* 2014, nr. 352; Zie ook Visser 2013.

7.3.1 Conclusie over de waarneming van de schriftelijke fase

Op grond van de overeenkomsten en de verschillen in de schriftelijke fase, concluderen wij dat de schriftelijke rondes via een *online* platform vanuit het oogpunt van integriteit en transparantie voordelen heeft. De rechter die uitspraak moet doen, en de notaris van wie de waarneming en procesbewaking wordt verlangd, hebben zekerheid over de toevoegingen en onttrekkingen van informatie aan het dossier. Het dossier bevindt zich op een plaats waar het menselijk gesproken niet kan zoekraken. Het risico van diefstal is offline en online niet uit te sluiten, maar kan door beveiliging worden bemoeilijkt. Bovendien zorgen “*back-up*” systemen ervoor, dat onvreemde of aangetaste digitale dossiers hersteld kunnen worden. Deze voordelen zijn niet alleen voor de rechter relevant, maar voor alle betrokkenen. Voor de waarneming van de notaris gelden zij eveneens. In beide gevallen kan de notaris de procedure waarnemen, op dezelfde manier als de arbiter dit doet.

7.3.2 Conclusie over de waarneming van de zitting

De notaris kan aanwezig zijn bij fysieke of online zittingen en deze waarnemen. In alle gevallen wordt de kwaliteit van de vastlegging gediend door gebruik te maken van hedendaagse opnames van beeld en geluid. Deze kunnen worden geïncorporeerd in de proces-verbaalakte.

7.3.3 Conclusie over de waarneming van de uitspraak

Voor de notaris is de verklaring van de bindend adviseur relevant, omdat de procespartijen hun standpunt hebben verruild voor het oordeel van de bindend adviseur. Door die verklaring wordt de rechtstoestand van de partijen bepaald (zie hiervoor hoofdstuk 3 en 5). Door het raadplegen van de uitspraak, en de controlemogelijkheden van het logboek, heeft de notaris met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vastgesteld welke uitspraak is gedaan. Hiervoor hoeft hij de procespartijen niet nader te ondervragen.

7.3.4 Conclusie over de vastlegging zonder (volledige) eigen waarneming

Door de opkomst van moderne technologieën kan de notaris het procesverloop volgen op grond van (i) de uitspraak (dit is de verklaring van het private gerecht), en (ii) de controlemogelijkheden van het logboek in het procesdossier. Door de ondersteuning van videocamera's, is er een letterlijk verslag beschikbaar van een zitting in beeld en geluid. Dit verslag is nauwkeurig en objectief. Bovendien is het onmiddellijk gereed. De notaris kan hierdoor achteraf het verloop van de zitting vaststellen. Zijn fysieke aanwezigheid op de zitting is daarmee niet langer vereist om toch te kunnen spreken van een nauwkeurige waarneming.

7.4 HET ANTWOORD OP DE VIERDE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk behandelden wij in § 7.1 – 7.4 de vierde onderzoeksvraag. Deze luidt als volgt. *In hoeverre beïnvloeden ICT-tools de waarneming van de procedure door de notaris?* De moderne technologie biedt ondersteuning en compensatie waar het menselijk vermogen tot langdurige

(nauwkeurige) waarneming is begrensd. De technologie waarborgt de nauwkeurigheid, volledigheid en objectiviteit van de verslaglegging. Bovendien is door de technologie de verslaglegging onmiddellijk gereed voor toevoeging aan het procesdossier, en kunnen de beelden achteraf wanneer noodzakelijk of wenselijk, (opnieuw) worden bekeken. Door de ondersteuning van technologie behoeft de notaris niet fysiek aanwezig te zijn om geacht te worden de procedure uit eigen waarneming te hebben gevolgd. De notaris kan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het procesverloop vaststellen op grond van (i) de uitspraak (dit is de verklaring van het private gerecht), en (ii) de controlemogelijkheden van het logboek in het procesdossier. Wij concluderen dat het commentaar van de KNB op de rol van de notaris gericht aan de Minister van V&J van februari 2011 (zie Appendix B) op dit punt een nuancering behoeft als gevolg van de invloed van de ICT-tools op de waarneming – in de zin van de controlebaarheid van het dossier op een door hem gekozen moment – door de notaris.

7.5 DE INVLOED VAN ICT-TOOLS OP DE RECHTSBESCHERMING

In § 7.5.1 geven wij een inleiding op het spanningsveld tussen kostenefficiëntie en rechtsbescherming. In § 7.5.2 behandelen wij de traditionele behandeling van incassozaken bij de overheidsrechter. In § 7.5.3 beschrijven wij het gebruik van ICT-tools voor verstekvonnissen. Wij behandelen in § 7.5.4 het principe van *algorithmic accountability*. In § 7.5.5 gaan wij in op het gebruik van ICT-tools bij verweervonnissen. In § 7.5.6 vermelden wij overige mogelijkheden voor monitoring en controle van incassozaken. Tenslotte vermelden wij in § 7.5.7 onze conclusie over de invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming bij de inhoudelijke beoordeling van een geschil.

7.5.1 Inleiding op het spanningsveld tussen kostenefficiëntie en rechtsbescherming

In ons onderzoek is op verschillende plaatsen naar voren gekomen dat de toepassing van ICT-tools leidt tot een efficiënte afhandeling van grote aantallen incassozaken, waarmee de rechtspraak in de huidige tijd wordt geconfronteerd. Deze aanpak heeft ontegenzeggelijk kostenvoordelen en is daarmee kostenefficiënt. Al eerder hebben wij erop gewezen dat kostenbeheersing op zichzelf naar ons oordeel bijdraagt aan de consumentenbescherming bij incassozaken (zie § 2.2.5). Maar er is meer.

Immers, de overige waarborgen van consumentenbescherming en rechtsbescherming mogen niet uit het oog worden verloren. Dit betreft (1) de kwaliteit van de rechterlijke controle, en – in het model wat wij voorstaan in dit proefschrift – (2) de controle door de notaris.

Daarbij stellen wij de in § 1.7.1 opgeworpen vraag centraal: hoe is het nu toch mogelijk dat ons model, met een actieve rol van de notaris (naast een eveneens actieve rol van de private rechter) wel werkt, terwijl de rechtsbescherming geen geweld wordt aangedaan. Hoewel wij in hebben opgemerkt dat de waarde van een wetenschappelijke theorie niet wordt bepaald door de kans op een succesvolle commerciële exploitatie ervan, menen wij niettemin dat wij in het kader van de rechtsbescherming wel dieper zouden moeten ingaan op deze vraag.

7.5.2 De traditionele behandeling van incassozaken bij de overheidsrechter

De traditionele behandeling van incassozaken bij de overheidsrechter bezien wij aan de hand van drie publicaties over een aantal jaren, te weten (1) één publicatie uit 2005, (2) één uit 2013 en (3) één uit 2016. In 2005 verscheen een krantenartikel in het Nederlands Dagblad⁴⁵⁴ dat de behandeling van verweerszaken bij de Rechtbank Amsterdam op de rolzitting beschrijft. De korte inhoud is als volgt. Van de honderden gedaagden komen er enkele tientallen opdagen om in persoon verweer te voeren. Het is ondoenlijk om de gedaagden één voor één op te roepen. Daarom worden ze per tientallen tegelijk in de rechtszaal binnengelaten. Aan een zaak kan een rechter hooguit enkele minuten besteden. De Amsterdamse kantonrechter Pennink geeft in het krantenartikel aan dat hij geregeld al binnen een halve minuut weet hoe hij zal oordelen, en dat wanneer er langere tijd wordt uitgetrokken voor de zaken, dit niet is zozeer gebeurt met het oog op de oordeelsvorming maar veeleer om de gedaagde de gelegenheid te geven zijn verhaal te doen. Voor kantonrechters is het normaal dat zij 100 zaken per dag afdoen. Volgens Van Dissel (in hetzelfde krantenartikel), destijds bestuurslid van de NVvR, gaat het bij dit soort bulkzittingen om lopende bandwerk. Uiteindelijk is het kantongerecht volgens hem een “veredelde veroordelingsmachine” (dit staat zo in het artikel). Over aspecten van privacy van de gedaagden wordt in het artikel niet gerept.

Een beschrijving uit 2013⁴⁵⁵ wijst uit dat de wijze van behandeling van incassozaken op de rolzitting in de periode 2005 - 2013 nauwelijks is veranderd.

“Uit een filmpje over de rolzitting dat enige tijd op rechtspraak.nl heeft gestaan, komt het volgende beeld naar voren. Alle gedaagden worden tegelijk de zittingszaal binnengelaten. Hun wordt om de beurt gevraagd of ze de vordering erkennen of verweer voeren, waarna de vervolgstap in de procedure wordt bepaald. In het filmpje wordt aangegeven dat het geen zin heeft voor gedaagde om te komen als hij de vordering erkent en een betalingsregeling wenst, omdat de kantonrechter geen betalingsregeling kan treffen. De mogelijkheid om mondeling verweer te voeren wordt genoemd, maar onder vermelding dat de voorkeur uitgaat naar een schriftelijk verweer. Dit filmpje geeft een realistische visie op de praktijk, in ieder geval de praktijk in Utrecht.”

In hetzelfde artikel wordt een pilot beschreven zoals die is gehouden in Utrecht.

“Het voorgaande is voor de rechtbank Utrecht aanleiding geweest om de invulling van de rolzitting te herzien. Om aan de verwachtingen van de betrokkenen tegemoet te komen, zijn we ze één voor één binnen gaan roepen en als uitgangspunt gaan hanteren dat op de rolzitting mondeling verweer wordt gevoerd. Met uitzondering van de gevallen waarin het verweer te uitgebreid of complex is en de gevallen waarin de betrokkene aangeeft zijn verweer liever zelf op schrift te willen zetten, zijn we het mondeling verweer gaan opnemen in een proces-verbaal. Sommige kantonrechters zijn thans

454 Bulkzaken geen gebakken eitjes 2005.

455 Van der Kraats 2013, p. 233.

al ruimhartig in de mogelijkheid om mondeling verweer te voeren, in Utrecht werd dit evenwel slechts sporadisch gedaan. Omdat de kantonrechter nu eenmaal geen betalingsregeling kan treffen en gedaagden veronderstellen de tegenpartij op de rolzitting te treffen, is gezocht naar een andere oplossing om ook aan die verwachtingen te voldoen. Omdat de deurwaarder in veel kantonzaken als gemachtigde optreedt, is in het kader van de pilot een van de grotere deurwaarders (GGN) gevraagd om op de rolzitting aanwezig te zijn. Niet alleen kon op die manier in het geval van erkenning van de vordering een betalingsregeling worden getroffen, maar ook konden – in zaken die zich daarvoor leenden – direct aansluitend aan de rolzitting worden gecompareerd. De deurwaarder was bereid daaraan mee te werken en op de rolzitting aanwezig te zijn met een laptop waarmee hij in zijn eigen systeem kon inloggen.”

Omwille van het streven naar doelmatigheid van civiele procedures (zie § 1.2.2) achten wij het relevant op te merken dat gemiddeld slechts vijf gedaagden die door de betrokken deurwaarder waren gedagvaard, daadwerkelijk op de rolzitting verschenen.⁴⁵⁶

Uit een artikel van 2016⁴⁵⁷ blijkt dat de praktijk van de rolzitting hetzelfde is gebleven als in 2005 en 2013. Tevens blijkt, dat overheidsrechters meer oog krijgen voor automatisering, hoewel men vreest dat de ‘menselijke maat’ eruit zal worden gezeefd.

In de drie artikelen wordt niet gesproken over de afdoening van verstekzaken. Dit zijn de zaken waar de gedaagde niet komt opdagen op de rolzitting en ook geen schriftelijk verweer voert. Wij merken daarover het volgende op. In de praktijk worden deze verstekzaken op de griffie ‘afgedaan’ (veelal: afgestempeld), vaak zonder dat er een rechter aan te pas komt. Daarbij worden de vorderingen in principe toegewezen aan de eisende partij (conform de regels van het burgerlijk procesrecht, zoals artikel 149 lid 1 Rv (tweede zin) en artikel 157 Rv).

Aannemende dat de drie artikelen adequate observaties zijn van de periode 2005 – 2016 moge het duidelijk zijn dat digitalisering en automatisering van groot belang zijn voor de publieke rechtspraak (zie § 1.2.2). De eerste stap daarin is het gebruik van ICT-tools voor verstekvonnissen.

7.5.3 Het gebruik van ICT-tools voor verstekvonnissen

In 2015 zijn twee artikelen verschenen over de verregaande toepassing van ICT-tools bij de behandeling van incassozaken bij e-Court.⁴⁵⁸ Kort gezegd worden de verstekzaken volledig digitaal gewezen, zonder nadere tussenkomst van een menselijke geschilbeslechter. Hiermee is e-Court het eerste private gerecht geweest dat sinds 2010 in de Nederlandse rechtspraak een computer ondersteunde beslisprocedure heeft gebruikt. Wij tekenen hierbij aan dat het een eerste, zeer eenvoudige toepassing is. Er is geen sprake van het gebruik van kunstmatige intelligentie waarbij op

456 Van der Kraats 2013, p. 235.

457 Bij de gewonemensenrechter 2016.

458 Nakad-Weststrate e.a. 2015a en 2015b

basis van selectie van reeds bestaande ‘*user-cases*’ en een vooraf geprogrammeerde beslisboom, de software zelf een eigen afgewogen en onderbouwd oordeel in een specifiek geval zal formuleren. Niettemin achten wij deze eerste toepassing een belangrijke stap. De Raad voor de Rechtspraak heeft die mening eveneens geuit.⁴⁵⁹

Om enig inzicht te geven in de wijze van het komen tot een beslissing, reproduceren wij in figuur 7.1 (Kenmerken van het e-Court systeem voor het wijzen van verstekvonnissen in incassoprocedures) de (Engelstalige) tabel “Table 4” uit de tweede publicatie (Nakad-Weststrate e.a. 2015b).

Figuur 7.1 toont de zeven kenmerken van het e-Court system⁴⁶⁰ voor het wijzen van verstekvonnissen in incassozaken. Het zijn:

1. de identificatie van de procespartijen;
2. het vaststellen van de bevoegdheid van het private gerecht;
3. de bewaking van de procedurele regels van het procesreglement;
4. de selectie van het juiste model voor vonnis;
5. het toewijzen van de gevorderde bedragen;
6. het produceren van het originele vonnis (met de juiste digitale ondertekening);
7. vaststellen dat de vordering niet ongegrond of onrechtmatig is.

Voor inhoudelijk informatie verwijzen wij naar het artikel.

Het gebruik van *ICT-tools* verklaart waarom kwalitatief hoogwaardige vonnissen kunnen worden gewezen op een kostenefficiënte wijze zonder dat de rechtsbescherming hieronder leidt. Via de software worden belangrijke toetsingen snel en foutloos uitgevoerd. Bij incassozaken geldt voorts dat er veel tijdswinst wordt behaald doordat de menselijke controles, bijvoorbeeld de controle van de algemene voorwaarden (zie punt 2), – die blijkens figuur 7.5 plaatsvinden voorafgaande aan de procedure – slechts één maal plaats behoeft te vinden terwijl de uitkomst gelding heeft voor tientallen of nog meer aanhangig gemaakte zaken. Er is sprake van een schaalvoordeel in de menselijke toetsing.

459 Robotrechter kan echte rechters ontlasten 2017, ‘Robotrechter’ kan straks routinezaken behandelen 2017.

460 Het gaat om het eerder gebruikte e-Court systeem. Per 1 januari 2017 heeft e-Court een volledig nieuw platform in gebruik genomen, zie <https://www.outsystems.com/case-studies/e-court/legal-sector-application/> en <https://www.computable.nl/artikel/opinie/maatschappij/6040543/1509029/it-maakt-rechtspraak-rechtvaardiger.html>.

Key Task in Debt Collection Proceedings under Dutch law	Characteristics of the e-Court System for rendering Default Verdicts in Debt Collection Proceedings	
	System Requirements	Nature Rule-Based / Frames and Semantic Nets / Case Based / External ES/ /Human Intervention
1. Identify the Parties, and verify their data (birth date, address)	Import the data from the documents (contract, copy of invoices) and verify the data against the state's formal registers.	External ES (court bailiff's) / Human Intervention (court bailiffs)
2. Establish competence of the court	(a) Review the contract for a forum choice; (b) Establish that the Defendant (i) was duly notified, (ii) did not use his right to evoke competence of the public court	(a) Human Intervention takes place prior to the admission of a Plaintiff to the e-Court system in a principal, pro-active manner rather than in a reactive case-by-case manner; (bi) External ES (court bailiff's expert system, (bii) External ES (court bailiff's expert system
3. Establish that the proceedings were held in accordance with the court's Arbitration Rules	E-Court System does not allow to deviate from the Arbitration Rules, and the Parties have editing rights for claim/ defense/ reaction/ final defense	Rule Based ES
4. Select correct template for a Default Verdict	In the absence of an uploaded defense into the e-Court system, the status of the case is Default. The selection of the template is linked to this status.	Case Based System Rule Based ESs
5. Award the claimed amounts	Due to the lack of defense the claim is awarded fully	Case Based System Rule Based ESs Semantic Networks
6. Produce the digitally signed original, as well as an unsigned copy of the completed verdict	Make the verdict available in PDF, and allow for the original document to be digitally signed.	Administrative Software
7. Determine that the claim is not unjust or unlawful		Human Intervention takes place prior to the admission of a Plaintiff to the e-Court system in a principal, pro-active manner rather than in a reactive case-by-case manner

Figuur 7.1 Kenmerken van het e-Court systeem voor het wijzen van verstekvonnissen in incassoprocedures.

7.5.4 Algorithmic transparency and accountability

Vanwege de mogelijkheden en de voordelen van het gebruik van *ICT-tools* betekent de introductie van digitale rechtspraak een breuk met de traditionele praktijk. Waar de menselijke rechter in het verleden de inkomende stukken gewapend met onder meer intuïtie, kennis en ervaring, en een rode pen op hun merites moest beoordelen, is het nu niet langer zinvol dat de menselijke rechter de kwaliteit van de nauwkeurige, digitale verstekvonnissen op dezelfde manier stuk voor stuk als het ware 'nakijkt'.

Dit heeft bij private rechtspraak consequenties voor de rol van de voorzieningenrechter bij het afgeven van een exequatur, maar ook voor de notaris van wie een actieve rol wordt verlangd in het voorliggende model. Hun controleren taken worden voor een belangrijk deel overgenomen door de computer, die de taken snel, nauwkeurig en foutloos kan uitvoeren. Het is daarbij van de belang dat de juiste toepassing van de algoritmen kan worden aangetoond.

Algorithmic transparency and accountability is een voorbeeld van een ontwikkeling waar de wetenschap overgaat in technologie.⁴⁶¹ Het gaat om bewezen betrouwbaarheid.

Wij merken op dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen enerzijds het gebruik van algoritmes voor *profiling* en anderzijds het gebruik van algoritmes voor het uitvoeren van juiste berekeningen. Onder *profiling* verstaan wij dat organisaties of commerciële bedrijven door analyse van data (veelal persoonsgegevens) consumenten proberen te categoriseren. Dit gebeurt aan de hand van grote hoeveelheden informatie over gebruikers naar leeftijd, geslacht, ras, postcode of andere kenmerken. Hierdoor kunnen organisaties klanten een ‘eigen ervaring’ bieden, of gericht advertenties voorleggen. In het onderzoek dat wij beschrijven wordt geen gebruik gemaakt van *profiling*. De algoritmes worden uitsluitend toegepast voor het maken van berekeningen (optellen, aftrekken, vermenigvuldigen en delen), zoals de berekening van incassokosten, de renteberekening, enz.

In de Verenigde Staten heeft de Association for Computing Machinery US Public Policy Council (USACM) op 12 januari 2017 het belang ervan kernachtig weergegeven in een “*Statement on Algorithmic Transparency and Accountability*” gepubliceerd.⁴⁶² De USACM vermeldt daarover het volgende:

“This set of principles, consistent with the ACM Code of Ethics, is intended to support the benefits of algorithmic decision-making while addressing these concerns. These principles should be addressed during every phase of system development and deployment to the extent necessary to minimize potential harms while realizing the benefits of algorithmic decision-making.”

Dit onderwerp valt buiten het kader van het proefschrift. Wij zullen het daarom hierbij laten.

7.5.5 Het gebruik van ICT-tools voor verweervonnissen

Bij verweervonnissen zal vooralsnog gebruik gemaakt worden van de menselijke rechter om de zaak te beoordelen. Ook in deze zaken heeft het gebruik van de software voordelen. De software kan zodanig worden ingericht dat onderdelen van het vonnis zoals (1) procesverloop, (2) de standpunten van partijen, (3) gevorderde bedragen automatisch en zonder menselijke tussenkomst worden gegenereerd. De tijd die een arbiter of geschilbeslechter aan het dossier besteedt, wordt daarmee gebruikt voor de kerntaken: (a) lezen van de stukken, (b) wegen van de argumenten en (c) het formuleren van de beslissing. Via eenvoudige schermen kan de behandelaar bedragen minoreren of bepaalde gevorderde bedragen vanwege onbetaald gelaten rekeningen afwijzen. Door de tijdsbesparing op eenvoudige zaken zal hij meer tijd hebben voor de behandeling van

461 Custers 2017; Custers en Leeuw 2017; Kroll e.a. 2017; Zarsky 2016; Barocas en Selbst 2016; Custers en Schermer 2014; Calders 2013; Calders en Zliobaite 2013.

462 https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf.

moeilijkere zaken. Wij verwachten dat kunstmatige intelligentie de rol van de menselijke rechter in de toekomst zal overnemen.

7.5.6 Overige monitoring en controle mogelijkheden

De digitalisering van juridische procedures heeft nog enkele andere voordelen. Bij het aanbrengen van de zaak kan de software automatische controles uitvoeren, zoals:

- (1) is er een oproeping, en zo ja van welke datum;
- (2) is er een WIK-brief, en zo ja van welke datum;
- (3) klopt de renteberekening;
- (4) zijn de buitengerechtelijke kosten niet te hoog;
- (5) is de gevorderde hoofdsom opvallend hoog;
- (6) bestaat de gevorderde hoofdsom uit opvallend veel factuurregels, of uit opvallend lage bedragen (wat kan duiden op verholde dossier-, administratie of andere kosten);
- (7) klopt de optelling van de bedragen;
- (8) zijn er oudere facturen onderwerp van geschil (artikel 3:307 e.v. BW);
- (9) is er een risico dat bij herhaling wordt geprocedeerd voor een enkele oudere factuur;
- (10) zijn alle verplichte velden met informatie (gegevens van partijen e.d.) correct ingevuld;
- (11) heeft dit factuurnummer met datum al eerder tot een vonnis geleid (dus niet intrekking of royerering van de procedure);
- (12) zijn er in de afgelopen [12] maanden meer procedures gevoerd tegen de betrokken gedaagde door dezelfde of door andere eisende partijen.

Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming achten wij alle bovenstaande controlevragen relevant. De controles kunnen per zaak binnen seconden worden uitgevoerd, voor *elk* van de aangeleverde zaken. Daarbij kunnen zaken ofwel direct worden afgekeurd (zie vraag 1, 2 en 10), ofwel automatisch worden gecorrigeerd (zie vraag 3,4, en 7), ofwel leiden tot een signaal voor verder onderzoek door menselijke controle (zie vraag 5, 6, 9, 11 en 12). Wij achten de controlevragen 11 en 12 belangrijke verbeteringen van de rechtsbescherming van een consument, omdat deze controles zonder het gebruik van *ICT-tools* eenvoudigweg niet uitvoerbaar zijn. Controlevraag 6 brengt eveneens een belangrijke verbetering van de rechtsbescherming van een consument mee, omdat deze controles hooguit steekproefsgewijs kunnen worden uitgevoerd zonder het gebruik van *ICT-tools*.

Voor alle bovengenoemde controles geldt dat zij niet uitvoerbaar zijn, althans niet voor alle zaken op een systematische, nauwkeurige wijze, zonder gebruik van *ICT-tools* dus enkel op basis van menselijke tussenkomst. Daarbij is de snelheid van behandeling lager en het risico op fouten (veel) hoger.

Daarnaast biedt de toepassing van *ICT-tools* de mogelijkheid voor verdere monitoring en controle, waardoor de rechtsbescherming verder wordt verbeterd.

7.5.7 Conclusies over de invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming

De invloed van ICT-tools op de rechtsbescherming van de consument beoordelen wij in drie fases van de procedure: (1) het voortraject van de procedure, (2) de mogelijkheid van verweer tijdens de procedure en (3) de kwaliteit van de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Wij hebben deze invloed derhalve onderscheiden van de kostenefficiency die leidt tot lagere kosten van een procedure en eveneens de rechtsbescherming van consumenten verbetert (zie § 2.2.5 en 2.6.8).

Hierdoor is duidelijk geworden dat het mogelijk is dat ons model, met een actieve rol van de notaris (naast een eveneens actieve rol van de private rechter) wel werkt, terwijl de rechtsbescherming geen geweld wordt aangedaan.

Alles overziende concluderen wij dat gezegd kan worden dat *ICT-tools* een positieve impact hebben op de rechtsbescherming, en dat hieraan voordelen zijn verbonden als het gaat om snelheid, rechtsgelijkheid, nauwkeurigheid en controleerbaarheid. Door de toepassing van *ICT-tools* kan de rol van de notaris resp. van de private rechter sneller, beter en nauwkeuriger worden uitgevoerd, op een voor alle betrokkenen controleerbare wijze.

8 | DE AFRONDING VAN HET ONDERZOEK

In dit proefschrift hebben wij onderzocht in hoeverre de notaris een rol toebedeeld kan krijgen in de moderne, online, private rechtspraak. Het op deze wijze inbedden van het notarieel recht in het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht werpt een aantal rechtsvragen op; deze zijn in de vorm van vier onderzoeksvragen geformuleerd. In de vorige hoofdstukken zijn deze onderzoeksvragen één voor één geanalyseerd en beantwoord. Er zijn verbanden gevonden en door ons gelegd. Er zijn daarnaast ook paradoxen aan het licht gebracht. Ogenscheinlijk tegenstrijdige situaties, die in lijken te gaan tegen de wijze waarop de notaris zijn ambt in de traditionele praktijk doorgaans vervult en dient te vervullen, bleken achteraf te kunnen worden verklaard door het onderscheid tussen de contractsvrijheid en de wettelijke systematiek van de rechtspraak, die behoort tot het domein van de overheidsdwang. Voorts is er samenhang gecreëerd tussen de verschillende wettelijke regelingen. In dit hoofdstuk komen wij tot een afronding van het onderzoek.

Wij geven in § 8.1 een samenvatting van de antwoorden op de vier onderzoeksvragen. In § 8.2 beantwoorden wij de probleemstelling. De probleemstelling luidt als volgt. In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaats gerecht op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? Wij komen op grond van de beantwoording van de probleemstelling in § 8.3 tot vier conclusies. Daarna brengen wij in § 8.4 zelfkritiek op het eigen onderzoek naar voren op grond van bestaande theorieën of opvattingen, en behandelen wij de door ons geformuleerde kritiek. In § 8.5 noemen wij een bij de zelfkritiek aan het licht gekomen vijfde paradox. In § 8.6 noemen wij vier onderwerpen die voor toekomstig onderzoek van belang zijn. In § 8.7 volgt het slot van dit proefschrift.

8.1 DE SAMENVATTING VAN DE ANTWOORDEN OP DE ONDERZOEKSVRAGEN

In deze paragraaf geven wij in § 8.1.1 tot en met § 8.1.4 een samenvatting van de antwoorden op de vier onderzoeksvragen die wij achtereenvolgens hebben behandeld in hoofdstuk 4 tot en met 7.

8.1.1 *De eerste onderzoeksvraag*

De eerste onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 4 en luidt als volgt. In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen? Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag is, dat de notaris door middel van de uitspraak kan vaststellen welke verbintenissen door de arbiter resp. de bindend adviseur zijn opgelegd aan de procespartijen. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 4.

8.1.2 *De tweede onderzoeksvraag*

Vervolgens is de tweede onderzoeksvraag in hoofdstuk 5 behandeld. Deze luidt als volgt. In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden

om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil? Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is dat de notaris aan de hand van (i) de overeenkomst tussen partijen en (ii) de naleving van artikel 6:236 sub n BW kan vaststellen dat partijen de wil hadden om te procederen bij een privaats gerecht. Kort gezegd is de situatie als volgt. De procespartijen worden op grond van het wettelijke systeem geacht te participeren in een gerechtelijke procedure. Dit geldt ook bij verstekzaken, omdat de wet rechtsgevolgen verbindt aan het niet afleggen van partijverklaringen (zoals het niet voeren van verweer) gedurende de procedure. De procedure wordt gevoerd overeenkomstig het procesreglement, waarin de rol van de notaris is verankerd, en dat kenbaar is voor de procespartijen. Op grond daarvan is de notaris gerechtigd om de door hem waargenomen rechtsfeiten – met inbegrip van blote rechtsfeiten – aan de procespartijen te relateren. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 5.

8.1.3 De derde onderzoeksvraag

De derde onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 6. Deze vraag luidt als volgt. Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de *Belehrungspflicht* bij de vastlegging van een private uitspraak in een proces-verbaalakte? Wij hebben daarbij vastgesteld dat het leerstuk strikt genomen niet van toepassing is, maar dat de notaris vanuit zijn onafhankelijke ambtsvervulling invulling zal willen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk. De notaris kan aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige beschikbare informatie (met inbegrip van het procesdossier) vaststellen, dat er bij het betreffende private gerecht geen sprake is van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tijdens de procedure. Ook kan hij vast stellen dat de partijen tijdig – te weten voordat hun keuze onomkeerbaar is geworden ex artikel 6:236 sub n BW – en voldoende zijn geïnformeerd over het feit, dat de procedure bij het private gerecht is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris. De notaris zal daartoe het bindend advies in een proces-verbaalakte vastleggen. Hiermee heeft de notaris invulling gegeven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*, voor zover van toepassing. De notaris toetst daarbij niet alleen op dossierniveau, maar voordat hij de opdracht van het private gerecht aanvaardt, toetst hij het private gerecht op organisatieniveau. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 6.

8.1.4 De vierde onderzoeksvraag

De vierde onderzoeksvraag is behandeld in hoofdstuk 7. Deze luidt als volgt. In hoeverre beïnvloeden ICT-tools de waarneming van de procedure door de notaris? Het antwoord op de vierde onderzoeksvraag luidt dat als gevolg van de ICT-tools de waarneming meer nauwkeurig en objectief kan geschieden, terwijl de fysieke aanwezigheid van de notaris niet vereist is. Hij kan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het procesverloop vaststellen aan de hand van (1) de uitspraak en (2) de controle van mutaties in het logboek van het procesdossier. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

8.2 DE BEANTWOORDING VAN DE PROBLEEMSTELLING

In deze paragraaf beantwoorden wij in § 8.2.1 de probleemstelling, welke in twee delen uiteenvalt. PS1 luidt: In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaats gerecht op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? PS2 luidt: In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een juridische procedure bij een privaats gerecht op grondslag van artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen? Daarna behandelen wij in § 8.2.2 tot en met § 8.2.7 de zes voorwaarden waaraan moet zijn voldaan in relatie tot private rechtspraak. In § 8.2.8 gaan wij in op de afgifte van de grosse. Daarmee is het antwoord op de probleemstelling compleet.

8.2.1 *Het antwoord op de probleemstelling*

Op grond van het vorenstaande luidt het antwoord op de probleemstelling als volgt. De notaris is wettelijk bevoegd in het kader van een procedure op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) of op grondslag van artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen, indien aan zes voorwaarden is voldaan. Wij hebben het onderzoek uitgevoerd aan de hand van een literatuurstudie en de analyse van onze bevindingen. Daarbij hebben wij vastgesteld, dat de notaris aan de hand van de door hem te verrichten toetsingen kan vaststellen in hoeverre aan deze zes voorwaarden is voldaan. Het maakt daarbij geen verschil of de notaris een *offline* of een *online* procedure waarneemt, of dat de procedure een mengvorm daarvan is. De voorwaarden worden hierna door ons één voor één opgesomd, in de volgorde waarin zij in ons onderzoek naar voren zijn gekomen.

8.2.2 *Het vereiste van (minimaal) één opdrachtgever*

De eerste voorwaarde is dat de notaris voorafgaande aan de procedure een opdracht moet hebben ontvangen van (minimaal) één opdrachtgever om de procedure op grondslag van bindend advies of arbitrage waar te nemen en zijn waarnemingen in een proces-verbaalakte vast te leggen, waarbij de grosse wordt afgegeven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen. Zodra deze opdracht door de notaris is aanvaard, is de eerste voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 4.

8.2.3 *Geen beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris*

De tweede voorwaarde is dat de notaris moet hebben vastgesteld dat er geen beperkingen zijn met betrekking tot het aanvaarden van de opdracht. De notaris zal daartoe voorafgaande aan het aanvaarden van de opdracht nagaan of zijn wettelijke bevoegdheid tot het waarnemen van de juridische procedure en het passeren van de proces-verbaalakte wordt beperkt. Wij hebben in § 3.1.3 zeven beperkingen genoemd. Deze beperkingen zijn later in ons onderzoek in § 4.4 uitgewerkt.

8.2.4 Het vaststellen van de partijwil in de context van rechtspraak

De derde voorwaarde is dat de notaris tijdens het waarnemen zich ervan zal moeten vergewissen dat de beide procespartijen de wil hebben gehad om te procederen bij het private gerecht volgens het procesreglement. Het gaat daarbij niet om de subjectieve partijwil van de twee procespartijen. Zij zijn immers geen comparanten. Het gaat om de op grond van artikel 6:236 sub n BW geobjectiveerde partijwil van de procespartijen. Laatstgenoemden kwalificeren als objecten van waarneming door de notaris. De uitnodiging om te procederen is dwingend, in de zin dat gelegenheid wordt geboden tot hoor en wederhoor voordat de uitspraak wordt gedaan. Indien de gedaagde echter niet verschijnt en geen verweer voert, verbindt de wet hieraan het rechtsgevolg van verstek. Op grond van het wettelijke systeem van het procesrecht kan niet gezegd worden dat de notaris verbaliserend zou optreden bij de vastlegging van een uitspraak bij verstek bij het private gerecht, indien de procespartijen over zijn rol tijdig zijn geïnformeerd. De gedaagde participeert evenzeer als de eiser in de gerechtelijke procedure. Deze participatie is het rechtsgevolg dat de gedaagde zelf heeft laten ontstaan. Van de notaris kan daarom niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt. Indien de gedaagde correct is opgeroepen en daarbij is gewezen op de rol van de notaris, is deze derde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 5.

8.2.5 De invulling van de notariële zorgplicht

De vierde voorwaarde is dat de notaris invulling heeft moeten kunnen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de *Belehrungspflicht*, hoewel dit leerstuk strikt genomen niet van toepassing is op private rechtspraak. Wel zal de notaris vanuit zijn onafhankelijke ambtsuitoefening invulling willen geven aan het leerstuk. In relatie tot de vraag of de partijen geen misbruik hebben kunnen maken van juridische onkunde en feitelijk overwicht gedurende de procedure zal de notaris zich een oordeel moeten vormen over de wijze waarop het betreffende private gerecht is ingericht. Deze toetsing is preventief. Wij noemen dit de toetsing op “organisatieniveau.” De notaris dient vervolgens aan de hand van het concrete dossier vast te stellen en in het concrete geval nogmaals toetsen, dat partijen destijds – dat wil zeggen voordat hun keuze voor het private gerecht als gevolg van artikel 6:236 sub n BW onomkeerbaar is geworden – daadwerkelijk voldoende waren “*belehrt*” over de procedure, met inbegrip van de vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaalakte. Ook neemt hij waar hoe de procedure is verlopen. Wij noemen dit de toetsing op “dossierniveau.” Wij hebben vastgesteld dat de wijze van toetsing door de notaris niet tot een verslechtering van de rechtspositie van de consument leidt. Integendeel. Daarmee is deze vierde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 3 en 6.

8.2.6 Procesbewaking aan de hand van het reglement

De vijfde voorwaarde is dat de notaris tijdens het waarnemen van de procedure vaststelt dat de procedure is gevoerd in overeenstemming met het procesreglement van het private gerecht. Bij een online procedure kan hij daarbij gebruik maken van het logboek, waardoor het procesverloop

voor de notaris achteraf controleerbaar is. Daarmee is deze vijfde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

8.2.7 De marginale toets van artikel 7:900 BW en artikel 1062 Rv

De zesde voorwaarde is dat de notaris moet kunnen vaststellen (i) dat het private gerecht in redelijkheid tot de beslissing in het geschil heeft kunnen komen (de maatstaf van artikel 7:900 BW), en (ii) dat de uitspraak niet kennelijk in strijd is met de openbare orde (de maatstaf van artikel 1062 Rv). Daarbij moet de notaris controleren of de gedaagde procespartij correct is opgeroepen en gelegenheid heeft gehad om gebruik te maken van zijn wettelijke recht ex artikel 6:236 sub n BW om het geschil door de kantonrechter te laten beslechten. Hij dient te beoordelen of er sprake is van een oneerlijk beding (arbitrage) dan wel een onredelijk bezwarend beding (bindend advies), maar deze beoordeling was al onderdeel van de preventieve toets op organisatieniveau (zie § 9.2.5). Voorts dient de notaris te controleren of de toegewezen incassokosten niet hoger zijn dan de wettelijk bepaalde maximale bedragen. De toets van de kennelijke strijd met de openbare orde valt in vier delen uiteen en overlapt deels de toets van artikel 7:900 BW. Ten eerste moet de notaris onderzoeken of er een contractueel beding is met een keuze voor het private gerecht. Ten tweede of de gedaagde correct is opgeroepen ex artikel 6:236 sub n BW. Ten derde moet de notaris vaststellen dat de toegewezen buitengerechtelijke kosten en incassokosten niet hoger zijn dan de wettelijke maxima. Ten vierde onderzoekt de notaris er of geen wijzigingen zijn geweest in het procesreglement, waardoor de procedure niet langer voldoet aan de wettelijke eisen van een behoorlijk proces. Indien de notaris bij de toetsing tot een positief eindoordeel komt, is de zesde voorwaarde vervuld. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 2, 6 en 7.

8.2.8 De afgifte van de grosse

Uit het vorenstaande volgt dat een notaris die heeft vastgesteld dat aan de zes voorwaarden is voldaan, gerechtigd is de proces-verbaalakte te passeren. Wij hebben in § 3.4.5. gezien dat de notaris van alle tot zijn protocol behorende akten, dus ongeacht of deze partij-akten of proces-verbaalakten zijn, een grosse kan afgeven, maar dat dit niet betekent dat al die akten executabel zijn. Voor executabiliteit is vereist dat de akte voor executie vatbare verplichtingen ten laste van een bepaald persoon en voor tenuitvoerlegging vatbare aanspraken ten behoeve van een bepaalde persoon bevat. Dit brengt mee dat voor een akte waarmee niets te executeren valt, geen grosse mag worden afgegeven. De partij die in een dergelijk geval om de grosse verzoekt heeft hierbij geen belang. Bovendien wekt het woord “grosse” verwarring op een stuk waarmee niets te executeren valt. De notaris dient dan die afgifte te weigeren met een beroep op artikel 21 lid 2 Wna.

Het vorenstaande brengt mee dat het private gerecht de notaris uitsluitend zal verzoeken om de grosse af te geven, indien het bindend advies veroordelingen inhoudt die vatbaar zijn voor executie. Geen grosse zal worden gevraagd indien (i) het private gerecht tot onbevoegdheid heeft geconcludeerd, of (ii) de vordering heeft afgewezen zonder kostenveroordeling, zodat partijen

over en weer niets verschuldigd zijn. Voor een uitgebreide argumentatie verwijzen wij naar de hoofdstukken 2, 3, 4 en 5.

Hiermee is het doel van de procespartijen bij de procedure bereikt, te weten het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak in het geschil.

8.2.9 Voorbeeld notariële proces-verbaalakte bij private rechtspraak

In Appendix C hebben wij een voorbeeld opgesteld van een notariële proces-verbaalakte, die door de notaris gehanteerd kan worden bij de vastlegging van het bindend advies teneinde de procespartijen te voorzien van een executoriale titel ter beëindiging van hun geschil.

8.3 VIER CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN HET ANTWOORD OP DE PROBLEEMSTELLING

Het hiervoor geformuleerde antwoord op de probleemstelling leidt ons naar vier conclusies. Wij bespreken in § 8.3.1 de verbeterde bescherming van de integriteit van het rechtsbestel. In § 8.3.2 behandelen wij de verbetering van de marginale toetsing. In § 8.3.3 bespreken wij de nieuwe methode om het bindend advies of het arbitrale vonnis afdwingbaar te maken. In § 8.3.4 behandelen wij de schijntegenstellingen bij de vastlegging van een procedure.

8.3.1 Conclusie 1: verbeterde bescherming van de integriteit van het rechtsbestel

De eerste conclusie die wij trekken naar aanleiding van het antwoord op de probleemstelling is dat de notaris de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte beschermt. De preventieve toetsing door de notaris van een privaats gerecht op organisatieniveau brengt mee, dat de notaris op voorhand de kwaliteit en integriteit heeft getoetst. De toetreding van nieuwe private gerechten tot het rechtsbestel wordt daardoor afhankelijk van de uitkomst van de preventieve kwaliteitstoets. Bovendien brengt de toets op organisatieniveau mee, dat de notaris zich telkens ervan zal vergewissen dat zich geen materiële wijzigingen hebben voorgedaan binnen de organisatie van het private gerecht of in het procesreglement sinds zijn laatste beoordeling. Het ligt voor de hand dat de notaris daarbij aan het private gerecht een informatieplicht oplegt, namelijk om materiële wijzigingen op eigen initiatief te melden aan de notaris. Voorts is het niet uitgesloten dat de notaris in een vroeg stadium geïnformeerd zal worden over voorgenomen wijzigingen. Langs deze weg ontstaat een systeem van permanente toetsing op private gerechten, ook nadat zij zijn toegetreden tot het rechtsbestel. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is dit een aanvullende bescherming van de integriteit van het rechtsbestel ten opzichte van de huidige situatie. Deze verbetering is van belang is voor een ieder, en niet alleen voor de procespartijen zelf. Wij achten dit dan ook een zinvolle rol voor het notariaat waardoor het algemeen belang wordt gediend.

8.3.2 Conclusie 2: verbetering van de marginale toetsing

De tweede conclusie betreft een ander resultaat van de medewerking van het notariaat aan private rechtspraak. De notariële toetsing brengt in feite een verbetering van de marginale toetsing in het kader van het afdwingbaar maken van de uitspraken ten opzichte van de huidige rechterlijke toetsing van artikel 7:900 BW. Via de kantonrechter respectievelijk de voorzieningenrechter vindt immers geen preventieve toetsing plaats van een privaats gerecht op “organisatieniveau.” De toetsing is beperkt tot het “dossierniveau.” Bovendien is deze toetsing repressief. Met name op het terrein van de grootschalige incassopraktijk, kan een preventieve toets op organisatieniveau van betekenis zijn voor de integriteit van een privaats gerecht, te weten de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. In het bijzonder kan hierdoor worden uitgesloten dat crediteuren, althans hun incassopartijen, een oneigenlijk gebruik van de wettelijke incassobevoegdheid zouden willen maken (door op een oneigenlijke manier winst te maken op incasso via eenzijdige kortingsconstructies, of “no cure-no pay” dienstverlening of andere verrijking via de a-symmetrie bij overheidsdwang). De praktijk van een te behalen “winst” via – al dan niet door hen zelf of door hun stromannen op te richten – gerechten kan dan niet, zoals nu het geval is, ongehinderd doordringen binnen het rechtsbestel. Deze verbetering is in de eerste plaats van belang voor de procespartijen, en vooral voor de gedaagde procespartij, maar dient tegelijkertijd de bescherming van de integriteit van het rechtsbestel. Wij achten dit derhalve een zinvolle rol voor het notariaat waardoor het algemeen belang wordt gediend.

8.3.3 Conclusie 3: een nieuwe methode om een private uitspraak afdwingbaar te maken

De derde conclusie in relatie tot het door ons geformuleerde antwoord op de probleemstelling is dat de notariële proces-verbaalakte een nieuwe methode is voor het afdwingbaar maken van een bindend advies of een arbitraal vonnis. Het gaat hierbij om een nieuwe toepassing van bestaande wetgeving. Dit brengt mee dat voor het notariaat een rol binnen een ander deel van het rechtsbestel is weggelegd. Dit is de enige toepassing van de notariële akte, waarbij de akte niet wordt gepasseerd als *substituut* voor de rechtspraak, maar juist als *instrument* van de rechtspraak. Deze gevolgtrekking lijkt ons primair van belang voor het notariaat. Met de beantwoording van de probleemstelling is een nieuw hoofdstuk toegevoegd aan de wetenschappelijke literatuur over de executoriale kracht van notariële akte, door de toepassing van de proces-verbaalakte als instrument binnen private gerechtelijke procedures.

8.3.4 Conclusie 4: de vastlegging leidt slechts tot schijn tegenstellingen

De vierde conclusie naar aanleiding van het antwoord op de probleemstelling is, dat de waarneming tijdens de procedure door de notaris tot paradoxale situaties leidt (zie § 5.4). De waarneming van een gerechtelijke procedure is ogenschijnlijk tegenstrijdig met de traditionele rol van de notaris, omdat de notaris de partijen niet zelf kan spreken, en hij hen niet kan vragen om te bevestigen wat in het dossier reeds is vermeld. Echter, deze tegenstrijdigheid is slechts schijn. De tegenstrijdigheid kan worden verklaard door het feit dat de rol van de notaris als ambtenaar is ingebed in de rechtspraak. Rechtspraak behoort tot het domein van de overheidsdwang, waarbij

de medewerking van de partijen niet is vereist. De traditionele rol van de notaris is gestoeld op de contractsvrijheid. Met dit onderscheid tussen dwang en contractsvrijheid zijn de schijntegenstellingen verklaard.

8.4 VIJF PUNTEN VAN ZELFKRITIEK

Bij ons onderzoek hebben wij ervoor gekozen om een podium te geven voor kritiek. In de literatuur is van deze mogelijkheid royaal gebruik gemaakt (zie § 1.1.4). Het gaat om kritiek geuit op de in ons onderzoek behandelde constructie van de notariële proces-verbaalakte als instrument voor de afdwingbaarheid van het bindend advies. Achteraf moet worden vastgesteld, dat de kritiek weliswaar niet verrassend – de onderzochte nieuwe toepassing is uitdagend – was, maar vooral werd veroorzaakt door een eenzijdige benadering. Hiermee bedoelen wij dat de auteurs het vraagstuk uitsluitend behandelden vanuit het *overeenkomstenrecht*. In ons onderzoek hebben wij echter laten zien, dat de rechtshandeling van de keuze voor het private gerecht – met inbegrip van de keuze van het toepasselijke procesreglement – door de ommekomst van de termijn van een maand genoemd in artikel 6:236 sub n BW – een in het verleden voltooide rechtshandeling betreft. Daarmee is de obligatoire fase afgerond en nemen de regels van burgerlijke rechtsvordering de regie over. De belangrijkste onzuiverheid (of eigenlijk: omissie) in de eerdere discussies was dat men zich in de analyses niet, althans in onvoldoende mate, ervan rekenschap heeft gegeven dat het bindend advies meer is dan een kwestie van overeenkomstenrecht; het is ook een kwestie van *procesrecht*. Deze onzuiverheid is door het onderzoek stap voor stap duidelijk geworden, en daarmee is de kritiek van derden op de constructie weerlegd. Dit resultaat is bereikt door de erkenning en de toepassing van het multidisciplinaire karakter van het vraagstuk.

Het vorenstaande betekent geenszins, dat er geen kritiek op de constructie denkbaar zou zijn. In deze paragraaf formuleren wij daarom vijf punten van mogelijke zelfkritiek op de in ons onderzoek voorgestelde constructie van de vastlegging van een bindend advies in de notariële proces-verbaalakte binnen een civiele procedure. Deze kritiek is geformuleerd op grond van bestaande theorieën en opvattingen. Na elk punt van kritiek wordt een weerwoord op de zelfkritiek geformuleerd. In § 8.4.1 gaat het om de onderzoeksplicht van de notaris met betrekking tot de onderhandse overeenkomst. In § 8.4.2 behandelen wij de identificatie van de procespartijen. In § 8.4.3 bespreken wij het belang (lees: de subjectieve wil) van de debiteur om aan veroordeling en executie te ontsnappen. Wij onderzoeken in § 8.4.4 de rol van de notaris als verbalisant binnen private rechtspraak. In § 8.4.5 gaan wij in op het waarnemen met zekerheid en rechtszekerheid.

8.4.1 De onderzoeksplicht en de onderhandse overeenkomst

Een eerste punt van kritiek is dat de notaris op grond van de opvattingen rond een partij-akte mogelijk zal menen, dat hij zelf moet vaststellen dat de procespartijen in het verleden een overeenkomst hebben gesloten, waarin de keuze voor geschilbeslechting is vastgelegd. De notaris zal zich op het standpunt kunnen stellen dat hij niet mag afgaan op het bestaan en de juistheid van de

in de onderhandse akte opgenomen verklaringen (artikel 2 Wna, zie § 3.6). De notaris was immers niet aanwezig bij de ondertekening van de overeenkomst door partijen. Hij zal de procespartijen op dit punt, te weten de wil om bij het in de overeenkomst genoemde private gerecht te procederen, zelf willen bevragen.

Weerwoord

De nadere wilsafvraging geschiedt in het geval van rechtspraak door de naleving van artikel 6:236 sub n BW. De notaris beschikt over een ambtsedig opgemaakt inleidend exploit. Deze authentieke akte heeft dwingende bewijskracht jegens een ieder (artikel 157 lid 2 Rv), dus ook jegens de publieke rechter en ook jegens de notaris. Indien de stukken in het dossier hierbij aansluiten (de oorspronkelijke overeenkomst tussen de partijen, de facturering voor de geleverde prestaties, deelbetalingen, herinneringsbrieven en aanmaningen) dan heeft de notaris geen reden om te twijfelen, in de zin dat hij gehouden is om nader onderzoek te doen. Dit betoog steunt niet alleen op de tekst van artikel 157 lid 1 Rv, maar ook op het feit dat de rechter ex artikel 151 lid 1 Rv in een procedure de rechter verplicht is om de inhoud van het exploit als waar aan te nemen.

8.4.2 De identificatie van de procespartijen

Een tweede punt van kritiek betreft de wijze van identificatie van de procespartijen. Op grond van de bestaande opvattingen bij een partij-akte dient de notaris zelf – persoonlijk – de identiteit van de procespartijen vast te stellen. Zou hij dit niet doen, dan is hij in het geheel niet bevoegd tot het passeren van de akte. Uit een oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat de notaris voldoende zekerheid heeft over de juistheid van zijn waarnemingen, met inbegrip van de identiteit van betrokkenen, omdat hij anders de proces-verbaalakte niet mag passeren.

Weerwoord

In reactie op deze kritiek merken wij het volgende op. Op de procespartijen is de identificatieplicht van artikel 39 Wet op het Notarisambt formeel niet van toepassing. Zij zijn slechts “objecten van waarneming”. Naar onze mening moet de notaris bij een proces-verbaalakte met een grote mate van zekerheid de identiteit kunnen vaststellen van de objecten van zijn waarneming. Echter, een notaris behoeft geen waterdicht bewijs te verschaffen door persoonlijk de identiteitsbewijzen van betrokkenen in te zien. Hij mag afgaan op het deurwaardersexploit, waarin de procespartijen zijn geïdentificeerd (artikel 157 lid 2 Rv). De gerechtsdeurwaarder is volgens de wet gehouden tot een nauwkeurige ambtsvervulling. Het vaststellen van de identiteit van de procespartijen voor een gerechtelijke procedure is derhalve een ambtelijke werkzaamheid die door de gerechtsdeurwaarder moet worden uitgevoerd.

Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde in een tuchtzaak in hoger beroep op dit punt als volgt. *“De verificatie bij de GBA is van essentieel belang bij het betekenen van exploit en behoort daarom een standaard onderdeel van de door een gerechtsdeurwaarder uit te voeren procedure te zijn.”*⁶³ De

wijze van identificatie door de gerechtsdeurwaarder is derhalve een andere dan die van de notaris bij het passeren van de partij-akte. De afwijkende manier van identificatie kan worden verklaard doordat de gerechtsdeurwaarder handelt op het terrein van de overheidsdwang, terwijl de partij-akte door de notaris wordt gepasseerd op basis van de subjectieve partijwil. Bij de identificatie door de gerechtsdeurwaarder is de medewerking van de betrokkene (zoals door het tonen van een identiteitsbewijs) derhalve niet vereist. Het vorenstaande brengt mee dat de identiteit van betrokkene door de gerechtsdeurwaarder wordt vastgesteld en voor de notaris controleerbaar is aan de hand van het exploot.

Wij gaan nog een stap verder in ons betoog. Artikel 157 lid 1 Rv brengt mee dat de dwingende bewijskracht geldt jegens een ieder. Deze geldt derhalve ook voor de notaris. Wij menen dat de notaris op de inhoud van het exploot *moet* afgaan, en zich derhalve dient te onthouden van het opnieuw verrichten van de reeds uitgevoerde identificatie. Dit is alleen anders, indien hij op voorhand reden heeft om te twijfelen aan de authenticiteit van het ambtelijk exploot. Dit betoog steunt niet alleen op de tekst van artikel 157 lid 1 Rv, maar ook op het feit dat de rechter ex artikel 151 lid 1 Rv in een procedure verplicht is om de inhoud van het exploot voor waar aan te nemen. Met andere woorden: hiermee is voor de rechter in een procedure artikel 157 lid 1 Rv expliciet herhaald. De rechter mag derhalve de identificatie evenmin opnieuw zelf uitvoeren. Dit geldt voor de kantonrechter in een marginale toetsingsprocedure ex artikel 7:904 BW en ook voor de voorzieningenrechter bij het afgeven van het exequatur ex artikel 1062 Rv j° 1064 Rv. Deze regel geldt derhalve ook voor de notaris, wiens ambt is ingebed in de rechtspraak en die door het passeren van de proces-verbaalakte het bindend advies executabel maakt. Het kan niet zo zijn, dat de notaris zijn ambt boven deze twee genoemde dwingende wettelijke bepalingen van bewijsrecht zou mogen verheffen. Het vorengaande leidt ons tot de conclusie dat de notaris niet bevoegd is om de inhoud van het exploot van de gerechtsdeurwaarder te verwerpen, en zelf de partijen opnieuw te identificeren aan de hand van een door hen zelf aan de notaris over te leggen identiteitsbewijs.

8.4.3 Het belang van de debiteur

Een derde punt van kritiek is gelegen in het individuele belang van de debiteur. De notaris kan zich op grond van bestaande opvattingen rond de partij-akte op het standpunt stellen dat de subjectieve partijwil van de in het ongelijk gestelde gedaagde mogelijk in het algemeen niet relevant is bij de rechtspraak, maar wel voor de notaris die een akte moet passeren. Indien de debiteur niet verklaart dat hij de verbintenissen op zich wil nemen in de akte en de grosse als executoriale titel wil aanvaarden, zal de notaris de akte niet kunnen passeren.

Weerwoord

Wij menen dat deze kritiek kan worden verklaard vanuit het perspectief van de notaris op zijn traditionele praktijk die is gestoeld op de subjectieve contractsvrijheid. De notaris merkt terecht het belang van de debiteur op, die niet veroordeeld wil worden en die zeker niet vrijwillig een executietraject op al zijn vermogensbestanddelen zal willen ondergaan. Toch concluderen wij,

dat deze subjectieve wil van de gedaagde voor de notaris geen reden mag zijn om de opdracht terug te geven. Die gevolgtrekking steunt op twee argumenten. Ten eerste heeft artikel 6:236 sub n BW ordenende werking en is van dwingend recht. De notaris heeft dit artikel na te leven en de debiteur is gebonden aan het proces bij het private gerecht conform het procesreglement, waarin de rol van de notaris is verankerd. Ten tweede is het belang van de debiteur om zich te onttrekken aan de (gedwongen) nakoming van de overeenkomst geen belang dat kwalificeert als een “redelijk civielrechtelijk belang.” Dit eigen belang van de debiteur wordt binnen de rechtsstaat juist niet gehonoreerd.

8.4.4 De notaris in de rol van verbalisant bij verstekzaken

Een vierde punt van kritiek is dat de notaris concludeert dat hij niet bevoegd is om de proces-verbaalaktes te passeren bij een verstekzaak. Hij kan de opvatting huldigen, dat hij niets heeft waargenomen van de gedaagde, zodat hij zou worden gedwongen om verbaliserend op te treden. De akte mag immers niet buiten de gedaagde om worden gepasseerd.

Weerwoord

Indien het proces wordt gehouden op grond van een rechtsgeldige overeenkomst, kan niet gezegd worden dat de akte buiten de gedaagde om wordt gepasseerd. Bovendien heeft de gedaagde de bevoegdheid van het private gerecht en de toepasselijkheid van het procesreglement waarin de rol van de notaris is verankerd, willens en wetens laten ontstaan. De notaris heeft onder deze omstandigheden het rechtsgevolg van verstek – evenals de kantonrechter in een procedure ex artikel 3:296 BW j° 7:900 BW en de voorzieningenrechter bij een verzoekschriftprocedure ex artikel 1062 Rv – te respecteren. De notaris is gehouden om dit blote rechtsfeit te constateren en dit te relateren aan de gedaagde. De medewerking van de gedaagde als “object van waarneming” is bij een proces-verbaalaktes niet vereist. Door de keuzevrijheid voorafgaande aan de procedure, kan niet gezegd worden dat de gedaagde geen weet had van de rol van de notaris in de gerechtelijke procedure.

8.4.5 Het waarnemen met zekerheid en rechtszekerheid

Een vijfde punt van kritiek hangt samen met het feit, dat de wet aan het *niet* afleggen van een verklaring ex artikel 6:236 sub n BW het rechtsgevolg verbindt dat de gedaagde afstand heeft gedaan van zijn recht om te kiezen voor behandeling van het geschil door de overheidsrechter. Een notaris kan zich op het standpunt stellen dat hij niet kan uitsluiten dat de verklaring is afgelegd, omdat hij helemaal niets heeft waargenomen ter zake van artikel 6:236 sub n BW. Het feit dat de verklaring niet is opgenomen in het dossier wil niet zeggen dat de notaris met zekerheid kan vaststellen dat de gedaagde de verklaring niet heeft afgelegd. Immers, het is mogelijk dat de verklaring is afgelegd, maar vervolgens is zoekgeraakt. De verklaring kan om een andere reden niet zijn opgenomen in het dossier of niet zijn waargenomen door de notaris. Het punt van kritiek is derhalve dat het feitelijk onmogelijk is om vast te stellen dat een gebeurtenis zich *niet* heeft voorgedaan. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zou dan niet zijn voldaan aan de grote mate

van zekerheid, die verlangd wordt van de notaris bij de vastlegging van de waarnemingen in de akte.

Weerwoord

Wij erkennen dat het in zijn algemeenheid feitelijk lastig – zo niet onmogelijk – is, om waterdicht bewijs te verschaffen, dat een gebeurtenis zich *niet* heeft voorgedaan. De notaris, het private gerecht en de gerechtsdeurwaarder, kunnen derhalve niet bewijzen dat een verklaring van artikel 6:236 sub n BW niet is afgelegd. De notaris kan slechts vaststellen dat het procesdossier een dergelijke verklaring van de gedaagde niet bevat. De notaris vervult zijn ambt niet solitair, maar deze is ingebed in de private rechtspraak. Dit brengt mee dat het private gerecht hetzelfde belang heeft als de notaris om te mogen vertrouwen, dat een dergelijke verklaring, indien deze is afgelegd, ook in het dossier is opgenomen. Het private gerecht zou anders ten onrechte zijn bevoegdheid aannemen. Op dit punt zijn de belangen van het private gerecht en de notaris gelijk. De geschilbeslechter of arbiter heeft geen belang bij het geven van een onjuiste beslissing. Hij zal in het geval de verklaring door de gedaagde tijdig is afgegeven, het private gerecht onbevoegd verklaren en de partijen verwijzen naar de kantonrechter.

Artikel 3:37 lid 3 BW wet bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring, om haar werking te hebben, die persoon moet hebben bereikt. Indien de gedaagde stelt een verklaring te hebben afgelegd, maar de gerechtsdeurwaarder en/of het private gerecht hebben deze verklaring niet ontvangen, zal de gedaagde moeten kunnen bewijzen dat hij een schriftelijke mededeling heeft gedaan. Om die reden wordt in het exploit en in het procesreglement de gedaagde erop gewezen om post aangetekend te verzenden en bij e-mailverkeer opnieuw de mail te verzenden, indien geen reactie is ontvangen binnen 48 uur. De notaris moet derhalve de afweging maken of hij meent dat hij uit het feit dat het procesdossier geen verklaring bevat, mag afleiden dat deze verklaring niet is afgelegd. Dit oordeel steunt mede op de uitkomst van het door de notaris uitgevoerde preventieve toets van het private gerecht op “organisatieniveau.” Indien hij zich daarbij een positief oordeel heeft gevormd over de integriteit en betrouwbaarheid van het private gerecht, dan brengt dit oordeel mee dat het betreffende private gerecht hem niet, althans niet opzettelijk, van onjuiste informatie zal voorzien, of voor hem informatie zal achterhouden, om hem te bewegen tot het passeren van een akte.

De notaris kan het feit dat de verklaring niet is afgelegd, verder bevestigd zien door (i) het feit dat de zaak door het private gerecht in behandeling is genomen, en (ii) de gerechtsdeurwaarder namens de crediteur het proces bij het private gerecht heeft doorgezet. Zowel het private gerecht als de gerechtsdeurwaarder hebben er geen belang bij om na afloop van het proces geconfronteerd te worden met negatieve publiciteit. Evenmin willen zij juridische procedures of tuchtrechtelijke verwijten riskeren door het opzettelijk achterhouden van informatie. In het ambt van de gerechtsdeurwaarder mag de notaris eveneens vertrouwen stellen. Al met al heeft de notaris – naast de feitelijke constatering dat hij geen verklaring van de debiteur ex artikel 6:236 sub n BW in het procesdossier heeft aangetroffen – uit twee door hem als betrouwbaar en onafhankelijk beoordeelde

bronnen, namelijk het private gerecht als neutrale geschilbeslechter en de gerechtsdeurwaarder als onafhankelijk ambtenaar, bevestigd gekregen, dat de verklaring niet is afgelegd. Daaruit mag de notaris afleiden dat het wettelijke rechtsgevolg (te weten de bevoegdheid van het private gerecht) als een bloot rechtsfeit is ingetreden.

Wij wijzen voorts op twee andere argumenten. Ten eerste staat de eis dat de notaris zelf uit de mond van de debiteur zou moeten optekenen, dat hij niet tijdig een beroep heeft gedaan op artikel 6:236 sub n BW, haaks op de systematiek van overheidsdwang, en het in die context geldende beginsel dat de debiteur niet hoeft mee te werken aan een gerechtelijke procedure. De wet bepaalt dat de notaris bevoegd is om de blote rechtsfeiten te relateren aan de gedaagde procespartij. Een tweede argument is dat niet valt in te zien waarom de kantonrechter (artikel 3:296 BW j° 7:900 BW) en de voorzieningenrechter (artikel 1062 Rv) het dwingende rechtsgevolg bij naleving van artikel 6:236 sub n BW als bloot rechtsfeit wel respecteren, maar de notaris dit blote rechtsfeit zou mogen of moeten verwerpen. Het betreft een bloot rechtsfeit, dat door het *uitblijven* van een actieve handeling intreedt. Indien de notaris dit blote rechtsfeit niet zou erkennen, ondermijnt de notaris hierdoor de rechtszekerheid.

Echter, indien een notaris dat wenselijk mocht achten, zou hij meer zekerheid kunnen verkrijgen over de verklaring van artikel 6:236 sub n BW. Wij noemen hiervoor drie manieren. De eerste manier is dat in het procesreglement een meldplicht wordt opgenomen voor (de gerechtsdeurwaarder of andere procesgemachtigde namens) de eisende partij en voor het private gerecht, in het geval een verklaring ex artikel 6:236 sub n BW één van hen tijdig bereikt. De tweede manier is dat de gerechtsdeurwaarder na ommekomst van de periode van artikel 6:236 sub n BW in een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal van constatering dient te onderzoeken en te verklaren, dat de gedaagde geen gebruik heeft gemaakt van zijn wettelijke recht om de inhoudelijke behandeling van het geschil door de kantonrechter af te dwingen en dat hij pas na het vaststellen van dit blote rechtsfeit heeft besloten om de zaak door te zetten bij het private gerecht. Deze akte heeft dwingende bewijskracht en op deze extra controle van de gerechtsdeurwaarder mag de notaris afgaan. Een derde manier om meer zekerheid te verkrijgen, is dat in het procesreglement wordt voorgeschreven dat het exploot vermeldt wie de waarnemende notaris is en dat de verklaring ex artikel 6:236 sub n BW door de gedaagde uitsluitend mag worden gericht aan deze notaris. De notaris kan dan in een concreet geval zelf, als geadresseerde, vaststellen of de gedaagde de verklaring tijdig aan hem heeft afgelegd of niet.

8.5 PARADOX 5: CONSUMENTENBESCHERMING ZONDER PERSOONLIJK CONTACT

Uit de beantwoording van de probleemstelling is een vijfde paradox aan het licht gekomen. Deze paradox heeft niet zozeer betrekking op de waarneming door de notaris gedurende het proces (zie § 8.1 en § 5.4), maar op (i) de wijze en (ii) de betekenis van zijn ambtsuitoefening in het algemeen.

Het gaat om de paradox dat de notaris die zonder contact met de procespartijen de akte passeert, hierdoor aan de gedaagde consument juist aanvullende bescherming biedt.

Wij verklaren de paradox in twee stappen. Ten eerste gaat het over de manier van de ambtsuitoefening. De paradox bestaat hieruit dat de notaris zijn ambt vervult en de rechtszekerheid dient, door het passeren van een notariële akte zonder rechtstreekse opdracht van de procespartijen, dat wil zeggen: zonder dat de betrokkenen zelf daartoe strekkende verklaringen hebben afgelegd, en zonder dat zij door de notaris zijn geïnformeerd over de rechtsgevolgen.⁴⁶⁴ De rol van de notaris wordt hiermee uitgebreid; deze strekt zich ook uit over het domein van de overheidsdwang. De notaris verkrijgt daarmee een rol binnen het totale rechtsbestel.

Ten tweede gaat het over de betekenis van de ambtsuitoefening. Door de rol van de notaris binnen de rechtspraak schiet hij niet zozeer de eisende partij te hulp door hem een eenvoudige executiemogelijkheid te bieden.⁴⁶⁵ Immers, die eenvoudige executiemogelijkheid wordt al geboden door de voorzieningenrechter bij arbitrage. Daarentegen biedt de notaris in de eerste plaats de gedaagde meer bescherming. De betekenis van zijn ambtsvervulling is derhalve vooral gelegen in meer consumentenbescherming. De notaris doet dit doordat hij (i) de organisatie van het private gerecht preventief toetst, (ii) de procesgang en het procesverloop beter toetst, en (iii) aanvullende consumentenbescherming biedt op het terrein van onnodige kostenstapeling bij incassogeschillen (omdat de consument anders tot (veel) hogere kosten zou worden veroordeeld via het verkrijgen van afdwingbaarheid door de publieke rechter).

De vijfde paradox is hiermee opgehelderd.

8.6 VIER ONDERWERPEN VOOR TOEKOMSTIG ONDERZOEK

In deze paragraaf formuleren wij vier onderwerpen die voor toekomstig onderzoek van belang zijn. Deze onderwerpen liggen in het verlengde van dit onderzoek of houden hiermee verband. Wij noemen in § 8.6.1 IT-aspecten. In § 8.6.2 behandelen wij de bewegingsvrijheid van het private gerecht. In § 8.6.3 noemen wij de ontwikkeling van de bulkincasso en de rechtspositie van de consument. Wij behandelen ten slotte in § 8.6.4 de rol van de notaris bij private rechtspraak in de praktijk.

8.6.1 IT-aspecten

Het eerste onderwerp voor toekomstig onderzoek is het gebruik van *artificial intelligence* in de betekenis van autonoom rechtsprekende computers.⁴⁶⁶ Verder onderzoek is onzes inziens ook van belang in relatie tot de toepassing van *crowdsourced online dispute resolution* (rechtspraak

464 Vergelijk Kraan 2012.

465 Wiersma 2012.

466 Van den Herik 1991; Nakad-Weststrate e.a. 2015a; Nakad-Weststrate e.a. 2015c.

door – of na input van – een al dan niet gespecificeerde groep individuen) bij private gerechten.⁴⁶⁷ Hierdoor wordt een oude traditie die is terug te voeren op het Romeinse Rijk en die ook in de Middeleeuwen in gebruik was (zie § 1.1), in ere hersteld, en op moderne wijze vormgegeven.

8.6.2 De bewegingsvrijheid van een privaat gerecht

Het tweede onderwerp betreft de ontwikkelingen rond private rechtspraak in de periode van 2010 tot en met 2016. Het gaat daarbij om de mate van consistentie in de beleidskeuzes van de overheid (zoals het steeds duurder maken van private rechtspraak ten opzichte van de kantonrechter). De keuzes kunnen belemmerend werken en de gang naar de kantonrechter als het ware tot een financiële aanbeveling maken. Wij wijzen daarbij op de contractsvrijheid en op door ons geschetste maatschappelijke context van bevordering van private geschilbeslechting, die door de overheid gerespecteerd dient te worden, hetgeen in de geschiedenis is aangemerkt als een teken van beschaving (zie § 1.2). Dit klemmt temeer nu (i) de Raad voor de Rechtspraak heeft onderzocht dat de kosten minder dan 10% bedragen van de wettelijke tarieven, en (ii) dat de kosten voor het exequatur lager zijn dan de kosten van een integrale behandeling van de zaak bij de publieke rechtspraak.⁴⁶⁸

8.6.3 De ontwikkeling van de bulkincasso en de rechtspositie van de consument

Het derde onderwerp ziet op de ontwikkeling van de bulkincasso binnen het domein van de publieke rechtspraak, en de gevolgen hiervan voor de rechtspositie van de consument. In het bijzonder doelen wij op de introductie van de commerciële gerechtsdeurwaarder in het rechtsbestel in 2001.⁴⁶⁹ De ontwikkeling van de incassopraktijk roept sindsdien veel rechtsvragen op, onder andere aangaande de rechtmatigheid ervan.

8.6.4 Onderzoek naar de rol van de notaris in de praktijk

Het vierde onderwerp voor nader onderzoek is de rol van de notaris bij private gerechten in de praktijk. De notaris heeft tot 2011 bij e-Court deze rol vervuld om bindende adviezen afdwingbaar te maken; hij kan deze rol opnieuw vervullen bij e-Court en bij andere private gerecht, zowel bij bindend advies als bij arbitrale vonnissen. Na verloop van tijd, bijvoorbeeld na vijf jaar, kunnen de praktijkervaringen worden onderzocht en geëvalueerd. Op basis van een gebalanceerde afweging van de verkregen informatie kan de toekomst van de private rechtspraak dan nader worden bepaald. Wij zijn van oordeel deze aanpak past bij het profiel van een kenniseconomieland en innovatieland.

⁴⁶⁷ Van den Herik en Dimov 2011; Van den Herik en Dimov 2012a; Van den Herik en Dimov 2012b.

⁴⁶⁸ Kramer, Tillema en Tuyl 2014. Vergelijk voor dit oneigenlijke winstmodel binnen de a-symmetrie van overheidsdwang de opmerkingen in het rapport *Noblesse Oblige* 2009.

⁴⁶⁹ Incassokosten, een bron van ergernis 2008; Evaluatie Zorgverzekeringswet 2009; De Bekker e.a. 2012; Jungmann en Werksma 2013; VPRO Zembla 2013; In het krijt bij de overheid 2013; Noblesse Oblige 2008; Jongbloed 2005; Tervoert en Van Ewijk 2006; Vogel 2001.

8.7 SLOT

Wij zijn aan het einde van ons onderzoek gekomen en dat brengt ons terug bij hoofdstuk 1. Wij hebben vastgesteld dat een privaats gerecht met de notaris in de rol van waarnemer en verslaglegger, bindende en afdwingbare eindbeslissingen in civiele conflicten mag en kan geven. Met andere woorden: deze constructie is legitiem.

De notaris is gewend aan en verplicht tot een onafhankelijk en onpartijdig optreden, waarbij hij vanuit zijn zorgplicht actief waakt over de belangen van alle betrokkenen. Hij is bij uitstek geschikt om rechterlijke taken over te nemen, omdat hij geen financieel belang heeft bij de uitwinning van vorderingen. De notaris heeft de wettelijke macht en de vereiste kennis om de integriteit van private gerechten preventief te toetsen en het rechtsbestel te beschermen tegen ongewenste praktijken. Zo dient de notaris als vanouds de rechtszekerheid, maar dan in een modern jasje.

Wij menen dat de ontwikkeling uitstekend past in het kabinetsbeleid sinds 2003, dat is gericht op het bevorderen van private rechtspraak, en op het terugdringen van het beroep op de publieke rechter. Ook past de ontwikkeling bij de doelstelling om private rechtspraak “definitief” te doen zijn in de betekenis van een “eindstation” (zie § 1.2).

Literatuurlijst

Hieronder volgt een lijst van de volledige bibliografische gegevens van de in de voetnoten verkort aangehaalde literatuur. De volgorde is alfabetisch en wordt bepaald door de achternaam van de (eerste) auteur, zonder tussenvoegsels. Bij meerdere werken van een auteur en bij werken van verschillende auteurs behorend tot een serie, wordt een chronologische volgorde aangehouden. Indien geen auteur bekend is, wordt de titel van de publicatie als index genomen.

Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers 2016a

‘Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers,’ *Elsevier* 21 januari 2016, www.elsevier.nl.

Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers 2016b

‘Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers,’ *BNR* 21 januari 2016, www.bnr.nl.

Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers 2016c

‘Aanzet tot begripvolle aanpak wanbetalers,’ *Haarlems Dagblad* 21 januari 2016, www.haarlems-dagblad.nl.

Van Aggelen, Van Straalen en Wiersma 2015

M. van Aggelen, J. van Straalen en H.W. Wiersma, ‘Reactie op “De notaris in een digitale wereld, twee invalshoeken” van mr. G.J.C. Lekkerkerker en mr. J.W. van Ee in *WPNR* 2015/7070’, *WPNR* 2015 (7076), p. 781-784.

Akkermans 1988

P.W.C. Akkermans, ‘Het ius de non evocando ofwel art. 17 Gw’, in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd* (25 jaar faculteit der rechtsgeleerdheid EUR-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 359-367.

Alers en Van der Tak 2012

H.J. Alers en H.J. van der Tak, ‘Hoezo de procesverbaalakte ‘niet executeerbaar’?’, *Notariaat Magazine* 2012-7/8, p. 28.

Van Almelo 2012

L. van Almelo, ‘Arbitragewet wordt gemoderniseerd. De toekomst van private rechtspraak’, *Mr.* 2012-10, p. 82-86.

Alternatieve geschilbeslechting in de EU 2012

Alternatieve geschilbeslechting in de EU, (Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de SER d.d. 15 maart 2007, uitgebracht aan de Minister van Veiligheid en Justitie en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Advies 2012/03), Den Haag: SER, 2012.

Ancery en Krans 2016

A.F.G. Ancery en H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties', *Ars Aequi* 2016, p. 825-830.

Asser, Groen en Vranken 2006

W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Asser/Anema 1953

A. Anema (m.m.v. P.J. Verdam), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5. Van bewijs*, Zwolle: Tjeenk Willink 1953.

Asser/Van der Grinten en Kortmann 2004 (2-I)

W.C.L. van der Grinten en S.C.J.J. Kortman, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel 1. De vertegenwoordigings*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp en Sieburgh 2010 (6-III)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp en Sieburgh 2012 (6-I*)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hijma 2013 (7-I*)

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Mijnssen en De Haan 2006 (3-I)

F.H.J. Mijnssen en P. de Haan (m.m.v. C.C. van Dam en H.D. Ploeger), *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser Procesrecht/Asser 2013 (3)

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/ Van Schaick 2012 (7-VIII*)

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altyddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*)

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisverzekering*, Deventer: Kluwer 2009.

Baarsma en Theeuwes 2010a

B. Baarsma en J.J.M. Theeuwes (m.m.v. J.M. Barendrecht), *Publiek belang en de gerechtsdeurwaarder. Professionele publieke dienstverlening of een gilde?*, (SEO-rapport nr. 2010-32 van 26 november 2010), Amsterdam: SEO 2010.

Baarsma en Theeuwes 2010b

B. Baarsma en J.J.M. Theeuwes (m.m.v. J.M. Barendrecht), *Kosteneffectiviteit domeinmonopolie gerechtsdeurwaarder. Ambtshandelingen tegen lagere kosten bij gelijke rechtszekerheid*, (SEO-rapport nr. 2010-81 van 12 december 2010), Amsterdam: SEO 2010.

Baarsma en Theeuwes 2011

B. Baarsma en J.J.M. Theeuwes, (m.m.v. J.M. Barendrecht), 'Het domeinmonopolie van de gerechtsdeurwaarder is te duur', *NJB* 2011, p. 479-485.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht e.a., 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *NJB* 2004, p. 1676.

Barendrecht 2011

J.M. Barendrecht, 'Innovatie van civiele rechtspleging: de regie naar rechter en gebruiker', *NJB* 2011, p. 350-357.

Barendrecht 2016

J.M. Barendrecht, 'Van twee kanten: Kostendeekkende griffierechten: mogelijk en gewenst? I. Het businessmodel van de rechtspraak', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2016-1, p. 26-27.

Barkhuysen, Van Emmerik en Gerards 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Deventer: Kluwer 2009.

Barocas en Selbst 2016

S. Barocas and A. D. Selbst, 'Big data's disparate impact', *California Law Review* 2016, 104.

Barrot 2008

J. Barrot, *Towards a European strategy on e-Justice* (EU Press Release IP/08/821), Brussel 2008, <http://europa.eu>.

Bary 1996

P.C.M. Bary, *Eindrapportage Projectteam doelmatigheid civiele procedures*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1996.

Bauw en Hartendorp 2005

E. Bauw en R.C. Hartendorp, 'Kantonrechter of geschillencommissie in consumentenzaken: de feiten op een rij', *NJB* 2005, p. 2304-2308.

Bauw, Van Dijk en Van Tulder 2010

E. Bauw, F. van Dijk en F. van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering van kostendeckende griffierechten', *NJB* 2010, p. 2528-2536.

Bauw 2011

E. Bauw, 'De keuze voor arbitrage of bindend advies en de vermarketing van civiele geschillenbeslechting', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2011, p. 192-196.

De Bas e.a. 2014

P. de Bas e.a. (m.m.v. R. van der Bergh en N. Philipsen), *Ecorys, Eindrapport Onderzoek naar de juridische en rechtskundige dienstverlening* (Ministerie van Economische Zaken), Rotterdam, 28 november 2014.

De Bekker e.a. 2012

P. de Bekker e.a., 'Eindrapportage Evaluatie van de wanbetalersregeling "Kort op de bal"', *Kamerstukken II* 2011/12, 33 077, nr. 1.

Van den Berg-Smit 2013

C. van den Berg-Smit, *De gerechtsdeurwaarder: ambtenaar en ondernemer. Ontwikkelingen in de beroepsuitoefening en de gevolgen voor de opleiding* (diss. Utrecht), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2013.

Van den Berg, Van Delden en Snijders 1992

A.J. van den Berg, R. van Delden en H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.

Bij de gewonemensenrechter 2016

‘Bij de gewonemensenrechter’, *NRC* d.d. 15 mei 2016.

Bitter 2013

J.W. Bitter, ‘Boekbespreking’ (bespreking van: G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 13, Deventer: Kluwer 2011), *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2013-5, p. 279-285.

Bleeker 1938

G. Bleeker, ‘De niet-verschijnende opdrachtgever bij de notariële akte’, *WPNR* 1938 (3574), p. 301-303.

Boer 1990

A.N.A.G. Boer, *Beslechting van consumentengeschillen naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1990.

Boks 2002

D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid: enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002.

Van Boom 2014

W.H. van Boom, ‘Ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen’, *Ars Aequi* 2014, p. 358 – 362.

Boonzaaijer 2012

K.H. Boonzaaijer, ‘Gewijzigde incassowetgeving. Balanceren tussen bescherming en benadeling’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2012-5, p. 206.

Van den Bos en Brenninkmeijer 2012

K. van den Bos en A. Brenninkmeijer, ‘Vertrouwen in wetgeving, de overheid en de rechtspraak. De mens als informatieverwerkend individu’, *NJB* 2012, p. 1451-1457.

Boudewijn 2002

J.J.L. Boudewijn, 'De Gerechtsdeurwaarderswet', *Praktisch Procederen* 2002, p. 61-65.

De Bouw uit de schaduw 2002

Rapport 'De bouw uit de schaduw' van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid - Enquête Bouwnijverheid d.d. 12 december 2002, *Kamerstukken II* 2002, 28 244, nr. 6.

Brahn/Reehuis 2010

O.K. Brahn/W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Brand 2015

I. Brand, 'De invloed van Europees recht op alternatieve wijzen van geschillenbeslechting (ADR)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015, nr. 7/8, p. 208 – 213.

Brenninkmeijer 1982

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het jus de non evocando', in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi 1982, p. 346-366.

Brenninkmeijer 1987

A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter: een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Van den Brink-Baggerman 2014

E. van den Brink-Baggerman, 'Begrijpelijke taal in notariële akten, kan dat? Onbegrijpelijke taal in notariële akten, mag dat?', *WPNR* 2014 (7029), p. 742-746.

Broeders e.a. (red.) 2013

D. Broeders e.a. (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (WRR-Verkenning nr. 26), Amsterdam: University Press 2013.

De Bruijn 1960

A.R. de Bruijn, *De notariële akte als executoriale titel* (Serie Ars Notariatus X), Deventer: Kluwer 1960.

De Bruijn/Kraan 2012

A.R. de Bruijn/C.A. Kraan, *De notariële akte als executoriale titel* (Serie Ars Notariatus X), Deventer: Kluwer 2012.

Bruning 2013

M. Bruning, 'KEI veel nieuwe verstekzaken in de civiele sector van de rechtbanken', *NJB* 2013/2253.

Buijn 1987

F.K. Buijn, *Het proces-verbaal van vergadering* (WPNR 1987 (5822), Themanummer De proces-verbaalakte), p.171-173.

Bulkzaken geen gebakken eitjes 2005

‘Bulkzaken geen gebakken eitjes’, *Nederlands Dagblad* d.d. 28 september 2005, <https://www.nd.nl/nieuws/nederland/bulkzaken-geen-gebakken-eitjes.40532.lynkx>.

Buruma 2013

Y. Buruma, ‘Het waarom en hoe van transparante rechtspraak’, *NJB* 2013, p. 149.

Calders e.a. 2013

T. Calders e.a., ‘Controlling attribute effect in linear regression’, in *Proc. of 13th IEEE ICDM 2013*, p. 71–80.

Calders en Zliobaite 2013

T. Calders and I. Zliobaite, ‘Why unbiased computational processes can lead to discriminative decision procedures’, *Discrimination and Privacy in the Inf. Society* 2013, p. 43–57.

Cauffman, Faure en Hartlief 2010

C.A.N.M.Y. Cauffman, M.G. Faure en T. Hartlief, ‘Het richtlijnvoorstel consumentenrechten: quo vadis?’, *Contracteren* 2010-3, p. 72-79.

Christiaans en Van Wechem 1995

C.R. Christaans en T.H.M. van Wechem, ‘Artikel 7:423 BW tegen het licht gehouden’, *WPNR* 1995 (6193), p. 587-590.

Clavareau 1947

P.J.A. Clavareau, *Eenige hulpovereenkomsten, Rechtsvergelijkende en dogmatische studie in het bijzonder naar tegenwoordig positief Nederlandsch recht*, Leiden: Universitaire pers 1947.

Colenbrander 1859

R.A.J. Colenbrander, *Fragmenten van een onderzoek naar het wezen van het notarisambt, in ‘t bijzonder volgens de tegenwoordige Nederlandsche wetgeving*, Nijkerk: J.J. Malga Jr. 1859.

Contini en Lanzata 2009

F. Contini en G.F. Lanzara (red.), *ICT and Innovation in the Public Sector. European studies in the making of e-government*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2009. p. 147-173.

Corstens 2013

G. Corstens, 'Doe iets, voordat het te laat is!', *NRC-Next* 4 februari 2013.

Custers 2017

B.H.M. Custers, 'Big data en big data technologie', in: P.H. Blok (Ed.) *Big data en het recht: een overzicht van het juridisch kader voor big data-toepassingen in de private sector*, Monografieën recht en informatietechnologie no. 10, Den Haag: SDU 2017, p. 17-35.

Custers en Leeuw 2017

B.H.M. Custer en F. Leeuw, 'Legal big data: Toepassingen voor de rechtspraak en juridisch onderzoek', *Nederlands Juristenblad* 2017 (34), p. 2449-2456.

Custers en Schermer 2014

B.H.M. Custers en B.W. Schermer, 'Responsibly Innovating Data Mining and Profiling Tools: A New Approach to Discrimination Sensitive and Privacy Sensitive Attributes', *Responsible Innovation 1: Innovative Solutions for Global Issues* 2014, p. 335-350.

Van Dam-Lely 2014

J.H. van Dam-Lely, 'Procesinnovatie: KEIgoede ideeën?', *TCR* 2014, p. 38-44.

Dawabi e.a. 2003

P. Dawabi e.a., 'Using PDAs to support face-to-face learning', *Proceedings of the International Conference on Computer Supported Collaborative Learning (CSCL'03)*, p. 235-237, Bergen, Noorwegen, juni. 2003.

Dekker en Van Boom 2013

E. Dekker en W.H. van Boom, 'Arbiters en aansprakelijkheid. Drie aandachtspunten bij herziening arbitragerecht', *NJB* 2013, p. 1702-1707.

Dekkers 2012

R.J. Dekkers, 'De aansprakelijkheid van bindend adviseurs langs de weg van artikel 7:904 lid 1 BW', *Vennootschap en Onderneming* 2012, p. 215-218.

Dijk 1978

P.L. van Dijk, 'De kracht van de grosse van een notariële akte bij ontruiming', *De Praktijkids* 1978, p. 164-168.

Van Dijk e.a. 2006

P. van Dijk e.a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Een gewichtig ambt gewogen 2000

Een gewichtig ambt gewogen. Invoering van een stelsel van maximumtarieven voor ambtshandelingen; heroverweging (Advies van de commissie tarieven gerechtsdeurwaarder (Commissie-Van der Winkel), Den Haag: Ministerie van Justitie, 2000.

Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken 2007

Eenvoudige procedure voor eenvoudige civiele zaken (Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de SER d.d. 15 maart 2007, uitgebracht aan de Minister van Justitie. Advies 2007/03), Den Haag: SER, 2009.

Eggens 1926

J. Eggens, 'De notariële acte partij-acte', *WPNR* 1926 (2924/2925), p. 13-16/25-28.

Eggens 1927

J. Eggens, 'Boekbespreking' (bespreking van: L.A. van Ittersum, *Het bindend advies* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1927), *WPNR* 1927 (3006), p. 544-545.

Ekelmans 2014

J. Ekelmans, 'Het wetsvoorstel voor de civiele rechtsgang in eerste aanleg: met het hoofd en hard?', *NTBR* 2014, p. 48-63.

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten, Over de inpassing van fundamentele rechtsschending in het burgerlijk procesrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Engberts 2012

B.J. Engberts, 'Wettelijke normering van buitengerechterlijke incassokosten', *Trema* 2012/6, p. 196.

Engelfriet 2010

A. Engelfriet, "'Internetrechtbank" e-Court: goed idee, maar hm die uitwerking', Blog 2010, www.iusmentis.nl.

Ernste 2010

P. E. Ernste, 'Procederen bij e-Court', *JBPr* 2010-3, p. 227-232.

Ernste 2012a

P.E. Ernste, *Bindend Advies* (Serie Onderneming en Recht, deel 74, diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Ernste 2012b

P.E. Ernste, 'Artikel 96 Rv: rechtspraak op maat?', *Trema* 2012/5, p. 167-173.

Ernste 2013

P. E. Ernste, 'De Nederlandse geschillencommissies voor consumentenzaken langs de meetlat van de Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten', *NtEr* oktober 2013, nr. 8.

Ernste 2015

P. E. Ernste, 'Niet-bindend advies bij de Geschillencommissie van Kifid', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015-1, p. 9-15.

Van Erp en Klein Haarhuis 2006

J.G. van Erp en C.M. Klein Haarhuis, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures. Een verkennend onderzoek* (Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Cahier 2006-6), Den Haag: WODC 2006.

Eshuis e.a. 2011

R.J.J. Eshuis e.a., *Rechtspleging Civiel en Bestuur 2010. Ontwikkelingen en samenhangen*, (Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2011-301), Den Haag: WODC 2011.

Eshuis en Diephuis 2017

R.J.J. Eshuis en B.J. Diephuis, *Factsheet Civiele Rechtspraak; rechtspleging Civiel en Bestuur 2017/2018*, december 2017, (Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2018-01), Den Haag: WODC 2018.

Evaluatie Zorgverzekeringswet 2009

Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de Zorgtoeslag, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29 689 nr. 282.

Fabri en Contini 2003

M. Fabri en F. Contini, *Judicial electronic data interchange in Europe: Applications, policies and trends*, Bologna: Lo Scarabeo 2003.

Filtermodel 2012

Tussenrapport Filtermodel, KBvG en CapGemini, september 2012, gepubliceerd op www.kbvg.nl.

François 1880

C.J. François, *Over Scheidsmannen*, (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1880.

Franken 2004

H. Franken, 'De aspiraties van rechtseconomen', *NJB* 2004, p. 1943-1944.

De Geest 2004

G.G.A. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, p. 58-66.

Gerechtsdeurwaarder kleedt cliënt financieel uit 2011

'Gerechtsdeurwaarder kleedt cliënt financieel uit', *Algemeen Dagblad* 14 januari 2011.

Van Gestel en Vranken 2007

R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken (m.m.v. J.L.M. Gribnau en H.E.B. Tijssen), 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1448-1461.

Geurts 2012

T. Geurts, *Markt van Buitengerechtelijke Incasso* (Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum Memorandum 2012-6), Den Haag: WODC 2012.

Giesen en Coenraad 2012

I. Giesen en L. Coenraad, 'Innovaties in de (Civiele) Rechtspleging', *NJB* 2012, p. 1023-1030.

Gommer 2011

H. Gommer, 'Ik ben een rechtswetenschapper! De geboorteweeën van een verbeterde rechtenopleiding?', *NJB* 2011, p. 1256-1260.

Griffioen en Prins 2013

H. M. Griffioen en J.E.J. Prins, 'Rechtspraak en bekritiseerbaarheid. Op zoek naar een hedendaagse interactie tussen rechtspraak en samenleving', *NJB* 2013, p. 222.

Van der Grinten 1974

W.C.L. van der Grinten, 'Particuliere Rechtspraak', in W. Aerts e.a., *Rechtspleging. Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarige bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer 1974, p. 56-68.

De Groot en Stein 2002

H. de Groot en P.A. Stein, *Grondtrekken van het handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Guiaux, Roest en Iedema 2011

M. Guiaux, A. Roest en J. Iedema, *Voorbestemd tot achterstand? Armoede en sociale uitsluiting in de kindertijd en 25 jaar later*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2011.

Hammerstein 2016

A. Hammerstein, 'Van twee kanten: Kostendeckende griffierechten: mogelijk en gewenst? II. Businessmodel versus bekostiging van de rechtspraak', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2016-1, p. 27.

Hartendorp 2014

R.C. Hartendorp, 'Van twee kanten: e-Court: II. E-Court, een goed initiatief dat zich op de verkeerde punten onderscheid', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2014-3, p. 117-121.

Hartlief 1994

T. Hartlief, 'Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect', *NTBR* 1994, p. 7 e.v.

Heemskerk 1983

W.H. Heemskerk, 'Bindend advies en arbitrage', in: W.H. Heemskerk e.a. (red.), *Een goede procesorde*, (Opstellen aangeboden aan Mr. W.L. Haardt), Deventer: Kluwer 1983.

Van Heesen-Laclé 2008

Z.D. van Heesen-Laclé, *Notarissen vernieuwen*, (Ars Notariatus 117, diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008.

Hellegers 2015

D.P.C.M. Hellegers, *De juridische aspecten van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) anno 2015*, (diss. Heerlen), Zutphen, Uitgeverij Paris B.V. 2015.

Hendrikse en Jongbloed 2005

M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van den Herik 1991

H.J. van den Herik, *Kunnen Computers Rechtspreken?* (oratie Leiden 21 juni 1991), Arnhem: Gouda Quint 1991.

Van den Herik 2016

H.J. van den Herik, *Intuïtie valt te programmeren* (afscheidsrede Tilburg, 29 januari 2016, Universiteit Tilburg, 2016.

Van den Herik en Dimov 2011a

H.J. van den Herik en D. Dimov, 'Towards Crowdsourced Online Dispute Resolution', in: S. Kierkegaard (red.), *Law Across Nations: Governance, Policy & Statutes*, International Association of IT Lawyers (IAITL), 19 september 2011, p. 244-257, zie http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1933392.

Van den Herik en Dimov 2011b

H.J. van den Herik en D. Dimov, 'Can eBay's Community Review Forum fairly resolve disputes?', BNAIC proceedings, the 3rd Benelux Conference on Artificial Intelligence (BNAIC 2011), Vol. 4, p. 263-272.

Van den Herik en Dimov 2012a

H.J. van den Herik en D. Dimov, 'Geschilbeslechting door crowdsourcing', *Tijdschrift conflicthantering* 2012, p. 19-22.

Van den Herik en Dimov 2012b

H.J. van den Herik en D. Dimov, 'Een Crowdsourcing Model voor eBay', in: M. Kreijveld, *Samen Slimmer. Hoe de 'wisdom of the crowds' onze samenleving zal veranderen*, Den Haag: Stichting Toekomstbeeld der Techniek 2012, p. 28-30.

Van den Herik en Oerlemans 2014

H.J. van den Herik en J.J. Oerlemans: 'Juristen volgen de schakers', in: *Blauwdrukken voor de toekomst - de wetenschap van vandaag is de wereld van morgen*, voor Tafelwetenschappers, Avond van wetenschap en maatschappij, 6 oktober 2014, Leiden 2014, p. 30-31.

Hermesdorf 1943

B.H.D. Hermesdorf, Het middeleeuwsch notariaat (13e-15e eeuw), *WPNR* 1942 (3793, 3797, 3800, 3802, 3804), 1943 (3810, 3815, 3822, 3825, 3826), p. 285-287, 317-319, 341-344, 357-359, 373-375 resp. 1-3, 41-44, 98-101, 121-123 en 129-130.

Herstel 2010

J.C.A. Herstel, 'Digitale Rechtspraak', *Kijk op Oost-Nederland* 2010, p. 1.

Hidma 1987

T.R. Hidma, *De bewijskracht van de proces-verbaalakte* (WPNR 1987 (5822), Themanummer De proces-verbaalakte), p. 163-165.

Hijma 2003

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW), Deventer: Kluwer 2003.

Hoe maak je als schuldeiser van een wanbetaler een tevreden betaler? 2016

‘Hoe maak je als schuldeiser van een wanbetaler een tevreden betaler?’, Radio 1, 22 januari 2016, <http://m.radio1.nl>.

Van der Hoek 2005

T. Van der Hoek, *Through children's eyes. An initial study of children's personal experiences and coping strategies growing up poor in an affluent Netherlands* (Unicef Innocenti Working paper 2005-05). Florence: 2005.

Von Hombracht 2009

F.D. von Hombracht, *De rechter en Arbitrage 1996-2009, Jurisprudentiebundel samengesteld ter gelegenheid van 60 jaar NAI*, Deventer: Kluwer 2009.

Hondius 2009

E.H. Hondius, ‘De tanden van het privaatrecht’, in: E.F.D. Engelhard (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 51-63.

Hondius 2011

E.H. Hondius, ‘De geschillencommissies’, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 535-555.

Hondius 2012

E.H. Hondius, ‘Geschillenbeslechting voor consumenten wordt Europees’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, p. 113-117.

Van den Honert 1839

J. van den Honert Thz., *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden (met eene voorrede van Mr. F.H. van Hall practiserend advocaat te Amsterdam)*, Amsterdam: L. van der Vinne 1839

Van den Honert 1842

J. van den Honert Thz., *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetgeving betrekkelijk het Notaris-Ambt. Deel 1*, Amsterdam: C.G. Sulpke en Gebroeders Diederichs 1842.

Hugenholtz/Heemskerk 2009

Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009.

Huijgen en Pleysier 2001

W. G. Huijgen en A. J. H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt* (Serie Ars Notariatus C), Deventer: Kluwer 2001.

In het krijt bij de overheid 2013

In het krijt bij de overheid (Rapport van De Nationale Ombudsman, 2013/003), 17 januari 2013, www.ombudsman.nl.

Incassokosten, een bron van ergernis 2008

Rapport Incassokosten, een bron van ergernis! Rapport Landelijke Organisatie Sociaal Raadslieden 2008.

Internetrechtbank van start 2010

‘Internetrechtbank van start’, *De Telegraaf* 11 januari 2010.

Van Ittersum 1927

L.A. van Ittersum, *Het bindend advies* (diss. Utrecht), Utrecht: Drukkerij P. de Boer 1927.

Jacobs 1998

W.A. Jacobs, *ADR en Consument: een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschiloplossing* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998.

Jensma 2013

Folkert Jensma, ‘Rechters, óók een gesloten bondgenootschap’, *NRC Handelsblad* 16/17 februari 2013.

Jensma 2013b

Folkert Jensma, ‘Moet het monopolie op het recht bij rechters and advocaten blijven?’, *NRC Handelsblad* 16/17 november 2013.

Jongbloed 1987

A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht. Beschouwingen over reële executie naar geldend en wordend recht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Jongbloed 2005

A.W. Jongbloed, ‘De Gerechtsdeurwaarder: zakenman of functionaris?’ in: *Justitiële Verkenningen, Beroepsethiek en Marktwerving*, Den Haag: Ministerie van Justitie/WODC 2005, p. 64-76.

Jongbloed e.a. 2007

A.W. Jongbloed e.a., *Herbalans. Beschouwingen naar aanleiding van het rapport Uitgebalanceerd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Jongbloed 2009

A.W. Jongbloed, 'Executoriale titels: eenheid in verscheidenheid?' in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Knelpunten bij beslag en executie* (Serie onderneming en recht deel 49), Deventer: Kluwer 2009, p. 611-640.

Jongbloed 2012

A.W. Jongbloed, 'Recht (g)een rustig bezit', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2012, p. 74-76.

Jongbloed 2014

A.W. Jongbloed, 'Van twee kanten: e-Court: I. Een miskend initiatief om de kosten voor procederende burgers acceptabel te houden', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2014-3, p. 111-116.

Jongbloed en Ernes 2011

A.W. Jongbloed en A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk Procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

Jungmann en Werksma 2013

N. Jungmann, M. Werksma, *Wanbetaling zorgkosten: voorkomen is beter dan genezen!*, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/2013, 31 736, nr. J.

Justitie verspeelt opnieuw miljoenen euros met mislukte automatisering 2013

'Justitie verspeelt opnieuw miljoenen euros met mislukte automatisering', NOS 26 juni 2013, www.nos.nl.

Justitie verspilt miljoenen euro's door falend ICT-project 2013

'Justitie verspilt miljoenen euro's door falend ICT-project', Elsevier 26 juni 2013, www.elsevier.nl.

Kallinikos 2009

J. Kallinikos, 'Institutional Complexity and Functional Simplification. The Case of Money Claim Online Service in England and Wales', in: F. Contini en G.F. Lanzara (red.), *ICT and Innovation in the Public Sector. European studies in the making of e-government*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2009.

Keessen 2006

A.M. Keessen, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht', *NTER* 2006, p. 55-64.

King 2016

D.A. King, 'A judge's view of e-Court', *New Hampshire Business Review* 2016-10, p. 29.

Klompers en Van Reste 2010

M. Klompers en M. van Reste, 'See you in e-Court?', *Ars Aequi* 2010, p. 301.

A. Knigge 1998

A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding. Een onderzoek naar de rechtsingang van de civiele procedure ten overstaan van de Nederlandse rechter en naar het ius standi in iudicio*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

M.W. Knigge 2012

M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

M.W. Knigge 2013

M.W. Knigge, 'Rv aan de kant? De toelaatbaarheid van procesovereenkomsten onder de loep genomen' (bespreking van: M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012), *Ars Aequi* 2013, p. 336-340.

M.W. Knigge 2015

M.W. Knigge, 'Procederen bij een geschillencommissie na implementatie van de ADR-richtlijn. Een onderzoek naar het gewijzigde wettelijke kader', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2015-5, p. 253-263.

M.W. Knigge en Ribbers 2017

M.W. Knigge en P.L.W. Ribbers, 'Arbitrage, afstand van recht en artikel 6 EVRM', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2017-20, p. 35-43.

Koekkoek (red.) 2000

A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: Kluwer 2000.

Kompier 2013

L.D.V.M. Kompier, 'Incassokosten begrensd', *Ars Aequi*, 2013, p. 149-152.

Van der Kooij 1988

B.J.G. van der Kooij, *Innovatie gedefinieerd: een analyse en een voorstel* (Research report) Eindhoven: University of Technology 1988.

Koop, Prins en Hijmans 2000

B.J. Koops, C. Prins en H. Hijmans, *ICT law and international and nationalization of government views*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.

Kortmann 2007

C.A.J.M. Kortmann, 'Twintig vrolijke vragen. Een kleine methodologie naar aanleiding van Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1448-1461

Kostbaar ICT-debacle bij Justitie 2013

'Kostbaar ICT-debacle bij Justitie', *Het Financieele Dagblad* 26 juni 2013.

Kraan 1987

C.A. Kraan, *Het Testament* (WPNR 1987 (5822), Themanummer De proces-verbaalakte), p. 173-177.

Kraan 2012

C.A. Kraan, 'E-Court vanuit notarief perspectief', *WPNR* 2012 (6922), p. 228-230.

Kraats 2013

K.G.F. van der Kraats, 'Een betere benutting van de rolzitting' in: *Trema* 2013/7, p. 233-237.

Kramer, Tuil en Tillema 2013

X.E. Kramer, M.L. Tuil en I. Tillema, *Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken*, (Rapport d.d. 26 april 2013), Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29 279, nr. 161.

Kramer, Tillema en Tuil 2014

X.E. Kramer, I. Tillema en M.L. Tuil, 'De verstekprocedure getoetst; een empirisch onderzoek naar de verstekprocedure in het licht van het KEI-programma', *TCR* 2014, p. 1 – 11.

Krans en Wissink 2008

H.B. Krans en M.H. Wissink, 'Richtlijnconforme uitleg van het arbitragerecht na Mostaza Claro', *TCR* 2008. P. 42-46.

Krans 2010

H.B. Krans, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht en materieel EU-recht*, (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 12), Deventer: Kluwer 2010.

Kreijveld 2012

M. Kreijveld, *Samen Slimmer. Hoe de 'wisdom of the crowds' onze samenleving zal veranderen*, Den Haag: Stichting Toekomstbeeld der Techniek 2012.

Kroll e.a. 2017

J.A. Kroll e.a., 'Accountable Algorithms', 165 *U. PA. L. REV.* 2017/633.

Van de Kuilen 2013

E.A. van de Kuilen, 'Project civiele procesinnovatie', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2013, p. 38-42.

Land/Eggens 1933

N.K.F. Land/ J. Eggens, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Deel 6. Boek IV. Titel 1-6*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1933.

Lekkerkerker 2012

G. Lekkerkerker, 'De proces-verbaalakte niet executeerbaar; ambtenaarsverklaring niet goed genoeg', *Notariaat Magazine* 2012, p. 30.

Lodder 2011

A.R. Lodder, 'Conflict resolution in Virtual worlds: General characteristics and the 2009 Dutch convictions on virtual theft', in: K. Cornelius en D. Hermann (red.), *Virtual worlds and criminality*, Berlin: Springer 2011, p. 79-93.

Lodder en Zeleznikow 2009

A.R. Lodder en J. Zeleznikow, 'Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Systems in a Three Step Model', *Harvard Negotiation Law Review* 2009-10, p. 287-338.

Lodder en Zeleznikow 2010

A.R. Lodder en J. Zeleznikow, *Enhanced dispute resolution through the use of information technology*. Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Lodder en Oskamp (red.) 2009

A.R. Lodder en A. Oskamp (red.), *Information Technology and Lawyers. Advanced Technology in the Legal Domain. From Challenges to Daily Routine*, Berlin: Springer, 2009.

Loesberg 2004

E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over beslag en executierecht', *JBPr*, 2004, p. 392-400.

Loonstein 2016

H. Loonstein, 'Bekendmaken executieveiling via website (art. 516 Rv)', *JBN* 2016/38, p. 3-5.

Loos 2007

M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de echtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?', *WPNR* 2007 (6727), p. 867-869.

Loos en Van Boom 2010

M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht. Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010.

Loos 2011

M.B.M. Loos, 'Harmonisatie van het consumentencontractenrecht', *NJB* 2011, p. 5.

Loos 2014

M.B.M. Loos, 'Geschillenbeslechting door e-Court vanuit consumentenrechtelijk perspectief bezien,' *WPNR* 2014 (7003), p. 92-98.

Luttik 1994

A.G. Luttik, 'Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 259-270.

Manifest 2016

'Manifest: bedrijven pakken samen probleemschulden aan', P⁺ 21 januari 2016, www.p-plus.nl.

Maris 2008

A.G. Maris, *Grondrechten voor en tegen de overheid*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Marwijk Kooy 1977

B. van Marwijk Kooy, 'De aansprakelijkheid van de arbiter en de bindend adviseur', *NJB* 1977, p. 347-350.

Mayes e.a. 2012

S. Mayes e.a., 'Long-Term Temporal Stability of Measured Inattention and Impulsivity in Typical and Referred Children', *Journal of Attention Disorders*, juni 2012.

G.J. Meijer 1992

G.J. Meijer, 'Bindend advies en de vaststellingsovereenkomst', in: *Tot persistit!, Opstellen aangeboden aan H.J. Snijders*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 51-69.

G.J. Meijer 1995

G.J. Meijer, 'Kroniek arbitrage en bindend advies', *TCR* 1995, p. 68.

G.J. Meijer 2011

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk 13), Deventer: Kluwer 2011.

Meijer en Ernste 2015

G.J. Meijer en P.E. Ernste, 'De arbitragewet 2015, gezien in het licht van dwingend en regelend recht', *RMThemis* 2015, p. 95-106.

Meijer en Van Mierlo 2014

G.J. Meijer en A.I.M. van Mierlo, 'Aantasting van arbitrale vonnissen', *WPNR* 2014 (7003), p. 60-71.

Meijer en Van Roessel 2010a

G.J. Meijer en H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid - Deel I', *TvA* 2010, 12.

Meijer en Van Roessel 2010b

G.J. Meijer en H.A.M. van Roessel, 'Enige beschouwingen over goede mannen naar billijkheid - Deel II', *TvA* 2010, 28.

Meijknecht 2007

P.A.M. Meijknecht, *Kennismaking met het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Meijsen en Jongbloed 2010

M. Meijsen en A.W. Jongbloed, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel* (Research Memoranda Raad voor de rechtspraak 2010/2), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2010.

Melis/Dijk e.a. 1973

P.L. Dijk e.a., J.C.H. Melis, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 1973.

Melis/Dijk e.a. 1982

P.L. Dijk e.a., J.C.H. Melis, *De Notariswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Melis/Waaijer 2012

B.C.M. Waaijer, J.C.H. Melis, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012.

Met voeten getreden 2013

Met voeten getreden, schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders (Rapport van de Nationale ombudsman, 2013/50), 2 november 2013, www.ombudsman.nl.

Van Mierlo 1999

A.I.M. van Mierlo, 'Eis in de hoofdzaak bij beslag', *WPNR* 1999 (6373), p. 725-726.

Van Mierlo 2004

A.I.M. Van Mierlo (GS *Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 700 Rv, aant. 11 'Wat geldt als eis in de hoofdzaak?'

Mijnssen en Van Mierlo 2009

F.H.J. Mijnssen en A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Milne 2007

A. J. Milne, 'Entering the Interaction Age Today', *Educause review* (vol. 42, nr. 1, January/February 2007), p. 12–31.

Moltzer 1904

J.P. Moltzer, *Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs*, Den Haag: Boekh. vh. Gebr. Belin- fante 1904.

Du Mortier, Robben en Taeymans 2001

J. Du Mortier, F. Robben en M. Taeymans, *A Decade of Research at the Crossroads of Law and ICT*, Gent: Larcier 2001.

Van Mourik en Verstappen 2006

M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Mourik 2009

M.J.A. van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht, Monografieën Privaatrecht 12*, Deventer: Kluwer 2009.

Mullender-Wijnsma e.a, 2015

M.J. Mullender-Wijnsma e.a., 'Moderate-to-vigorous physically active academic lessons and academic engagement in children with and without a social disadvantage: a within subject experimental design', *BMC public health*, 2015, 15:404.

Nakad-Weststrate en Jongbloed 2010

H.W.R. Nakad-Weststrate en A.W. Jongbloed, 'De digitale Snelweg', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2010-2, p. 49-51.

Nakad-Weststrate 2011

H.W.R. Nakad-Weststrate, 'Van rechtsverfijning naar verfijning van het rechtsbestel', presentatie key note speaker op de Bijeenkomst online geschilbeslechting in het kader van de Innovatie Agenda van het Ministerie van V&J op 8 mei 2012, te raadplegen via www.pleio.nl/file/download/6803872.

Nakad-Weststrate 2014

H.W.R. Nakad-Weststrate, 'Reactie', *TvA* 2014/3.

Nakad-Weststrate e.a. 2015a

H.W.R. Nakad-Weststrate, A.W. Jongbloed, H.J. van den Herik en Abdel-Badeeh M. Salem, 'The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings', ICIT 2015, The 7th International Conference on Information Technology: ICIT 2015, Amman, Jordanië, 2015, p. 59-67, te raadplegen via <http://icit.zuj.edu.jo/ICIT15>.

Nakad-Weststrate e.a. 2015b

H.W.R. Nakad-Weststrate, A.W. Jongbloed, H.J. van den Herik en Abdel-Badeeh M. Salem, 'Artificial Intelligence and Consumer Protection. The influence of Artificial Intelligence on Consumer Protection in Debt Collection Proceedings at e-Court, the first private online court of the Netherlands', abstract in: G.T. Papanikos (Ed.) *Information Technology & Computer Science Abstracts Eleventh Annual International Conference on Information Technology & Computer Science*, 18-21 May 2015, Athens, Greece, p. 44-45, te raadplegen via <http://www.atiner.gr/abstracts/2015ABST-COM.pdf>.

Nakad-Weststrate e.a. 2015c

H.W.R. Nakad-Weststrate, A.W. Jongbloed, H.J. van den Herik en Abdel-Badeeh M. Salem, 'Digitally Produced Judgements in Modern Court Proceedings', *the International Journal for Digital Society (IJDS)* 2015/Volume 6, Issue 4, p. 1102-1112.

National Policy and Action Plan for Implementation of information and communication technology (ICT) in the Indian Judiciary 2005

Auteurs niet vermeld, *National Policy and Action Plan for Implementation of information and communication technology (ICT) in the Indian Judiciary* 2005, <http://hcraj.nic.in/action-plan-ecourt.pdf>.

Noblesse Oblige 2008

Noblesse Oblige, Rapport Commissie evaluatie Koninklijke beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (Artikel 85 Gerechtsdeurwaarderswet), Ministerie van Veiligheid en Justitie, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700, VI, nr. 113.

Nolen 1957

W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Novak 1984

G. Novak, *Learning technologies should be designed to increase, and not to reduce, the amount of personal contact between students and faculty on intellectual issues*, Study Group on the Conditions of Excellence in American Higher Education, 1984.

Pargas 2006

R. P. Pargas, 'Reducing Lecture and Increasing Student Activity in Large Computer Science Courses', ITiCSE June 26-28, 2006, Bolgna, Italy, te raadplegen via <http://www.iticse06.cs.unibo.it/>.

Pensioen in Duidelijke Taal 2012

Pensioen in Duidelijke Taal (Lijst van Aanbevelingen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 26 juni 2012, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 110 nr. 2.

Philips 1880

I.T. Philips, *Opdracht Van Rechtspraak Aan Scheidslieden* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Loman, Kirberger & van Kesteren 1880. Sinds 22 februari 2010 wordt het boek opnieuw uitgegeven via "printing-on-demand" door Kessinger Publishing Inc. (Kessinger Legacy Reprint), Whitefish, Montana, USA en sinds 29 februari 2012 door Nabu Press, Charleston, South Carolina, U.S.A. Deze nieuwe uitgaven zijn te bestellen via www.amazon.com en www.betterread.com.au. De herdruk van Kessinger vermeldt op de kaft en op de websites als mede-auteur dr. S. Hoekstra. Echter, hij was geen mede-auteur, maar rector magnificus aan de Amsterdamse Universiteit ten tijde van de verdediging van het proefschrift.

Pitlo 1942

A. Pitlo, 'Het elastische ambt', *WPNR* 1942 (3764-3765).

Pitlo /Hidma en Rutgers 1995

T.R. Hidma en G.R. Rutgers, A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 7. Bewijs*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Pitlo /Hidma en Rutgers 2004

T.R. Hidma en G.R. Rutgers, A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004.

Pitlo/Rutgers en Krans 2014

G.R. Rutgers en H.B. Krans, A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014.

Pleysier 1986

A.J.H. Pleysier: 'Ontruimen op de grosse', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen, Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag*, p. 19-37.

Popper 1959

K. Popper, *The logic of scientific discovery* (vertaling van K. Popper, *Logik der Forschung: zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Wenen: Julius Springer 1935), Londen/New York: Hutchinson & Co 1959.

Rapport Ambtshalve toetsing II 2014

H.A. van den Berg, R.H.C. Jongeneel en W.J.J. Wetzels, *Ambtshalve toetsing II, Herzien rapport van de LOVCK werkgroep*, november 2014.

Reiling 2009

D. Reiling, *Technology for justice. How information technology can support judicial reform* (diss. Amsterdam), Leiden: University Press 2009.

Renteberekening door Gerechtsdeurwaarders 2012

Renteberekening door Gerechtsdeurwaarders, Een verkennend onderzoek naar de wijze van renteberekening in de meest voorkomende gerechtsdeurwaarders softwarepakketten (Rapport Bureau Financieel Toezicht 17 december 2012), Utrecht: BFT 2012.

Robotrechter kan echte rechters ontlasten 2017

'Robotrechter kan echte rechters ontlasten', *TPO* 29 september 2017.

'Robotrechter' kan straks routinezaken behandelen 2017

"Robotrechter" kan straks routinezaken behandelen', *NRC* 29 september 2017.

Rodenburg 1981

P. Rodenburg, 'Ontruiming na executoriale verkoop. Parate executie door de koper?', *De Praktijk-gids* 1981, p. 365-370.

De Roos 1991

Th. A. de Roos, *Verdediging van belangen. Het belang van de verdediging* (oratie RU Limburg), Arnhem: Gouda Quint 1991.

Rubino-Sammartano 2001

M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, Den Haag: Kluwer International 2001.

Sanders 1996

P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996.

Sanders 2001

P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Sanders 1997

P. Sanders, 'Arbitrage en artikel 17 Grondwet', *RM Themis* 1997, p. 241.

Santen 1987

A.H.M. Santen, *Het zuivere proces-verbaal en het partij-proces-verbaal* (WPNR 1987 (5822), Themanummer De proces-verbaalakten), p. 161-163.

Scheele 2006

N.K. Scheele, *The Interactive Lecture: A new Teaching Paradigm based on Pervasive Computing* (diss. Mannheim) 2005, te raadplegen via <http://d-nb.info/978586166/34>.

Scheltema e.a. 2002

M. Scheltema e.a., *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (WRR reeks: rapporten aan de regering) Den Haag: SDU Uitgevers 2002.

Schonewille (red.) 2009

F. Schonewille (red.), *Notaris en scheiding*, Apeldoorn: Maklu 2009.

Schonewille 2012

F. Schonewille, *Partij-autonomie in het relatievermogensrecht* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2012.

Small e.a. 2008

G. Small e.a., 'Your Brain on Google: Patterns of Cerebral Activation during Internet Searching', *American Journal of Geriatric Psychiatry*, februari 2009, p. 116-126.

Smith e.a. 2008

C.E. Smith e.a., 'Criteria voor goed rechtswetenschappelijk onderzoek. De omgekeerde route', *NJB* 2008/12.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, deel 10), Deventer: Kluwer 2008, p. 25-30.

Snijders 1992

H.J. Snijders, 'De rechter aan de kant, alternatieve geschillenbeslechting' (bundel ter gelegenheid van het Jonge Baliecongres 1992), Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Snijders 2010a

H.J. Snijders, 'Arbitraal beding en EU-recht, ambtshalve rechterlijk optreden in dat verband', *TvA* 2010/1.

Snijders 2010b

H.J. Snijders, *Arbitrage en/of bindend advies bij de SGC. Een onderzoek in opdracht van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de Sociaal-Economische Raad*, Leiden/Den Haag: SER, 2010.

Snijders, Klaassen en Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Snijders, Gerretsen en Rueb 2012

H.J. Snijders, R.B. Gerretsen en A.S. Rueb, *Burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Sprenger/Libourel

J.P. Sprenger van Eyk/Ph.B. Libourel, *De wetgeving op het notarisambt*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1928.

Stein/Rueb 2011

P.A. Stein/ A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Stolker 2003

C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geléerd zijn jullie wel! Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, p. 766-778.

Tervoert en Van Ewijk 2006

M.J. Tervoert en M.D. van Ewijk, *Tendrapportage Gerechtsdeurwaarders 2006; Toegankelijkheid, continuïteit en kwaliteit van ambtelijke dienstverlening*, Den Haag: Ministerie van Justitie/ WODC (2006).

Den Tonkelaar 1981

J.D.A. den Tonkelaar, 'Ontruiming op grond van een notariële akte', *De Praktijkids* 1981, p. 141-146.

Trenaman 1951

J.M. Trenaman. *The Length of a Talk*, Londen: British Broadcasting Company 1951.

Tromp 2014.

J.W.M. Tromp, 'KEI-goed, ook in communicatie', *Trema* 2014/1, p. 3.

Vara Kassa 2013

Vara Kassa, aflevering 'Deurwaarder houdt zich niet aan de wet', d.d. 2 november 2013, www.uitzendinggemist.nl.

Veegens-Wiersma 1988

H.W. Wiersma en K. Wiersma, *D.J. Veegens, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, deel 2, Bewijs door geschriften*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Velicogna 2008

M. Velicogna, 'Use of information and communication technologies (ICT) in European judicial systems', *CEPEJ Studies* 2008-7.

Velicogna, Errera en Derlange 2013

M. Velicogna, A. Errera en S. Derlange, 'Building e-Justice in Continental Europe: The TéléRecours Experience in France', *Utrecht Law Review* 2013, p. 38-59.

Van Velten 1987

A.A. van Velten, *Het notarieel proces-verbaal van veiling: karakter en typering* (WPNR 1987 (5822), Themanummer De proces-verbaalakten), p. 165-169.

De Vey Mestdagh en Van Zuijlen 2012

C.N.J. de Vey Mestdagh en T. van Zuijlen, 'Private rechtspraak: online én offline een realiteit' (*Justitiële verkenningen* 2012-8), Den Haag: WODC, p. 81-93.

Verdonschot 2014

J.H. Verdonschot, 'De technologie van toegang tot het recht,' in: *Justitiële Verkenningen, Toegankelijkheid van het recht*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie/WODC/Boom Lemma 2014, p. 77-92.

Verhage 2015

E.N. Verhage, 'Een nieuw Nederlands kader voor ADR en ODR in consumentengeschillen', *TvA* 2015/39, p. 1-14.

Vermeij 2011

P. Vermeij, 'Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw bij overeenkomsten met consumenten, tijd voor een update', *TBR* 2011, p. 421-430.

Vermunt 1992

J. D. Vermunt. *Learning styles and directed learning processes in higher education: towards a process-oriented instruction in independent thinking*, Lisse: Swets and Zeitlinger 1992.

De Vey Mestdagh en Van Zuijlen 2012

C.N.J. de Vey Mestdagh en T. van Zuijlen, 'Private rechtspraak: online én offline een realiteit' (*Justitiële verkenningen* 2012-8), Den Haag: WODC, p. 81-93.

Vilquin en Bosio 2014

J. Vilquin en E. Bosio, 'Improving court efficiency ; the Republic of Korea's e-court experience', *Doing Business* 2014, p. 66-70.

Vogel 2001

J.N.G. Vogel, *Incasso. De rechtsverhouding van de opdrachtgever met de incassant en diens beroepsaansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Ridderkerk: Ridderprint 2001.

VPRO Zembla 2013

VPRO Zembla, aflevering d.d. 17 januari 2013 over de incasso-industrie, www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1319762.

De Vries 1995

H.H. de Vries e.a., 'Het maatschappelijk belang van geschillencommissies (Samenvatting van rapport)', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1995, p. 299-300.

Wanbetalers betalen beter bij begripvolle benadering 2016

‘Wanbetalers betalen beter bij begripvolle benadering: ‘hoe kunnen we helpen?’ *RTL Nieuws* 21 januari 2016, www.rtlnieuws.nl.

Wefers Bettink 2011

H.W. Wefers Bettink, ‘E-Court, een stap(je) naar digitale geschilbeslechting’, *TvA* 2011/5.

Wefers Bettink 2013

H.W. Wefers Bettink, ‘E-Court en de lange weg naar houdbare elektronische Geschiloplossing’, *TvA* 2013/3.

Wefers Bettink 2014

H.W. Wefers Bettink, ‘Nawoord’, *TvA* 2014/4.

Van der Werf 2004

H.G. van der Werf, *Mobiel op juridische golflengte*, Amsterdam: Cramwinckel 2004.

Wessels en Verheij 2010

B. Wessels en A.J. Verheij, *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijke Recht), Deventer: Kluwer 2010.

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, ‘De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel’, in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd* (25 jaar faculteit der rechtsgeleerdheid EUR-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 413-429.

Wiersma, red. art. 2013

H.W. Wiersma, ‘Enkele opmerkingen over de bindend adviesprocedure met de invoeging van notariële tussenkomst als een in art. 700 lid 3 Rv bedoelde eis in de hoofdzaak’ (redactioneel artikel), *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht* 2013, p. 400-404.

Wiersma 2014

H.W. Wiersma, Elektronisch ondertekenen volgens wetsvoorstel 34059/KEI en volgens het vernieuwde arbitragerecht, *JBPr* 2014, p. 489-49.

Wiersma 2016

H.W. Wiersma, (EU) eidas-verordening en elektronische handtekeningen, *JBPr* 2016, p. 300-331.

De Witte en Vermeersch 2004

M. de Witte en A. Vermeersch, *Europees Consumentenrecht*, Antwerpen: Maklu 2004.

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1993.

Van Zanten 2009

M.R. van Zanten, 'De bindend adviesprocedure: eis in de hoofdzaak na beslag?', *TvPP* 2009-1, p. 5-10.

Van Zanten 2011

M.R. van Zanten, 'Misbruik van beslagrecht steeds vaker gebruikt', *Beslag en executie in de rechtspraktijk*, 2011, p. 20-24.

Zarsky 2016

T. Zarsky, 'The trouble with algorithmic decisions: An analytic road map to examine efficiency and fairness in automated and opaque decision making', *Science, Technology, and Human Values* 2016/41(1), p. 118-132.

Van Zeist 2014

B. van Zeist, 'Aandachtspunten bij de rechtsrelatie tussen arbiters en procespartijen', *Contracteren* 2014/4, p. 96-103.

Van Zijst 1993

M. van Zijst, 'De vaststellingsovereenkomst', *NJB* 1993, p. 1049 e.v.

Lijst van Appendices

Hieronder volgt een lijst van appendices. De volgorde van deze lijst is bepaald door de volgorde waarin zij voor het eerst zijn vermeld in het onderzoek. De paragraaf van de eerste vermelding is tussen haakjes achter elke appendix vermeld.

- Appendix A : De brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 23 juni 2011 (§ 1.4).
- Appendix B : Commentaar KNB op de rol van de notaris bij e-Court/februari 2011 (§ 4.4.3).
- Appendix C : Voorbeeld van een notariële proces-verbaalakte voor de vastlegging van een private uitspraak (§ 8.2.9).

Appendix A: De brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 23 juni 2011
Ministerie van Veiligheid en Justitie

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Datum 23 juni 2011
Onderwerp e-Court

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Projectnaam
e-Court

Ons kenmerk
5698593/11

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Bij de beantwoording van vragen van het lid Van der Steur over een alternatief voor de traditionele rechtspraak (stichting e-Court) en de rol van de deurwaarder, heb ik uw Kamer meegedeeld dat ik de Kamer bij brief nader zou informeren¹. Reden daarvoor was dat op dat moment enkele ontwikkelingen gaande waren die van belang waren voor een gedegen inhoudelijke beantwoording van de vragen. Zo liep er een proefprocedure bij de Kamer voor gerechtsdeurwaarders te Amsterdam over de weigering van een gerechtsdeurwaarder om zijn medewerking aan e-Court te verlenen en heb ik een analyse laten uitvoeren naar de wettelijke en beleidsmatige implicaties van de e-Courtprocedure binnen het wettelijke stelsel. E.e.a. heeft enige tijd in beslag genomen. Hierbij informeer ik u over de uitkomst van deze analyse.

e-Court

Ik wil voorop stellen dat ik in zijn algemeenheid initiatieven met betrekking tot alternatieve geschilbeslechting positief tegemoet treedt. Zeker als deze gericht zijn op het bereiken van een snelle, betaalbare en voor beide partijen bevredigende oplossing van het conflict. De vrijwilligheid van partijen om aan een dergelijke vorm van geschiloplossing mee te werken is daarvoor een voorwaarde. Aan de procedure zoals deze door e-Court wordt voorgestaan kleven niettemin gezien het huidige wettelijke kader twee belangrijke bezwaren. Hierbij wil ik de kanttekening maken dat het uiteindelijk aan de rechter is om over een en ander een definitief oordeel te vellen.

Het eerste bezwaar ziet op de verhouding van de procedure bij e-Court tot de procedures van bindend advies en arbitrage, en het feit dat e-Court als private geschilbeslechtingsinstantie via een procedure van bindend advies wil komen tot een executoriale titel buiten de rechter om. Bindend advies berust op de vrij summiere wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. Burgerlijk Wetboek). Bij niet-naleving van het bindend advies vindt tenuitvoerlegging indirect plaats, namelijk via een vonnis tot nakoming van de gewone rechter. De procedure van arbitrage (art. 1020 e.v. boek 4 Wetboek van

¹ Antwoorden kamervraag inzake alternatief voor de traditionele rechtspraak en de rol van de deurwaarder, Aanhangsel Handelingen II 2010/11, nr. 781.

Burgerlijke Rechtsvordering) is uitvoerig wettelijk geregeld en bevat een aantal waarborgen dat de arbitrale procedure voldoet aan de eisen van een behoorlijk proces. Vanwege deze waarborgen is verlof van de rechter tot tenuitvoerlegging (executoriale titel) eenvoudig te verkrijgen. In het geval van bindend advies ontbreken deze wettelijke waarborgen en is niet voorzien in een afzonderlijke regeling inzake de verkrijging van een executoriale titel. De procedure bij e-Court is gebaseerd op de regeling van bindend advies, maar beoogt tegelijkertijd de verkrijging van een executoriale titel buiten de rechter om. De e-Courtprocedure zou daarmee feitelijk een verderstrekkende uitkomst hebben dan arbitrage, omdat beoogd wordt de procedurele waarborg van het rechterlijk verlof te vervangen door een executoriale titel in de vorm van een door een notaris afgegeven grosse van een notariële akte. Dit strookt alleen met het wettelijk stelsel van buitengerechtelijke geschiloplossing voor zover partijen vrijwillig de keuze maken om het bindend advies in executoriale vorm op te laten maken en daartoe bij de notaris een verklaring afleggen.

Hiermee kom ik op het tweede bezwaar. Dat ziet op de wijze van verkrijging van een executoriale titel op grond van een notariële akte. In zijn algemeenheid kunnen partijen desgewenst een bindend advies in een notariële akte laten vastleggen en *welbewust en uit vrije wil* overeenkomen dat deze akte grond voor een executoriale titel oplevert voor zover de daarin neergelegde verplichtingen zich lenen voor daadwerkelijke tenuitvoerlegging. Indien partijen dit bij de notaris overeengekomen zijn en de notariële akte door betrokken partijen wordt ondertekend, is sprake van een partij-akte. Ik begrijp de e-Courtprocedure aldus, dat het de intentie is om de beslissing van e-Court door een notaris te laten vastleggen in een proces-verbaalakte, een akte die niet door partijen ondertekend hoeft te worden. De voorafgaande instemming van partijen met het vastleggen van het bindend advies van e-Court in een notariële akte, bijvoorbeeld via algemene voorwaarden die verwijzen naar het procesreglement van e-Court, wordt door e-Court voldoende basis geacht waarop de notaris de wilsovereenstemming van partijen kan vaststellen ten aanzien van de inhoud van de akte. Een zodanige constructie verdraagt zich echter niet met de wettelijke rol van de notaris die de op de rechtsgevolgen van de totstandkoming van notariële akte gerichte wil van partijen moet kunnen vaststellen, partijen dient te informeren over deze rechtsgevolgen (*Belehrungspflicht*) en dient te voorkomen dat één der partijen misbruik maakt van feitelijk overwicht. Het voorafgaand aan de procedure bij voorbaat instemmen met vastlegging van het bindend advies in een notariële akte met executoriale kracht, bijvoorbeeld via algemene voorwaarden, kan daarvoor geen substituut vormen. Dit knelt met name in gevallen waarin de vrijwilligheid van partijen moeilijk is vast te stellen, zoals bijvoorbeeld bij incassozaken die bij verstek, dus zonder dat de schuldenaar hierin op enig moment van zich heeft laten horen, worden afgedaan. De wetgever stelt uitdrukkelijk zware eisen aan het verkrijgen van een executoriale titel. De tenuitvoerlegging van een executoriale titel heeft een dwingend karakter en dient mede om die reden vooraf te worden gegaan door tussenkomst van de rechter, of, in geval van vrijwilligheid van partijen, door een notariële – door partijen ondertekende – akte.

Gerechtsdeurwaarders

De discussie rondom de rol van de gerechtsdeurwaarder dient in het licht van het bovenstaande te worden gezien. In het reglement van e-Court is bepaald dat voor de incassoprocedure, anders dan voor overige procedures bij e-Court, op verzoek van en namens de ene partij de andere partij bij voorkeur per exploit wordt

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel

Datum
23 juni 2011

Ons kenmerk
5698593/11

opgeroepen. Naar het oordeel van e-Court betreft deze oproeping een ambtshandeling als bedoeld in artikel 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet (Gdw), die de gerechtsdeurwaarder op grond daarvan verplicht is te verrichten. Voor het antwoord op de vraag of de in het reglement van e-Court voorziene oproeping in een incassoprocedure voor de gerechtsdeurwaarder een ambtshandeling is, is bepalend of de betrokken handeling het uitvoeren van een taak betreft die bij of krachtens de wet aan de deurwaarder is opgedragen of voorbehouden. Elke ambtshandeling dient op grond van artikel 2 van de Gdw op een wettelijk voorschrift te berusten. Noch in bovenvermelde wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst, noch in enig ander wettelijk voorschrift is een grondslag voor de oproeping voor een bindend adviesprocedure als die van e-Court opgenomen, en evenmin is vastgelegd dat een dergelijke oproeping schriftelijk moet geschieden. Voorts is in geval van een dergelijke oproeping geen sprake van rechtstreekse samenhang in de zin van artikel 2, derde lid Gdw met een handeling die wel ambtshandeling is. Nu de oproeping voor een e-Courtprocedure geen ambtshandeling is, kan er dus ook geen ministerieplicht als bedoeld in artikel 11 Gdw worden aangenomen. Ook is er in beginsel geen recht op verstrekking van gegevens uit de gemeentelijke basisadministratie. Een en ander laat onverlet dat een gerechtsdeurwaarder de schriftelijke oproeping voor een e-Courtprocedure in beginsel wél als een andere werkzaamheid als bedoeld in artikel 20 Gdw, en derhalve onverplicht als niet-ambtshandeling, kan verrichten. Op voorhand is er immers geen reden om te concluderen dat gerechtsdeurwaarders door het verrichten hiervan de goede en onafhankelijke vervulling van het deurwaardersambt of het aanzien daarvan schaden of belemmeren. Om bij de betrokken burger geen verwarring te laten ontstaan over de status van de oproeping, zal de gerechtsdeurwaarder bij het uitbrengen van een oproeping er wel voor zorg dienen te dragen dat het de opgeroepene duidelijk is dat het een oproeping voor een bindend adviesprocedure betreft. De kamer voor gerechtsdeurwaarders heeft op 8 februari 2011 op hoofdlijnen hetzelfde oordeel geveld naar aanleiding van de klacht van e-Court over een gerechtsdeurwaarder die had geweigerd om de oproeping voor een e-Courtprocedure als ambtshandeling te verrichten. De tuchtrechter oordeelde dat deze oproeping geen ambtshandeling is en dat het een gerechtsdeurwaarder vrij staat de oproeping als niet-ambtshandeling te verrichten. Daarbij moet wel het voorbehoud worden gemaakt dat tegen deze uitspraak een beroepsprocedure loopt.

De hiervoor besproken bezwaren zijn onlangs met e-Court besproken. In dat gesprek is e-Court gewezen op de mogelijkheid van arbitrage, waarbij het arbitraal vonnis als executoriale titel na een rechterlijk verlof (exequatur), die met een betrekkelijk eenvoudige procedure kan worden verkregen, ten uitvoer kan worden gelegd. Tijdens het overleg is de bereidheid uitgesproken met e-Court in gesprek te blijven. Ik meen dat als genoemde bezwaren worden weggenomen e-Court een interessante aanvulling kan zijn op de markt van geschilbeslechting, waarbij geprofiteerd kan worden van de voordelen die e-Court biedt, zoals de duidelijkheid vooraf over de lengte van de procedure en de digitale proceduremogelijkheden.

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel

Datum
23 juni 2011

Ons kenmerk
5698593/11

Tot slot informeer ik u dat ik een verkenning zal laten uitvoeren naar alternatieven voor het verkrijgen van een executoriale titel in incasso zaken. Deze verkenning past tevens in het lopende traject met betrekking tot innovatie van procedures, welk traject gelijktijdig met het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten is ingezet. Ik zal u te gelegener tijd over de resultaten informeren.

Ik verwacht u met het bovenstaande voldoende te hebben geïnformeerd,

De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,

F. Teeven

**Directoraat-Generaal
Rechtspleging en
Rechtshandhaving**
Directie Rechtsbestel

Datum
23 juni 2011

Ons kenmerk
5698593/11

Hieronder volgt het (ongepubliceerde) advies van de KNB aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van februari 2011.

Commentaar KNB op de rol van de notaris bij e-Court

1500/februari 2011

Algemeen: positief

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) is in beginsel enthousiast over het initiatief e-Court als snel, privaat alternatief dat de publieke overheidsrechtspraak kan ontlasten. Voor een aantal vraagpunten bij de rol van de notaris moeten echter nog oplossingen komen. De Stichting e-Court zal deze uitwerken, waarna de KNB kan beoordelen, of haar twijfels zijn weggenomen.

Op te lossen vraagpunten

De opzet is als volgt. Partijen komen contractueel geschilbeslechting overeen ten overstaan van de Stichting e-Court, waarbij op de voet van artikel 7:900 BW een door de Stichting e-Court te benoemen Geschilbeslechter vaststelt hetgeen rechtens tussen hen geldt. Bij de overeenkomst tot geschilbeslechting door de Stichting e-Court komen partijen bovendien expliciet overeen dat de beslissing van de Geschilbeslechter, het bindend advies, wordt vastgelegd in een notariële akte en dat de betreffende notaris op eerste verzoek van e-Court een grosse van deze notariële akte afgeeft aan partijen.

Vraagpunten ten aanzien van de rol van de notaris hierbij zijn:

- de vastlegging van het bindend advies in een proces-verbaal akte;
- de executoriale kracht van deze proces-verbaal akte;
- de identificatie, die plaats moet hebben volgens de eisen van de Wet op het notarisambt (Wna).

Wat de vraag betreft of de notaris in dit geval een proces-verbaal akte kan opmaken, moet duidelijk worden dat de notaris iets kan waarnemen om te kunnen vaststellen.

De notaris kan vaststellen dat er een schriftelijke overeenkomst is, waarin partijen rechtsgeldig een keuze hebben gedaan voor een andere rechtsgang dan de gewone rechter, die echter wel eindigt met een executoriale titel. In geval van algemene voorwaarden, kan de notaris vaststellen dat de wederpartij van de gebruiker daarvan niet alsnog heeft geopteerd voor de gewone overheidsrechter. De notaris moet kunnen vaststellen dat partijen zijn geïdentificeerd in de procedure, volgens de voorschriften van de Wna, dus in persoon aan de hand van een geldig identificatiedocument. Wie deze identificatie uitvoert, wordt nog door e-Court uitgewerkt.

Verder neemt de notaris kennis van de inhoud van het bindend advies. De KNB heeft aangegeven dat de notaris het procesverloop moet kunnen volgen en er toezicht op moet kunnen houden of het proces verloopt volgens het protocol, enigszins vergelijkbaar met een veiling. Als de procedure niet verloopt volgens het protocol, moet de notaris de vaststelling van het bindend

advies in een akte kunnen weigeren. E-Court heeft te kennen gegeven dat het volgen van het procedureverloop door de notaris een belangrijke toevoeging is en dat het daaraan zou kunnen voldoen.

Wat de vraag betreft of de aldus verleden proces-verbaal akte executoriale kracht kan hebben, heeft de KNB aangegeven daarover twijfels te hebben. Voorwaarde is in elk geval dat de notaris heeft kunnen vaststellen, zoals hiervoor besproken, dat partijen zich realiseren dat de beslissing van de geschilbeslechter in een notariële akte wordt vastgelegd, en dat de grosse van een dergelijke akte een executoriale titel oplevert die, na betekening aan de debiteur, zonder nadere rechterlijke tussenkomst ten uitvoer kan worden gelegd. Bovendien mag het dictum van het bindend advies niet multi-interpretabel zijn, om executeerbaar te kunnen zijn. De geschilbeslechters moeten daarvoor dus instructies krijgen. De notaris mag immers geen grosse afgeven van een uitspraak die niet executeerbaar is. E-Court is ook dit punt aan het uitwerken.

Mr. G.L.F. Sarneel, voorzitter
februari 2011

Appendix C: Voorbeeld notariële proces-verbaalakte bij private rechtspraak

Hieronder volgt een voorbeeld van de tekst van een grosse van een notariële proces-verbaalakte voor de vastlegging van een private uitspraak op grond van de resultaten van ons onderzoek. In de voetnoten wordt verwezen naar de belangrijkste passages van ons onderzoek.

IN NAAM VAN DE KONING

Proces-Verbaal

«RepertoriumNummerNotaris»

«DossiernummerNotaris»

Heden, «Datum uitgeschreven» verklaar ik, mr. «NaamNotaris», notaris te «PlaatsNotaris», dat «NAAM INSTITUUT», gevestigd te «PLAATS», kantoorhoudende te «ADRES», ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken «ENZ. » (hierna ook te noemen: **e-Court**), zich [grondslag reglement] als opdrachtgever tot mij heeft gewend met het verzoek om de procedure geadmistreerd in het procesdossier met «nummer procesdossier», als waarnemer en procesbewaker⁴⁷⁰ te volgen. De procedure is gevoerd tussen «NaamEisendePartij» en «NaamGedaagde» (hierna ook te noemen: **Eisende Partij** respectievelijk **Gedaagde**, of individueel: **Procespartij** of gezamenlijk: **Procespartijen**).

Voornoemde opdrachtgever heeft mij, notaris, verzocht om de uitspraak in het voornoemde geschil (hierna te noemen: **de Uitspraak** of **Beslissing**) in depot te nemen en vast te leggen in een authentieke akte. Voorts verzocht de opdrachtgever mij, notaris, om van de authentieke akte een grosse uit te doen geven, welk stuk executoriale kracht in de zin van artikel 430 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bezit, waardoor de Procespartij die daarbij belang heeft over een afdwingbare einduitspraak zal beschikken.

Ik, notaris, heb de opdracht aanvaard.

Voorts heb ik, notaris, op grond van (a) mijn eigen waarnemingen, (b) de verificatie van het logboek en (c) de inhoud van het hiervoor bedoelde procesdossier, vastgesteld:

- (i) dat de Procespartijen met elkaar een overeenkomst hebben gesloten, waarin wordt verwezen naar algemene voorwaarden;
- (ii) dat in de algemene voorwaarden een keuze voor geschilbeslechting door «NAAM INSTITUUT», op de grondslag van bindend advies/arbitrage* (hierna te noemen: de **Vaststellersovereenkomst/de Overeenkomst tot arbitrage**)* als nevenbeding is opgenomen, waarbij het procesreglement van «NAAM INSTITUUT» van toepassing is verklaard;⁴⁷¹
- (iii) dat de Gedaagde is opgeroepen voor de procedure via een ambtsedig opgemaakt exploit van de gerechtsdeurwaarder, en dat Gedaagde hierbij is geweest op (a) het bepaalde in artikel 6:236 sub n BW, (b) de inhoud van het procesreglement van «NAAM INSTITUUT», en daarbij in het bijzonder (i) het procesverloop, (ii) de verkrijging van een afdwingbare

470 Zie in het bijzonder § 3.1.2, 4.2, 8.2.2 en 8.2.6.

471 T.a.v. (i) en (ii) zie in het bijzonder § 2.2, 2.3 en 4.5.6 en 8.2.4.

einduitspraak door de tussenkomst van de notaris,⁴⁷² (iii) het belang van het voeren van verweer, en (iv) de mogelijkheid van het verlenen van verstek, alsmede (v) de regeling van hoger beroep;⁴⁷³

(iv) dat er geen verklaring van Gedaagde is opgenomen in het dossier ex artikel 6:236 sub n BW, luidende dat de Gedaagde de behandeling door de publieke rechter heeft verkozen;⁴⁷⁴

(v) dat Gedaagde in de gelegenheid is gesteld om verweer te voeren, maar dat hij van dat recht geen gebruik heeft gemaakt, waarna tegen de Gedaagde verstek is verleend;⁴⁷⁵

(vi) dat de procedure is verlopen volgens het procesreglement van «NAAM INSTITUUT»;⁴⁷⁶

(vii) dat de daartoe aangewezen geschilbeslechter/arbiter* mr. «Naam-Judge»⁴⁷⁷

KEUZE A of B

A uitspraak heeft gedaan door een Beslissing te geven ter beëindiging van het geschil en, al doende, heeft vastgesteld wat rechtens tussen de Procespartijen geldt.⁴⁷⁸ Door deze verklaring is bepaald wat de rechtstoestand tussen de Procespartijen moet zijn, en welke verbintenissen op de Procespartijen rusten. Aan deze vaststelling zijn de Procespartijen blijkens artikel 7:901 lid 2 BW gebonden;

B uitspraak heeft gedaan bij arbitraal vonnis, welk vonnis uitvoerbaar is verklaard bij voorraad;

BESLISSING

Vervolgens heb ik aan de hand van de Uitspraak geconstateerd, dat de geschilbeslechter als volgt heeft beslist: Aan Eisende Partij wordt een bedrag van in totaal «Totaalbedraguitgeschreven», (€«**Totaalbedragcijfers**») toegewezen, met inachtneming van de bepalingen die in de beslissing ter plekke zijn gestipuleerd. De samenstelling van dit bedrag is gespecificeerd in de Uitspraak. De Uitspraak is uitvoerbaar verklaard bij voorraad.

MOTIVERING

Tenslotte heb ik aan de hand van de Uitspraak geconstateerd, dat de geschilbeslechter/arbiter* de Beslissing als volgt heeft gemotiveerd: «motivering».

AANHECHTING UITSPRAAK

Met inachtneming van het bovenstaande heb ik, notaris, de Uitspraak in bewaring genomen en aan deze akte gehecht.⁴⁷⁹

SLOT

Deze proces-verbaalakte is opgemaakt en ondertekend te «PlaatsNotaris» op de datum als in het hoofd van deze akte is vermeld.

472 Zie in het bijzonder § 3.1.3, 4.5.6 en hoofdstuk 5.

473 Zie hoofdstuk 6 en 8.2.5.

474 Zie § 2.3, hoofdstuk 5 en 8.2.4.

475 Zie § 2.3 en 5.4.

476 Zie § 4.5.2.

477 De notaris controleert de identiteit van de geschilbeslechter/arbiter aan de hand van diens identiteitsbewijs en verzoekt aan de opdrachtgever om te bevestigen dat de geschilbeslechter/arbiter in genoemde hoedanigheid het geschil heeft beslecht.

478 Zie § 2.2.2.

479 Zie § 8.2.3.

[NIET VERPLICHT:

Deze proces-verbaalakte is op «Plaats, tijd» mee ondertekend door

- «NaamBestuurder»,⁴⁸⁰ in hoedanigheid van voorzitter van «NAAM INSTITUUT» welke rechtspersoon aan de Notaris opdracht heeft verstrekt tot het passeren van deze proces-verbaalakte.
en/of
- «Naam-Judge », in hoedanigheid van geschilbeslechter/arbiter* van «NAAM INSTITUUT» ten bewijze van zijn instemming met de in deze akte opgenomen door de notaris waargenomen (schriftelijke) verklaring van hem.

Deze akte geldt op grond van artikel 37 lid 3 Wna ten opzichte van hem die de akte mede ondertekent, tevens als partij-akte voor wat betreft de bewijskracht van de daarin door mij, notaris, vermelde waarnemingen.”]⁴⁸¹

«STEMPELNOTARIS»

Door mij voor eerste grosse afgegeven aan «NAAM INSTITUUT», gevestigd te ENZ., ten behoeve van de Procespartij die bij de tenuitvoerlegging belang heeft, op de datum als in het hoofd van deze akte is vermeld.⁴⁸²

«STEMPELNOTARIS»

UITGEGEVEN VOOR EERSTE GROSSE

* Doorhalen wat niet van toepassing is.

480 De notaris controleert de identiteit van de bestuurder aan de hand van het paspoort en hij controleert de bevoegdheid van de bestuurder door raadpleging van het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

481 Zie § 3.3.3 t/m 3.3.10.

482 Zie § 3.4 en 8.2.8.

Samenvatting

De Notaris en Private Rechtspraak

In dit proefschrift is onderzocht of de notariële proces-verbaalakte kan dienen als executoriale titel bij private rechtspraak. Dit is een gecompliceerd onderwerp. In hoofdstuk 1 hebben wij een inleiding gegeven op het onderzoek. De maatschappelijke achtergrond van het onderzoek tot 2010 is beschreven, waarbij wij het kabinetsbeleid gericht is geweest op het terugdringen van de rol van de publieke rechtspraak en het bevorderen van private geschilbeslechting, met inbegrip van private rechtspraak. Deze beschouwingen zijn direct gevolgd door de maatschappelijke ontwikkelingen vanaf 2010, te weten de lancering van het initiatief e-Court in januari 2010, en de modernisering en digitalisering van de publieke rechtspraak. Wij hebben vervolgens de aanleiding van het onderzoek vermeld, te weten de brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 23 juni 2011. De daaruit voortkomende tweeledige probleemstelling luidt als volgt: “In hoeverre is de notaris wettelijk bevoegd in het kader van een procedure op grondslag van (PS1) artikel 7:900 BW (bindend advies) en (PS2) artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen?” Er zijn daartoe vier onderzoeksvragen geformuleerd. In deze samenvatting worden zij genoemd in het hoofdstuk van behandeling.

In hoofdstuk 2 is het juridische kader van private rechtspraak onderzocht. Daarbij is vooral aandacht besteed aan het feit dat rechtspraak behoort tot het domein van overheidsdwang. De relevantie van die constatering is betrokken in het onderzoek bij de beantwoording van vier onderzoeksvragen.

In hoofdstuk 3 wordt het juridische kader van de notariële akte onderzocht. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de notariële proces-verbaalakte. De kennis en inzichten van het notarieel-rechtelijke perspectief zijn toegepast bij de beantwoording van vier onderzoeksvragen.

In hoofdstuk 4 is de eerste onderzoeksvraag behandeld, die luidt: “In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?” Een partij-akte is vereist als partijen nieuwe rechtsgevolgen tot stand willen brengen en daarvan bewijs willen scheppen tegen zichzelf. In het onderzoek is naar voren gekomen, dat een proces niet zozeer is bedoeld om nieuwe rechtsgevolgen tot stand te brengen, maar om een conflict te beslechten. Een juridische procedure heeft het doel dat partijen het recht op hoor en wederhoor kunnen uitoefenen. In het geval van een privaats gerecht is de keuze voor het gerecht dan al een voltooid rechtsfeit. Het gaat om de verslaglegging hiervan. Daarbij staat het van tevoren niet vast wie zal verschijnen, welke verklaringen zullen worden afgelegd, welke verbintenissen zullen ontstaan, en welke andere rechtsfeiten zich voordoen. Vervolgens hebben wij onderzocht wie als opdrachtgever van de notaris kan gelden (artikel 2 Wna). Het blijkt dat er drie mogelijkheden zijn: (i) de beide procespartijen gezamenlijk, (ii) één van de procespartijen, en (iii) het overeengekomen

private gerecht als zelfstandige opdrachtgever. Wij kwalificeren de laatste twee figuren geschikt, en hebben daarbij een onderbouwde voorkeur uitgesproken voor de laatste figuur. Vervolgens is onderzocht of er beperkingen kleven aan de bevoegdheid van de notaris om akten te passeren. Wij zijn tot het antwoord op de eerste onderzoeksvraag gekomen, dat de notaris door middel van de uitspraak kan vaststellen welke verbintenissen door de arbiter resp. de bindend adviseur zijn opgelegd aan de procespartijen.

In hoofdstuk 5 wordt de tweede onderzoeksvraag behandeld. Deze luidt als volgt: “In hoeverre kan de notaris bij de proces-verbaalakte vaststellen dat de procespartijen de wil hadden om hun verbintenissen in de akte te laten opnemen om de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil?” Om de vraag te beantwoorden hebben wij vastgesteld, dat in de reguliere praktijkuitoefening van een notaris – waarin de partij-akte domineert – sprake is van contractsvrijheid en de subjectieve wil om nieuwe rechtsgevolgen in het leven te roepen. Deze rechtsgevolgen zouden anders niet op grond van de wet ontstaan. Bij de proces-verbaalakte geldt dat de notaris zijn waarnemingen mag vastleggen in relatie tot personen (die object van waarneming zijn), die hem niet om vastlegging hebben verzocht, maar alleen indien en voor zover het gaat om handelingen waarin partijen participeren. Participeren in een situatie van contractsvrijheid (zoals bij een veiling) impliceert, dat personen actief zullen moeten handelen om rechtsgevolgen te doen ontstaan. Zonder actieve handelingen ontstaan geen rechtsgevolgen. Rechtspraak behoort daarentegen tot het domein van overheidsdwang en een uitnodiging daartoe is dwingend. De wet verbindt ook rechtsgevolgen aan het uitblijven van verklaringen. De gedaagde die verstek laat gaan, participeert derhalve in de gerechtelijke procedure. Deze participatie moet worden opgevat als het willens en wetens laten ontstaan van rechtsgevolgen door niet (tijdig) de vereiste verklaringen af te leggen. De subjectieve wil van een gedaagde wordt pas weer relevant na afloop van het proces in eerste aanleg bij het private gerecht. De gedaagde die iets wil inbrengen tegen de uitspraak, kan dan kiezen uit een aantal rechtsmiddelen. Wij hebben voorts onderzocht in hoeverre aan het arrest Rabobank/Visser argumenten kunnen worden ontleend tegen de toepassing van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak. Bij rechtspraak gaat het niet om toekomstige vorderingen, maar om een geschil dat al is ontstaan. Er is door de uitspraak sprake van reeds bepaalde vorderingen. Wij menen dat de Hoge Raad met het arrest Rabobank/Visser geen einde heeft willen maken aan het gebruik van de proces-verbaalakte. Het antwoord op de tweede onderzoeksvraag is derhalve dat de notaris kan vaststellen dat partijen de wil hadden om de verbintenissen in de proces-verbaalakte te laten opnemen, omdat zij bij een privaats gerecht een afdwingbare einduitspraak willen verkrijgen. Dit doel wordt bereikt door de grosse van de akte te laten dienen als executoriale titel ter beëindiging van hun geschil. De notaris is gerechtigd om de door hem waargenomen rechtsfeiten – met inbegrip van blote rechtsfeiten die zich gedurende het proces voordoen – aan hen te relateren.

In hoofdstuk 6 wordt de derde onderzoeksvraag behandeld. Deze vraag luidt als volgt: “Op welke wijze moet de notaris invulling geven aan de *Belehrungspflicht* bij de vastlegging van een private

uitspraak in een proces-verbaalakte?” Om de vraag te kunnen beantwoorden is teruggegrepen op hoofdstuk 2, waarin wij hebben vastgesteld, dat de leer van de zorgplicht is ontwikkeld om machtsongelijkheid tegen te gaan door misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Daarbij is vastgesteld dat dit leerstuk niet van toepassing is op private rechtspraak. Wij hebben namelijk ook geconstateerd dat de notaris niettemin - vanuit zijn zorgplicht en vanuit zijn onafhankelijke en onpartijdige ambtsvervulling - een onderzoeksplicht heeft. Bovendien zal een notaris invulling willen geven aan het doel en de strekking van het leerstuk. Daarvoor is het nodig dat de notaris - voordat hij zijn opdracht van een privaot gerecht aanvaardt - zich een oordeel vormt over het private gerecht in kwestie op “organisatieniveau.” Hij dient zich te verdiepen in de inrichting van het proces en de waarborgen. Ook zal de notaris een toetsing uitvoeren op “dossierniveau.” Het antwoord op de derde onderzoeksvraag luidt dat het procesreglement zo kan worden ingericht, dat geen sprake is van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht tijdens de procedure. De notaris kan dit aan de hand van het inleidende exploit, het procesreglement en de overige beschikbare informatie (met inbegrip van het procesdossier) ook vaststellen. Ook kan hij controleren of de gedaagde tijdig, te weten voordat de keuze voor private rechtspraak onomkeerbaar is geworden ex artikel 6:236 sub n BW, en voldoende is geïnformeerd over het feit, dat procedure bij het private gerecht is gericht op het verkrijgen van een afdwingbare einduitspraak via tussenkomst van de notaris. Hiermee heeft de notaris, voor zover van toepassing, invulling gegeven aan het doel en de strekking van het leerstuk van de notariële zorgplicht.

Wij hebben ten slotte in hoofdstuk 7 de vierde onderzoeksvraag behandeld, die luidt: “In hoeverre beïnvloeden ICT-tools de waarneming van de procedure door de notaris?” Het antwoord op de vierde onderzoeksvraag luidt dat de ICT-tools de notaris ondersteunen in zijn waarnemende rol. Hierdoor worden de waarnemingen meer accuraat en volledig; de vastlegging is snel gerealiseerd. De waarnemingen zijn verder achteraf controleerbaar aan de hand van bijvoorbeeld een logboek. Voorts hebben wij in hoofdstuk 7 de invloed van de ICT-tools op de rechtsbescherming behandeld. Wij hebben daarbij een vergelijking gemaakt tussen de rechtsbescherming bij traditionele behandeling van zaken en via digitale behandeling van zaken. Onze conclusie is dat niet gezegd kan worden dat ICT-tools een negatieve impact hebben op de rechtsbescherming, maar dat hieraan voordelen zijn verbonden als het gaat om rechtsgelijkheid, nauwkeurigheid en controleerbaarheid.

Na beantwoording van de vier onderzoeksvragen is ten slotte in hoofdstuk 8 het antwoord op de probleemstelling geformuleerd. De notaris is wettelijk bevoegd in het kader van een procedure op grondslag van artikel 7:900 BW (bindend advies) en artikel 1020 e.v. Rv (arbitrage) een proces-verbaalakte te passeren en de grosse daarvan af te geven om te dienen als executoriale titel voor de procespartijen, indien aan zes voorwaarden is voldaan. Wij hebben in het onderzoek vastgesteld dat aan deze voorwaarden in relatie kan worden voldaan, afhankelijk van de inrichting van de private rechtspraak. Het antwoord op de probleemstelling heeft geleid tot vier conclusies. Wij noemen in deze samenvatting de eerste twee conclusies. De eerste conclusie is dat de notaris niet alleen het procesverloop vastlegt en de uitspraak afdwingbaar maakt, maar dat de notaris even-

eens de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte beschermt. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is dit een aanvullende bescherming van de integriteit van het rechtsbestel. De tweede conclusie is dat de notariële toetsing een verbetering is ten opzichte van de huidige rechterlijke toetsing. Deze verbetering is in de eerste plaats van belang voor de procespartijen, en met name de gedaagde procespartij, maar dient eveneens de bescherming van de integriteit van het rechtsbestel.

Wij hebben vervolgens vijf punten van zelfkritiek naar voren gebracht en deze één voor één besproken. Daarbij is een nieuwe paradox aan het licht gekomen, te weten dat de notaris aanvullende consumentenbescherming biedt zonder rechtstreeks contact met hem. Wij hebben vier onderwerpen genoemd voor toekomstig onderzoek, die in het verlengde liggen van dit onderzoek of hiermee verband houden. Vervolgens hebben wij teruggekeken op de aanleiding voor het onderzoek, te weten de brief van de staatssecretaris d.d. 23 juni 2011. Op grond van ons onderzoek komen wij tot de conclusie dat de brief voor herziening vatbaar is.

Summary

The Public Notary and Civil Proceedings

In this thesis the subject of our investigation is the use of the first legal copy of the notarised reporting deed (“*de notariële proces-verbaalakte*”) as enforceable verdict in the civil proceedings before a private court under Dutch law. This is a complicated subject. In Chapter 1 we introduce the subject. We describe the Dutch social (legislative and political) background of the research, and we discuss in particular the Dutch government’s policy, which is aimed to reduce the role of the public courts and to promote the use of alternative dispute resolution. This issue is followed by an explanation of the e-Court initiative, which was launched in the Netherlands in January 2010, as well as the modernisation and digitalisation of the public courts since 2010. We set out the cause of this research, being the letter from the Deputy Minister of Security and Justice dated 23 June 2011. The problem statement that arose from this letter, is as follows: “To what extent is the public notary permitted to draw up the reporting deed and issue the first legal copy within the context of civil proceedings pursuant to (1) article 7:900 Dutch Civil Code (a binding third-party ruling) and (2) article 1020 Dutch Code of Civil Proceedings (arbitration), in order to serve as a title for execution for the parties involved?” For that purpose, we formulated four research questions. In this summary they are mentioned in the chapter in which they are discussed.

In Chapter 2 an analysis is made of the legal framework regarding private courts. In particular, we discussed the fact that legal proceedings belong to the domain of law enforcement. The relevance of this observation has been included in the investigation, and in the answers to the research questions.

In Chapter 3 an analysis is made of the legal framework of notarial acts. The knowledge and notions of the notarial legal perspective have been applied to the answers to the research questions.

In Chapter 4 the first research question is discussed, which is: “How can the public notary establish which obligations have been incurred by the parties?”. In order to answer this question we have examined the difference between a notarial party-deed and the reporting-deed. A notarial party-deed is required if the primary goal of the parties is to create new legal consequences and to give evidence thereof. Our research showed that the goal of court proceedings is not to create new legal consequences, but that they are organised for the purpose of allowing the parties to exercise their legal rights, i.e., to defend their legal position and be heard by a neutral third party, regarding a conflict. The role of the public notary is the registration of this event, whereby it is not certain who will appear, what statements will be made, what legal obligations will be established and what other legal facts will occur. Furthermore, we have investigated who can be the client of the public notary (article 2 Act on the Public Notary). The investigation showed that there are three possibilities: (i) both parties to the conflict are considered to be represented as clients, (ii) one of the parties is represented, and (iii) the private court (or the institute that organises private court

proceedings) as an autonomous client without any form of representation. We consider the last two possibilities suitable and we substantiated our preference for that last figure. Subsequently, we examined whether the authority of the public notary is restricted. Based on our findings we may conclude that the public notary can establish by means of the court ruling which obligations have been imposed to which party.

In Chapter 5 the second research question is examined, which reads as follows: “To what extent is the public notary able to establish that the parties involved in the court proceedings had the intention to have their legal obligations to be registered in the reporting deed in order to have the deed serve as an enforceable verdict ending their dispute?” In order to answer this question we examined the use of deeds and concluded that in the traditional practice, in which the use of the party-deed is dominant, is based on the contractual freedom and the subjective will of the parties to create legal consequences that would otherwise not derive from the legislation. However, in relation to the reporting deed, the public notary is authorised to register his witnessed findings, in relation to persons (who qualify as “objects of his observations”), regardless whether they requested the registration thereof, but only to the extent that it regards acts in which these persons have participated. Participation in a situation of contractual freedom implies that personal acts are required in order to create legal consequences. Without actions there will be no new legal consequences. Justice, however, falls in the domain of law enforcement. The law imposes legal consequences to the situation, where statements or acts fail to happen. As such the defendant qualifies as participant in the court proceedings before a private court if he remains absent during the trial. This participation must be understood as the lack of taking timely action, with the knowledge that no action will lead to legal consequences. The subjective will of a defendant does not become relevant again until after the enforceable verdict of the private court has been issued. The defendant who wants to take action against the verdict has several legal remedies. We have then investigated whether the Supreme Court’s decision known as Rabobank/Visser impedes the public notary to relate his findings to the parties in the court proceedings as the objects of his observation. The situation of private justice does not see to future conflicts, but a conflict from the past. In our view the Supreme Court did not want to end the use of the notarial reporting deed. The answer to the second research question is that the public notary can establish that the parties wanted to have the legal obligations registered in the reporting deed with the intention that it will serve as an enforceable verdict in their dispute, because the legal system deems them participants in the court proceedings and the public notary is authorised to register his testimony, including the bare legal facts during the trial, and relate them to the parties involved.

In Chapter 6 we examined the third research question. “In what manner should the public notary comply with his duty of care (*“Belehrungspflicht”*) when registering the private court’s verdict in the reporting deed?” In order to answer this question we first referred to chapter 2, where we examined that the doctrine has been developed to avoid that one of the parties abuse their stronger position or legal knowledge, when creating new legal consequences, on a voluntary basis

and without professional legal counsel. On a principle level, the doctrine is not applicable to private justice, as the parties do not appear to create new legal consequences in the meaning as described. We have found that the public notary will nevertheless be obliged to do research prior to accepting the request to witness the proceedings and register his findings. He will also want to comply with the meaning of the doctrine, in view of his independent and impartial performance of public office. The public notary will therefore examine private justice on a “system level.” He must have an in-depth understanding of the trial and the warrants of the court. The public notary will also examine the private court on a “case level.” The answer to the third research question is that the public notary can establish on the basis of all documents, including the court bailiff’s writ of summons, the rules of the proceedings, the information on the website and so on, that there is no situation of abuse of position or legal knowledge. In addition, he can establish that the parties have been properly and timely informed that the private court will issue an enforceable verdict, before their choice for the private court has become irreversible (article 6:236 sub n Dutch Civil Code). By doing so, the public notary has exercised his duty of care towards the parties.

In Chapter 7 we examined the fourth research question: “To what extent do technological developments influence the observation of the court proceedings by the public notary? Based on these findings, the answer to the fourth research question is that the digital tools will support the public notary. The observations will be more accurate and complete; the report will be realised quickly. The public notary can verify the observations afterwards by looking into the logged mutations in the original digital file. In addition, we examined the influence of ICT-tools on the protection of the legal position of consumers. We made a comparison between the legal protection of consumers in the traditional court proceedings versus digital court proceedings. We conclude that ICT-tools have no negative impact on the legal protection. We believe that ICT-tools have certain advantages in the areas of legal equality, accuracy and verifiability.

On the basis of the research above the answer to the problem statement is formulated in Chapter 8. The public notary is authorised, in the context of civil proceedings on the basis of article 7:900 Dutch Civil Code or article 1020 Dutch Code of Civil Proceedings to draft a reporting deed and issue the first legal copy thereof, with the purpose to serve as an enforceable verdict for the parties in the conflict, if six conditions have been met. We have established that the public notary is able to assess whether the conditions are met, depending on the circumstances. The answer to the problem statement has led to four conclusions. In this summary we describe the first two conclusions. The first conclusion is that the public notary does not only register the events during the trial and make the decision enforceable, but he also protects the integrity of the legal system to a certain extent. From the perspective of legal certainty this is an additional protection of the integrity of the legal system. The second conclusion is that the notarial examination is an improvement compared to the examination of private verdicts by the public courts. This improvement is first of all in the interest of the parties, but also serves the protection of the integrity of the legal system.

We then formulated five points of self-criticism and we addressed each point, one by one. Thereby a new paradox emerged, being that the notary serves consumer protection without any physical contact with him. We have presented four subjects for future investigation, which follow on from our findings or are related to this thesis. We then looked back at the cause of this research, being the letter of the Deputy Minister of 23 June 2011. Based on our research described in this thesis we may conclude that this letter is fit for a revision procedure.

Jurisprudentieregister

Hieronder volgt een register van aangehaalde jurisprudentie, onderverdeeld naar soort gerechtelijke instantie. De volgorde is per gerechtelijke instantie omgekeerd chronologisch naar datum uitspraak. Onderling is een alfabetische volgorde aangehouden. De nummers tussen haakjes verwijzen naar de (sub)paragrafen van het onderzoek.

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 1 maart 2016, 41069/12 (*Tabbane/Zwitserland*) (2.2.5).

Hof van Justitie EG/EU

HvJ EU, 3 april 2014 (Sebesteyn), nr. C-342/13, ECLI: EU:C:2014:1857 (2.2.3).

HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10 (*Banco Español de Crédito*) (2.6.7).

HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones SL/Cristina Rodríguez Nogueira*) (2.6.7).

HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05 (*Montaza Claro/Centro Móvil Milenium SL*) (2.6.7).

HvJ EG d.d. 1 april 2004, nr. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*) (2.6.7).

Hoge Raad

HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2704 (2.1.2, 2.6.8)

HR 4 HR 30 september 2016, ECLI, NL:HR:2016:2215 (*Qnow/Verweerder*) (2.6.5).

HR 13 mei 2016, *NJ* 2016/256 (3.3.6).

HR 26 juni 2015, *RvdW* 2015/805 (1.1.2).

HR 13 september 2013, *NJ* 2014, 274 (Heesakkers/Voets) (2.6.7).

HR 8 februari 2013, *NJ* 2013/123, m.nt. H.J. Snijders (3.5.3).

HR 29 juni 2012, *LJN*: BW 4013 (3.6.1).

HR 21 september 2012, *LJN* BW6135 (2.6.7).

HR 15 juni 2012, *JOR* 2012, 314 m.nt. P.E. Ernste (2.6.5).

HR 4 december 2009, ECLI, NL:HR:2009:BJ7834, *NJ* 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Green-world*) (2.6.5).

HR 21 september 2007, *JOL* 2007, 589, *NJ* 2009, 50 (1.9.2).

HR 16 maart 2007, *NJ* 2008, 219, m. nt. C.J.M. Klaassen (3.2.1).

HR 3 oktober 2003, *NJ* 2004/657 (Ontvanger/Heemhorst) (1.1.2).

HR 20 mei 2005, *JIN* 2005/277, m. concl. E.M. Wesseling van Gent (2.2.6).

HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/280 (2.7.2).

HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groningse Huwelijks Voorwaarden) (3.6.1, 4.5.1, 4.5.2, 6.1).

HR 3 mei 1985, *NJ* 1986, 323 (3.4.2)

HR 1 juni 1984, *NJ* 1984, 630 (Peters/Van Raaij) (3.1.9)

HR 22 april 1983, *NJ* 1984, 145 (Ritzen/Hoekstra) (5.3.3).

HR 5 februari 1925, *NJ* 1925, p. 440 (3.4.3).

HR 20 juni 1913, *NJ* 1913, 790 (3.1.3).

Hof

Hof Amsterdam (NOT) 22 maart 2016, ECLI, NL GHAMS:2016:1096 (3.3.2).

Hof Amsterdam (NOT) 29 juli 2014, nrs. 200.139.853/01 en 200.140.182/01 (3.6.1)

Hof Amsterdam (NOT) 22 april 2014, 200.131.519/01 (3.6.1)

Hof Amsterdam (Kamer voor Gerechtsdeurwaarders) 26 februari 2013, *LJN* CA3844 (8.4.2).

Hof Amsterdam 31 januari 2008, *JBPr* 2008/21, (Beerschoten Makelaars/Hoeksema c.s.) (1.1.2).

Hof Amsterdam (NOT) 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY7007 (3.1.2).

Hof Amsterdam 13 januari 1994, *NJ* 1996, 8 (4.4.1).

Rechtbank (inclusief kanton)

Rb. Gelderland 21 januari 2014, nr C/05/254449 / KG ZA 13-635 (RBGEL:2014:1321) (3.5.3).

Rb Amsterdam 23 oktober 2013, ECLI, NL RBAMS:2013:7984, (2.6.2).

Rb Almelo 1 december 2011, *LJN* BU6895 (2.6.4, 4.4.5).

Rb Almelo 7 oktober 2011, *LJN* BT7606 en BT7088 (2.6.2, 4.4.5).

Rb Zutphen 7 oktober 2011, *LJN* BT7213 (2.6.2, 4.4.5).

Rb Almelo 5 oktober 2011, *LJN* BT7623 (2.6.2, 4.4.5).

Rechtbank Zwolle-Lelystad 10 juni 2010, ECLI, NL RBZLY:2010:BN3480 (3.3.3).

Pres. Rechtbank Amsterdam 18 oktober 2006 (Beerschoten Makelaars/Hoeksema c.s.), met noot A. van Hees, *JBPr* 2007/40 (1.1.2).

Vzr. Rechtbank Haarlem 22 april 2003, *JBPr* 2003/65

Pres. Rechtbank Breda 24 maart 1994, *KGK* 1994/1320 (1.1.2).

Pres. Rechtbank Arnhem 30 september 1980, *Praktijkids* 1981, 142-144 (3.4.3).

Rb Amsterdam 6 mei 1927, *NJ* 1928, 955 (3.3.6, 3.4.5)

Rb Haarlem (vzr.) 17 september 2007, *LJN* BB4061 (3.3.6, 4.2.2).

Rb 's-Hertogenbosch 2 maart 1917, *NJ* 1917, 88 (3.3.5).

Ktr Bergum 14 december 1915, *NJ* 1916, p. 1333 (nr. 2) (3.3.2).

Arrondissements-Regtbank Nijmegen 13 oktober 1843, *NJ* 1844 (Regtsgeleerd bijblad Vol. 6), p. 181-183 (3.3.2).

Tuchtrechter Notariaat

Tuchtkamer notarissen Maastricht 27 april 2012, *LJN* YC0815 (1.4.1, 3.6.1).

Trefwoordenregister

Hieronder volgt een register van trefwoorden en de paragrafen in de tekst waarin deze voorkomen. Wij hebben ons beperkt tot de woorden die naar ons oordeel aan te merken zijn als kernbegrippen, en tot de paragrafen die naar ons oordeel primair inhoudelijk relevant zijn.

	Paragraaf
Afdwingbare Uitspraak	1.1.3
Algemene bevoegdheid van de notaris	3.1.1
Algemene voorwaarden	1.3.1, 1.9.2, 2.1.1, 2.2.3, 2.3., 2.5.1, 2.6.6, 4.3.2, 4.5.1, 5.1, 6.3.1.
Arbitrage	2.2.2
Arbiter	1.6
Arbitraal Vonnis	
Zie Afdwingbare Uitspraak	
<i>Belehrungspflicht</i>	3.6, 6.1-6.4
Bindend advies	
Zie Afdwingbare Uitspraak	
Bindend adviseur	1.6
Exequatur	2.6.2, 4.4.1, 6.3.4
Geschilbeslechting	1.1, 1.6
Geschilbeslechter	1.1, 1.6
Hoor en wederhoor	2.4.1
Identificatie van procespartijen	8.4.2
Marginale toetsing	2.6.1, 2.6.2
<i>Mediation</i>	1.1
Nadere wilsafvraging	5.1.2, 8.4.1
<i>Negotiation</i>	1.1
Partij-akte	4.1, 4.5, 5.2, 6.1
Partijwil	4.5, 5.1 - 5.5, 6.2 - 6.4
Procesreglement	1.6, 2.7
Rechtbank	1.1
Rechtsfeiten	5.1.2, 3.1.1
Rechtspraak	1.1, 1.6
Uitspraak	
Zie Afdwingbare Uitspraak	
Verbalisant	3.1.3, 4.2.2, 4.4.6, 5.3.2, 5.4.1, 8.2.4, 8.4.4.
Vernietiging	
Zie Marginale toetsing	
Vonnis	
Zie Afdwingbare Uitspraak	
Waarneming	4.4.2, hoofdstuk 7

Zorgplicht

Zie Belehrungspflicht

Nawoord

Na de sluitingsdatum (8 december 2017) van het behandelde materiaal is de discussie over het rechtspreken met behulp van een computer in een stroomversnelling terecht gekomen. Willen we deze ontwikkelingen in ons maatschappelijke bestel incorporeren? En zo ja hoe?

De auteur is van mening dat een gebalanceerde beschrijving van deze ontwikkelingen bijzonder interessant is, maar dat bij het ter perse gaan van dit proefschrift de bestaande discussies buiten de vraagstellingen vallen.

Curriculum Vitae

Henriëtte Nakad-Weststrate werd in 1969 geboren in Aalsmeer. Na het behalen van haar gymnasiumdiploma aan het Hermann Wesselink College in Amstelveen in 1988, studeerde zij een jaar aan het Franklin & Marshall College, Lancaster, Pennsylvania, VS. Van 1989 tot 1994 studeerde zij Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Leiden en behaalde daarnaast de propedeuse van Grieks en Byzantijnse studies aan de Universiteit van Amsterdam. Haar afstudeerscriptie zag op eigendomsverhoudingen en afgescheiden vermogen van beleggingsfondsen, onder het destijds geldende artikel 5 lid 2 sub c Wet toezicht beleggingsinstellingen. De scriptie schreef zij in opdracht van de Nederlandse Bank, op voordracht van haar toenmalige hoogleraar bank- en effectenrecht, prof. dr. J.R. Schaafsma.

In 1994 werd zij beëdigd tot advocaat bij Nauta Dutilh in Rotterdam. In 1997 werkte zij als legal counsel bij de Treasury afdeling van ING Barings en in 1999 stapte zij over naar de juridische afdeling van ABN Amro Bank. Sinds 2006 werkte zij als zelfstandig interim jurist, vooral bij opdrachtgevers in de financiële wereld (zoals voor banken en voor de toezichthouder AFM) en in de advocatuur (Clifford Chance en Nauta Dutilh). In 2009 nam zij het initiatief tot oprichting van e-Court (zie verder het voorwoord). Met het initiatief behaalde zij een top-3 positie in de *Global Innovating Justice Awards* in de categorie “*Successful Innovations*”. De uitreiking van deze Award vond plaats in het Vredespaleis te Den Haag op 23 juni 2011.

Op 1 januari 2018 heeft zij haar functie als administrateur van e-Court neergelegd. Kort daarna is e-Court door de publieke rechtspraak stilgelegd. Henriëtte heeft besloten eerst de promotie af te ronden, en oriënteert zich intussen op nieuwe uitdagingen.

SIKS Dissertatiereeks

Dit proefschrift is opgenomen in de SIKS Dissertatiereeks onder nummer 2018-18, zie www.siks.nl.

1998

1. Johan van den Akker (CWI⁴⁸³) *DEGAS - An Active, Temporal Database of Autonomous Objects*
2. Floris Wiesman (UM) *Information Retrieval by Graphically Browsing Meta-Information*
3. Ans Steuten (TUD) *A Contribution to the Linguistic Analysis of Business Conversations within the Language/Action Perspective*
4. Dennis Breuker (UM) *Memory versus Search in Games*
5. E.W.Oskamp (RUL) *Computerondersteuning bij Straftoemeting*
6. Rogier van Eijk (UU) *Programming Languages for Agent Communication*
7. Niels Peek (UU) *Decision-theoretic Planning of Clinical Patient Management*
8. Veerle Coup, (EUR) *Sensitivity Analysis of Decision-Theoretic Networks*
9. Florian Waas (CWI) *Principles of Probabilistic Query Optimization*
10. Niels Nes (CWI) *Image Database Management System Design Considerations, Algorithms and Architecture*
11. Jonas Karlsson (CWI) *Scalable Distributed Data Structures for Database Management*

1999

1. Mark Sloof (VU) *Physiology of Quality Change Modelling; Automated modelling of Quality Change of Agricultural Products*
2. Rob Potharst (EUR) *Classification using decision trees and neural nets*
3. Don Beal (UM) *The Nature of Minimax Search*
4. Jacques Penders (UM) *The practical Art of Moving Physical Objects*
5. Aldo de Moor (KUB) *Empowering Communities: A Method for the Legitimate User-Driven Specification of Network Information Systems*
6. Niek J.E. Wijngaards (VU) *Re-design of compositional systems*
7. David Spelt (UT) *Verification support for object database design*
8. Jacques H.J. Lenting (UM) *Informed Gambling: Conception and Analysis of a Multi-Agent Mechanism for Discrete Reallocation*

2000

1. Frank Niessink (VU) *Perspectives on Improving Software Maintenance*
2. Koen Holtman (TU/e) *Prototyping of CMS Storage Management*
3. Carolien M.T. Metselaar (UvA) *Sociaal-organisatorische gevolgen van kennistechnologie; een procesbenadering en actorperspectief.*
4. Geert de Haan (VU) *ETAG, A Formal Model of Competence Knowledge for User Interface Design*
5. Ruud van der Pol (UM) *Knowledge-based Query Formulation in Information Retrieval*

2001

1. Silja Renooij (UU) *Qualitative Approaches to Quantifying Probabilistic Networks*
2. Koen Hindriks (UU) *Agent Programming Languages: Programming with Mental Models*
3. Maarten van Someren (UvA) *Learning as problem solving*
4. Evgueni Smirnov (UM) *Conjunctive and Disjunctive Version Spaces with Instance-Based Boundary Sets*
5. Jacco van Ossenbruggen (VU) *Processing Structured Hypermedia: A Matter of Style*
6. Martijn van Welie (VU) *Task-based User Interface Design*
7. Bastiaan Schonhage (VU) *Diva: Architectural Perspectives on Information Visualization*
8. Pascal van Eck (VU) *A Compositional Semantic Structure for Multi-Agent Systems Dynamics*
9. Pieter Jan 't Hoen (RUL) *Towards Distributed Development of Large Object-Oriented Models, Views of Packages as Classes*
10. Maarten Sierhuis (UvA) *Modeling and Simulating Work Practice BRAHMS: a multiagent modeling and simulation language for work practice analysis and design*
11. Tom M. van Engers (VUA) *Knowledge Management: The Role of Mental Models in Business Systems Design*

2002

1. Nico Lassing (VU) *Architecture-Level Modifiability Analysis*

483 Abbreviations: SIKS – Dutch Research School for Information and Knowledge Systems; CWI – Centrum voor Wiskunde en Informatica, Amsterdam; EUR – Erasmus Universiteit, Rotterdam; KUB – Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg; KUN – Katholieke Universiteit Nijmegen; OU – Open Universiteit; RUL – Rijksuniversiteit Leiden; RUN – Radboud Universiteit Nijmegen; TUD – Technische Universiteit Delft; TU/e – Technische Universiteit Eindhoven; UL – Universiteit Leiden; UM – Universiteit Maastricht; UT – Universiteit Twente, Enschede; UU – Universiteit Utrecht; UvA – Universiteit van Amsterdam; UvT – Universiteit van Tilburg; VU – Vrije Universiteit, Amsterdam.

2. Roelof van Zwol (UT) *Modelling and searching web-based document collections*
 3. Henk Ernst Blok (UT) *Database Optimization Aspects for Information Retrieval*
 4. Juan Roberto Castelo Valdueza (UU) *The Discrete Acyclic Digraph Markov Model in Data Mining*
 5. Radu Serban (VU) *The Private Cyberspace Modeling Electronic Environments inhabited by Privacy-concerned Agents*
 6. Laurens Mommers (UL) *Applied legal epistemology; Building a knowledge-based ontology of the legal domain*
 7. Peter Boncz (CWI) *Monet: A Next-Generation DBMS Kernel For Query-Intensive Applications*
 8. Jaap Gordijn (VU) *Value Based Requirements Engineering: Exploring Innovative E-Commerce Ideas*
 9. Willem-Jan van den Heuvel (KUB) *Integrating Modern Business Applications with Objectified Legacy Systems*
 10. Brian Sheppard (UM) *Towards Perfect Play of Scrabble*
 11. Wouter C.A. Wijngaards (VU) *Agent Based Modeling of Dynamics: Biological and Organisational Applications*
 12. Albrecht Schmidt (UvA) *Processing XML in Database Systems*
 13. Hongjing Wu (TU/e) *A Reference Architecture for Adaptive Hypermedia Applications*
 14. Wieke de Vries (UU) *Agent Interaction: Abstract Approaches to Modelling, Programming and Verifying Multi-Agent Systems*
 15. Rik Eshuis (UT) *Semantics and Verification of UML Activity Diagrams for Workflow Modelling*
 16. Pieter van Langen (VU) *The Anatomy of Design: Foundations, Models and Applications*
 17. Stefan Manegold (UvA) *Understanding, Modeling, and Improving Main-Memory Database Performance*
- 2003**
1. Heiner Stuckenschmidt (VU) *Ontology-Based Information Sharing in Weakly Structured Environments*
 2. Jan Broersen (VU) *Modal Action Logics for Reasoning About Reactive Systems*
 3. Martijn Schuemie (TUD) *Human-Computer Interaction and Presence in Virtual Reality Exposure Therapy*
 4. Milan Petkovic (UT) *Content-Based Video Retrieval Supported by Database Technology*
 5. Jos Lehmann (UvA) *Causation in Artificial Intelligence and Law - A modelling approach*
 6. Boris van Schooten (UT) *Development and specification of virtual environments*
 7. Machiel Jansen (UvA) *Formal Explorations of Knowledge Intensive Tasks*
 8. Yongping Ran (UM) *Repair Based Scheduling*
 9. Rens Kortmann (UM) *The resolution of visually guided behaviour*
 10. Andreas Lincke (UvT) *Electronic Business Negotiation: Some experimental studies on the interaction between medium, innovation context and culture*
 11. Simon Keizer (UT) *Reasoning under Uncertainty in Natural Language Dialogue using Bayesian Networks*
 12. Roeland Ordelman (UT) *Dutch speech recognition in multimedia information retrieval*
 13. Jeroen Donkers (UM) *Nosce Hostem - Searching with Opponent Models*
 14. Stijn Hoppenbrouwers (KUN) *Freezing Language: Conceptualisation Processes across ICT-Supported Organisations*
 15. Mathijs de Weerd (TUD) *Plan Merging in Multi-Agent Systems*
 16. Menzo Windhouwer (CWI) *Feature Grammar Systems - Incremental Maintenance of Indexes to Digital Media Warehouses*
 17. David Jansen (UT) *Extensions of Statecharts with Probability, Time, and Stochastic Timing*
 18. Levente Kocsis (UM) *Learning Search Decisions*
- 2004**
1. Virginia Dignum (UU) *A Model for Organizational Interaction: Based on Agents, Founded in Logic*
 2. Lai Xu (UvT) *Monitoring Multi-party Contracts for E-business*
 3. Perry Groot (VU) *A Theoretical and Empirical Analysis of Approximation in Symbolic Problem Solving*
 4. Chris van Aart (UvA) *Organizational Principles for Multi-Agent Architectures*
 5. Viara Popova (EUR) *Knowledge discovery and monotonicity*
 6. Bart-Jan Hommes (TUD) *The Evaluation of Business Process Modeling Techniques*
 7. Elise Boltjes (UM) *Voorbeeldig onderwijs; voorbeeld-gestuurd onderwijs, een opstap naar abstract denken, vooral voor meisjes*
 8. Joop Verbeek (UM) *Politie en de Nieuwe Internationale Informatiemarkt, Grensregionale politile gegevensuitwisseling en digitale expertise*
 9. Martin Caminada (VU) *For the Sake of the Argument; explorations into argument-based reasoning*
 10. Suzanne Kabel (UvA) *Knowledge-rich indexing of learning-objects*
 11. Michel Klein (VU) *Change Management for Distributed Ontologies*
 12. The Duy Bui (UT) *Creating emotions and facial expressions for embodied agents*
 13. Wojciech Jamroga (UT) *Using Multiple Models of Reality: On Agents who Know how to Play*
 14. Paul Harrenstein (UU) *Logic in Conflict. Logical Explorations in Strategic Equilibrium*
 15. Arno Knobbe (UU) *Multi-Relational Data Mining*
 16. Federico Divina (VU) *Hybrid Genetic Relational Search for Inductive Learning*
 17. Mark Winands (UM) *Informed Search in Complex Games*

18. Vania Bessa Machado (UvA) *Supporting the Construction of Qualitative Knowledge Models*
19. Thijs Westerveld (UT) *Using generative probabilistic models for multimedia retrieval*
20. Madelon Evers (Nyenrode) *Learning from Design: facilitating multidisciplinary design teams*

2005

1. Floor Verdenius (UvA) *Methodological Aspects of Designing Induction-Based Applications*
2. Erik van der Werf (UM) *AI techniques for the game of Go*
3. Franc Grootjen (RUN) *A Pragmatic Approach to the Conceptualisation of Language*
4. Nirvana Meratnia (UT) *Towards Database Support for Moving Object data*
5. Gabriel Infante-Lopez (UvA) *Two-Level Probabilistic Grammars for Natural Language Parsing*
6. Pieter Spronck (UM) *Adaptive Game AI*
7. Flavius FrasinCAR (TU/e) *Hypermedia Presentation Generation for Semantic Web Information Systems*
8. Richard Vdovjak (TU/e) *A Model-driven Approach for Building Distributed Ontology-based Web Applications*
9. Jeen Broekstra (VU) *Storage, Querying and Inferencing for Semantic Web Languages*
10. Anders Bouwer (UvA) *Explaining Behaviour: Using Qualitative Simulation in Interactive Learning Environments*
11. Elth Ogston (VU) *Agent Based Matchmaking and Clustering - A Decentralized Approach to Search*
12. Csaba Boer (EUR) *Distributed Simulation in Industry*
13. Fred Hamburg (UL) *Een Computermodel voor het Ondersteunen van Euthanasiebeslissingen*
14. Borys Omelayenko (VU) *Web-Service configuration on the Semantic Web; Exploring how semantics meets pragmatics*
15. Tibor Bosse (VU) *Analysis of the Dynamics of Cognitive Processes*
16. Joris Graaumanns (UU) *Usability of XML Query Languages*
17. Boris Shishkov (TUD) *Software Specification Based on Re-usable Business Components*
18. Danielle Sent (UU) *Test-selection strategies for probabilistic networks*
19. Michel van Dartel (UM) *Situated Representation*
20. Cristina Coteanu (UL) *Cyber Consumer Law, State of the Art and Perspectives*
21. Wijnand Derks (UT) *Improving Concurrency and Recovery in Database Systems by Exploiting Application Semantics*
2. Cristina Chisalita (VU) *Contextual issues in the design and use of information technology in organizations*
3. Noor Christoph (UvA) *The role of metacognitive skills in learning to solve problems*
4. Marta Sabou (VU) *Building Web Service Ontologies*
5. Cees Pierik (UU) *Validation Techniques for Object-Oriented Proof Outlines*
6. Ziv Baida (VU) *Software-aided Service Bundling - Intelligent Methods & Tools for Graphical Service Modeling*
7. Marko Smiljanic (UT) *XML schema matching -- balancing efficiency and effectiveness by means of clustering*
8. Eelco Herder (UT) *Forward, Back and Home Again - Analyzing User Behavior on the Web*
9. Mohamed Wahdan (UM) *Automatic Formulation of the Auditor's Opinion*
10. Ronny Siebes (VU) *Semantic Routing in Peer-to-Peer Systems*
11. Joeri van Ruth (UT) *Flattening Queries over Nested Data Types*
12. Bert Bongers (VU) *Interactivation - Towards an ecology of people, our technological environment, and the arts*
13. Henk-Jan Lebbink (UU) *Dialogue and Decision Games for Information Exchanging Agents*
14. Johan Hoorn (VU) *Software Requirements: Update, Upgrade, Redesign - towards a Theory of Requirements Change*
15. Rainer Malik (UU) *CONAN: Text Mining in the Biomedical Domain*
16. Carsten Riggelsen (UU) *Approximation Methods for Efficient Learning of Bayesian Networks*
17. Stacey Nagata (UU) *User Assistance for Multitasking with Interruptions on a Mobile Device*
18. Valentin Zhizhikun (UvA) *Graph transformation for Natural Language Processing*
19. Birna van Riemsdijk (UU) *Cognitive Agent Programming: A Semantic Approach*
20. Marina Velikova (UvT) *Monotone models for prediction in data mining*
21. Bas van Gils (RUN) *Aptness on the Web*
22. Paul de Vrieze (RUN) *Fundamentals of Adaptive Personalisation*
23. Ion Juvină (UU) *Development of Cognitive Model for Navigating on the Web*
24. Laura Hollink (VU) *Semantic Annotation for Retrieval of Visual Resources*
25. Madalina Drugan (UU) *Conditional log-likelihood MDL and Evolutionary MCMC*
26. Vojkan Mihajlovic (UT) *Score Region Algebra: A Flexible Framework for Structured Information Retrieval*
27. Stefano Bocconi (CWI) *Vox Populi: generating video documentaries from semantically annotated media repositories*

2006

1. Samuil Angelov (TU/e) *Foundations of B2B Electronic Contracting*

28. Borkur Sigurbjornsson (UvA) *Focused Information Access using XML Element Retrieval*

2007

1. Kees Leune (UvT) *Access Control and Service-Oriented Architectures*
2. Wouter Teepe (RUG) *Reconciling Information Exchange and Confidentiality: A Formal Approach*
3. Peter Mika (VU) *Social Networks and the Semantic Web*
4. Jurriaan van Diggelen (UU) *Achieving Semantic Interoperability in Multi-agent Systems: a dialogue-based approach*
5. Bart Schermer (UL) *Software Agents, Surveillance, and the Right to Privacy: a Legislative Framework for Agent-enabled Surveillance*
6. Gilad Mishne (UvA) *Applied Text Analytics for Blogs*
7. Natasa Jovanovic (UT) *To Whom It May Concern - Addressee Identification in Face-to-Face Meetings*
8. Mark Hoogendoorn (VU) *Modeling of Change in Multi-Agent Organizations*
9. David Mobach (VU) *Agent-Based Mediated Service Negotiation*
10. Huib Aldewereld (UU) *Autonomy vs. Conformity: an Institutional Perspective on Norms and Protocols*
11. Natalia Stash (TU/e) *Incorporating Cognitive/Learning Styles in a General-Purpose Adaptive Hypermedia System*
12. Marcel van Gerven (RUN) *Bayesian Networks for Clinical Decision Support: A Rational Approach to Dynamic Decision-Making under Uncertainty*
13. Rutger Rienks (UT) *Meetings in Smart Environments; Implications of Progressing Technology*
14. Niek Bergboer (UM) *Context-Based Image Analysis*
15. Joyca Lacroix (UM) *NIM: a Situated Computational Memory Model*
16. Davide Grossi (UU) *Designing Invisible Handcuffs. Formal investigations in Institutions and Organizations for Multi-agent Systems*
17. Theodore Charitos (UU) *Reasoning with Dynamic Networks in Practice*
18. Bart Orriens (UvT) *On the development and management of adaptive business collaborations*
19. David Levy (UM) *Intimate relationships with artificial partners*
20. Slinger Jansen (UU) *Customer Configuration Updating in a Software Supply Network*
21. Karianne Vermaas (UU) *Fast diffusion and broadening use: A research on residential adoption and usage of broadband internet in the Netherlands between 2001 and 2005*
22. Zlatko Zlatev (UT) *Goal-oriented design of value and process models from patterns*
23. Peter Barna (TU/e) *Specification of Application Logic in Web Information Systems*
24. Georgina Ramirez Camps (CWI) *Structural Features in XML Retrieval*

25. Joost Schalken (VU) *Empirical Investigations in Software Process Improvement*

2008

1. Katalin Boer-Sorbán (EUR) *Agent-Based Simulation of Financial Markets: A modular, continuous-time approach*
2. Alexei Sharpanskykh (VU) *On Computer-Aided Methods for Modeling and Analysis of Organizations*
3. Vera Hollink (UvA) *Optimizing hierarchical menus: a usage-based approach*
4. Ander de Keijzer (UT) *Management of Uncertain Data - towards unattended integration*
5. Bela Mutschler (UT) *Modeling and simulating causal dependencies on process-aware information systems from a cost perspective*
6. Arjen Hommersom (RUN) *On the Application of Formal Methods to Clinical Guidelines, an Artificial Intelligence Perspective*
7. Peter van Rosmalen (OU) *Supporting the tutor in the design and support of adaptive e-learning*
8. Janneke Bolt (UU) *Bayesian Networks: Aspects of Approximate Inference*
9. Christof van Nimwegen (UU) *The paradox of the guided user: assistance can be counter-effective*
10. Wauter Bosma (UT) *Discourse oriented summarization*
11. Vera Kartseva (VU) *Designing Controls for Network Organizations: A Value-Based Approach*
12. Jozsef Farkas (RUN) *A Semiotically Oriented Cognitive Model of Knowledge Representation*
13. Caterina Carraciolo (UvA) *Topic Driven Access to Scientific Handbooks*
14. Arthur van Bunningen (UT) *Context-Aware Querying: Better Answers with Less Effort*
15. Martijn van Otterlo (UT) *The Logic of Adaptive Behavior: Knowledge Representation and Algorithms for the Markov Decision Process Framework in First-Order Domains*
16. Henriette van Vugt (VU) *Embodied agents from a user's perspective*
17. Martin Op 't Land (TUD) *Applying Architecture and Ontology to the Splitting and Allaying of Enterprises*
18. Guido de Croon (UM) *Adaptive Active Vision*
19. Henning Rode (UT) *From Document to Entity Retrieval: Improving Precision and Performance of Focused Text Search*
20. Rex Arendsen (UvA) *Geen bericht, goed bericht. Een onderzoek naar de effecten van de introductie van elektronisch berichtenverkeer met de overheid op de administratieve lasten van bedrijven*
21. Krisztian Balog (UvA) *People Search in the Enterprise*
22. Henk Koning (UU) *Communication of IT-Architecture*
23. Stefan Visscher (UU) *Bayesian network models for the management of ventilator-associated pneumonia*

24. Zharko Aleksovski (VU) *Using background knowledge in ontology matching*
25. Geert Jonker (UU) *Efficient and Equitable Exchange in Air Traffic Management Plan Repair using Spender-signed Currency*
26. Marijn Huijbregts (UT) *Segmentation, Diarization and Speech Transcription: Surprise Data Unraveled*
27. Hubert Vogten (OU) *Design and Implementation Strategies for IMS Learning Design*
28. Ildiko Flesch (RUN) *On the Use of Independence Relations in Bayesian Networks*
29. Dennis Reidsma (UT) *Annotations and Subjective Machines - Of Annotators, Embodied Agents, Users, and Other Humans*
30. Wouter van Atteveldt (VU) *Semantic Network Analysis: Techniques for Extracting, Representing and Querying Media Content*
31. Loes Braun (UM) *Pro-Active Medical Information Retrieval*
32. Trung H. Bui (UT) *Toward Affective Dialogue Management using Partially Observable Markov Decision Processes*
33. Frank Terpstra (UvA) *Scientific Workflow Design; theoretical and practical issues*
34. Jeroen de Knijf (UU) *Studies in Frequent Tree Mining*
35. Ben Torben Nielsen (UvT) *Dendritic morphologies: function shapes structure*
14. Maksym Korotkiy (VU) *From ontology-enabled services to service-enabled ontologies (making ontologies work in e-science with ONTO-SOA)*
15. Rinke Hoekstra (UvA) *Ontology Representation - Design Patterns and Ontologies that Make Sense*
16. Fritz Reul (UvT) *New Architectures in Computer Chess*
17. Laurens van der Maaten (UvT) *Feature Extraction from Visual Data*
18. Fabian Groffen (CWI) *Armada, An Evolving Database System*
19. Valentin Robu (CWI) *Modeling Preferences, Strategic Reasoning and Collaboration in Agent-Mediated Electronic Markets*
20. Bob van der Vecht (UU) *Adjustable Autonomy: Controlling Influences on Decision Making*
21. Stijn Vanderlooy (UM) *Ranking and Reliable Classification*
22. Pavel Serdyukov (UT) *Search For Expertise: Going beyond direct evidence*
23. Peter Hofgesang (VU) *Modelling Web Usage in a Changing Environment*
24. Annerieke Heuvelink (VU) *Cognitive Models for Training Simulations*
25. Alex van Ballegooij (CWI) *"RAM: Array Database Management through Relational Mapping"*
26. Fernando Koch (UU) *An Agent-Based Model for the Development of Intelligent Mobile Services*
27. Christian Glahn (OU) *Contextual Support of social Engagement and Reflection on the Web*
28. Sander Evers (UT) *Sensor Data Management with Probabilistic Models*
29. Stanislav Pokraev (UT) *Model-Driven Semantic Integration of Service-Oriented Applications*
30. Marcin Zukowski (CWI) *Balancing vectorized query execution with bandwidth-optimized storage*
31. Sofiya Katrenko (UvA) *A Closer Look at Learning Relations from Text*
32. Rik Farenhorst (VU) and Remco de Boer (VU) *Architectural Knowledge Management: Supporting Architects and Auditors*
33. Khiet Truong (UT) *How Does Real Affect Affect Affect Recognition In Speech?*
34. Inge van de Weerd (UU) *Advancing in Software Product Management: An Incremental Method Engineering Approach*
35. Wouter Koelewijn (UL) *Privacy en Politiegegevens; Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*
36. Marco Kalz (OUN) *Placement Support for Learners in Learning Networks*
37. Hendrik Drachler (OUN) *Navigation Support for Learners in Informal Learning Networks*
38. Riina Vuorikari (OU) *Tags and self-organisation: a metadata ecology for learning resources in a multilingual context*

2009

1. Rasa Jurgelenaite (RUN) *Symmetric Causal Independence Models*
2. Willem Robert van Hage (VU) *Evaluating Ontology-Alignment Techniques*
3. Hans Stol (UvT) *A Framework for Evidence-based Policy Making Using IT*
4. Josephine Nabukenya (RUN) *Improving the Quality of Organisational Policy Making using Collaboration Engineering*
5. Sietse Overbeek (RUN) *Bridging Supply and Demand for Knowledge Intensive Tasks - Based on Knowledge, Cognition, and Quality*
6. Muhammad Subianto (UU) *Understanding Classification*
7. Ronald Poppe (UT) *Discriminative Vision-Based Recovery and Recognition of Human Motion*
8. Volker Nannen (VU) *Evolutionary Agent-Based Policy Analysis in Dynamic Environments*
9. Benjamin Kanagwa (RUN) *Design, Discovery and Construction of Service-oriented Systems*
10. Jan Wielemaker (UvA) *Logic programming for knowledge-intensive interactive applications*
11. Alexander Boer (UvA) *Legal Theory, Sources of Law & the Semantic Web*
12. Peter Massuthe (TU/e), Humboldt-Universitaet zu Berlin) *Operating Guidelines for Services*
13. Steven de Jong (UM) *Fairness in Multi-Agent Systems*

39. Christian Stahl (TU/e), Humboldt-Universitaet zu Berlin) *Service Substitution - A Behavioral Approach Based on Petri Nets*
 40. Stephan Raaijmakers (UvT) *Multinomial Language Learning: Investigations into the Geometry of Language*
 41. Igor Berezhnnyy (UvT) *Digital Analysis of Paintings*
 42. Toine Bogers (UvT) *Recommender Systems for Social Bookmarking*
 43. Virginia Nunes Leal Franqueira (UT) *Finding Multi-step Attacks in Computer Networks using Heuristic Search and Mobile Ambients*
 44. Roberto Santana Tapia (UT) *Assessing Business-IT Alignment in Networked Organizations*
 45. Jilles Vreeken (UU) *Making Pattern Mining Useful*
 46. Loredana Afanasiev (UvA) *Querying XML: Benchmarks and Recursion*
- 2010**
1. Matthijs van Leeuwen (UU) *Patterns that Matter*
 2. Ingo Wassink (UT) *Work flows in Life Science*
 3. Joost Geurts (CWI) *A Document Engineering Model and Processing Framework for Multimedia documents*
 4. Olga Kulyk (UT) *Do You Know What I Know? Situational Awareness of Co-located Teams in Multidisplay Environments*
 5. Claudia Hauff (UT) *Predicting the Effectiveness of Queries and Retrieval Systems*
 6. Sander Bakkes (UvT) *Rapid Adaptation of Video Game AI*
 7. Wim Fikkert (UT) *Gesture interaction at a Distance*
 8. Krzysztof Siewicz (UL) *Towards an Improved Regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*
 9. Hugo Kielman (UL) *A Politiele gegevensverwerking en Privacy, Naar een effectieve waarborging*
 10. Rebecca Ong (UL) *Mobile Communication and Protection of Children*
 11. Adriaan Ter Mors (TUD) *The world according to MARP: Multi-Agent Route Planning*
 12. Susan van den Braak (UU) *Sensemaking software for crime analysis*
 13. Gianluigi Folino (RUN) *High Performance Data Mining using Bio-inspired techniques*
 14. Sander van Splunter (VU) *Automated Web Service Reconfiguration*
 15. Lianne Bodestaff (UT) *Managing Dependency Relations in Inter-Organizational Models*
 16. Sicco Verwer (TUD) *Efficient Identification of Timed Automata, theory and practice*
 17. Spyros Kiotoulas (VU) *Scalable Discovery of Networked Resources: Algorithms, Infrastructure, Applications*
 18. Charlotte Gerritsen (VU) *Caught in the Act: Investigating Crime by Agent-Based Simulation*
 19. Henriette Cramer (UvA) *People's Responses to Autonomous and Adaptive Systems*
 20. Ivo Swartjes (UT) *Whose Story Is It Anyway? How Improv Informs Agency and Authorship of Emergent Narrative*
 21. Harold van Heerde (UT) *Privacy-aware data management by means of data degradation*
 22. Michiel Hildebrand (CWI) *End-user Support for Access to Heterogeneous Linked Data*
 23. Bas Steunebrink (UU) *The Logical Structure of Emotions*
 24. Dmytro Tykhonov (TUD) *Designing Generic and Efficient Negotiation Strategies*
 25. Zulfiqar Ali Memon (VU) *Modelling Human-Awareness for Ambient Agents: A Human Mindreading Perspective*
 26. Ying Zhang (CWI) *XRPC: Efficient Distributed Query Processing on Heterogeneous XQuery Engines*
 27. Marten Voulon (UL) *Automatisch contracteren*
 28. Arne Koopman (UU) *Characteristic Relational Patterns*
 29. Stratos Idreos (CWI) *Database Cracking: Towards Auto-tuning Database Kernels*
 30. Marieke van Erp (UvT) *Accessing Natural History - Discoveries in data cleaning, structuring, and retrieval*
 31. Victor de Boer (UvA) *Ontology Enrichment from Heterogeneous Sources on the Web*
 32. Marcel Hiel (UvT) *An Adaptive Service Oriented Architecture: Automatically solving Interoperability Problems*
 33. Robin Aly (UT) *Modeling Representation Uncertainty in Concept-Based Multimedia Retrieval*
 34. Teduh Dirgahayu (UT) *Interaction Design in Service Compositions*
 35. Dolf Trieschnigg (UT) *Proof of Concept: Concept-based Biomedical Information Retrieval*
 36. Jose Janssen (OU) *Paving the Way for Lifelong Learning: Facilitating competence development through a learning path specification*
 37. Niels Lohmann (TU/e) *Correctness of services and their composition*
 38. Dirk Fahland (TU/e) *From Scenarios to components*
 39. Ghazanfar Farooq Siddiqui (VU) *Integrative modeling of emotions in virtual agents*
 40. Mark van Assem (VU) *Converting and Integrating Vocabularies for the Semantic Web*
 41. Guillaume Chaslot (UM) *Monte-Carlo Tree Search*
 42. Sybren de Kinderen (VU) *Needs-driven service bundling in a multi-supplier setting - the computational e3-service approach*
 43. Peter van Kranenburg (UU) *A Computational Approach to Content-Based Retrieval of Folk Song Melodies*
 44. Pieter Bellekens (TU/e) *An Approach towards Context-sensitive and User-adapted Access to Heterogeneous Data Sources, Illustrated in the Television Domain*

45. Vasilios Andrikopoulos (UvT) *A theory and model for the evolution of software services*
 46. Vincent Pijpers (VU) *e3alignment: Exploring Inter-Organizational Business-ICT Alignment*
 47. Chen Li (UT) *Mining Process Model Variants: Challenges, Techniques, Examples*
 48. Withdrawn
 49. Jahn-Takeshi Saito (UM) *Solving difficult game positions*
 50. Bouke Huurnink (UvA) *Search in Audiovisual Broadcast Archives*
 51. Alia Khairia Amin (CWI) *Understanding and supporting information seeking tasks in multiple sources*
 52. Peter-Paul van Maanen (VU) *Adaptive Support for Human-Computer Teams: Exploring the Use of Cognitive Models of Trust and Attention*
 53. Edgar Meij (UvA) *Combining Concepts and Language Models for Information Access*
- 2011**
1. Botond Cseke (RUN) *Variational Algorithms for Bayesian Inference in Latent Gaussian Models*
 2. Nick Tinnemeier (UU) *Organizing Agent Organizations. Syntax and Operational Semantics of an Organization-Oriented Programming Language*
 3. Jan Martijn van der Werf (TU/e) *Compositional Design and Verification of Component-Based Information Systems*
 4. Hado van Hasselt (UU) *Insights in Reinforcement Learning: Formal analysis and empirical evaluation of temporal-difference learning algorithms*
 5. Base van der Raadt (VU) *Enterprise Architecture Coming of Age - Increasing the Performance of an Emerging Discipline.*
 6. Yiwen Wang (TU/e) *Semantically-Enhanced Recommendations in Cultural Heritage*
 7. Yujia Cao (UT) *Multimodal Information Presentation for High Load Human Computer Interaction*
 8. Nieske Vergunst (UU) *BDI-based Generation of Robust Task-Oriented Dialogues*
 9. Tim de Jong (OU) *Contextualised Mobile Media for Learning*
 10. Bart Bogaert (UvT) *Cloud Content Contention*
 11. Dhaval Vyas (UT) *Designing for Awareness: An Experience-focused HCI Perspective*
 12. Carmen Bratosin (TU/e) *Grid Architecture for Distributed Process Mining*
 13. Xiaoyu Mao (UvT) *Airport under Control. Multi-agent Scheduling for Airport Ground Handling*
 14. Milan Lovric (EUR) *Behavioral Finance and Agent-Based Artificial Markets*
 15. Marijn Koolen (UvA) *The Meaning of Structure: the Value of Link Evidence for Information Retrieval*
 16. Maarten Schadd (UM) *Selective Search in Games of Different Complexity*
 17. Jiyin He (UvA) *Exploring Topic Structure: Coherence, Diversity and Relatedness*
 18. Mark Ponsen (UM) *Strategic Decision-Making in complex games*
 19. Ellen Rusman (OU) *The Mind's Eye on Personal Profiles*
 20. Qing Gu (VU) *Guiding service-oriented software engineering - A view-based approach*
 21. Linda Terlouw (TUD) *Modularization and Specification of Service-Oriented Systems*
 22. Junte Zhang (UvA) *System Evaluation of Archival Description and Access*
 23. Wouter Weerkamp (UvA) *Finding People and their Utterances in Social Media*
 24. Herwin van Welbergen (UT) *Behavior Generation for Interpersonal Coordination with Virtual Humans On Specifying, Scheduling and Realizing Multimodal Virtual Human Behavior*
 25. Syed Waqar ul Qounain Jaffry (VU) *Analysis and Validation of Models for Trust Dynamics*
 26. Matthijs Aart Pontier (VU) *Virtual Agents for Human Communication - Emotion Regulation and Involvement-Distance Trade-Offs in Embodied Conversational Agents and Robots*
 27. Aniel Bhulai (VU) *Dynamic website optimization through autonomous management of design patterns*
 28. Rianne Kaptein (UvA) *Effective Focused Retrieval by Exploiting Query Context and Document Structure*
 29. Faisal Kamiran (TU/e) *Discrimination-aware Classification*
 30. Egon van den Broek (UT) *Affective Signal Processing (ASP): Unraveling the mystery of emotions*
 31. Ludo Waltman (EUR) *Computational and Game-Theoretic Approaches for Modeling Bounded Rationality*
 32. Nees-Jan van Eck (EUR) *Methodological Advances in Bibliometric Mapping of Science*
 33. Tom van der Weide (UU) *Arguing to Motivate Decisions*
 34. Paolo Turrini (UU) *Strategic Reasoning in Interdependence: Logical and Game-theoretical Investigations*
 35. Maaïke Harbers (UU) *Explaining Agent Behavior in Virtual Training*
 36. Erik van der Spek (UU) *Experiments in serious game design: a cognitive approach*
 37. Adriana Burlutiu (RUN) *Machine Learning for Pairwise Data, Applications for Preference Learning and Supervised Network Inference*
 38. Nyree Lemmens (UM) *Bee-inspired Distributed Optimization*
 39. Joost Westra (UU) *Organizing Adaptation using Agents in Serious Games*
 40. Viktor Clerc (VU) *Architectural Knowledge Management in Global Software Development*
 41. Luan Ibraimi (UT) *Cryptographically Enforced Distributed Data Access Control*
 42. Michal Sindlar (UU) *Explaining Behavior through Mental State Attribution*

43. Henk van der Schuur (UU) *Process Improvement through Software Operation Knowledge*
 44. Boris Reuderink (UT) *Robust Brain-Computer Interfaces*
 45. Herman Stehouwer (UvT) *Statistical Language Models for Alternative Sequence Selection*
 46. Beibei Hu (TUD) *Towards Contextualized Information Delivery: A Rule-based Architecture for the Domain of Mobile Police Work*
 47. Azizi Bin Ab Aziz (VU) *Exploring Computational Models for Intelligent Support of Persons with Depression*
 48. Mark Ter Maat (UT) *Response Selection and Turn-taking for a Sensitive Artificial Listening Agent*
 49. Andreea Niculescu (UT) *Conversational interfaces for task-oriented spoken dialogues: design aspects influencing interaction quality*
- 2012**
1. Terry Kakeeto (UvT) *Relationship Marketing for SMEs in Uganda*
 2. Muhammad Umair (VU) *Adaptivity, emotion, and Rationality in Human and Ambient Agent Models*
 3. Adam Vanya (VU) *Supporting Architecture Evolution by Mining Software Repositories*
 4. Jurriaan Souer (UU) *Development of Content Management System-based Web Applications*
 5. Marijn Plomp (UU) *Maturing Interorganisational Information Systems*
 6. Wolfgang Reinhardt (OU) *Awareness Support for Knowledge Workers in Research Networks*
 7. Rianne van Lambalgen (VU) *When the Going Gets Tough: Exploring Agent-based Models of Human Performance under Demanding Conditions*
 8. Gerben de Vries (UvA) *Kernel Methods for Vessel Trajectories*
 9. Ricardo Neisse (UT) *Trust and Privacy Management Support for Context-Aware Service Platforms*
 10. David Smits (TU/e) *Towards a Generic Distributed Adaptive Hypermedia Environment*
 11. J.C.B. Rantham Prabhakara (TU/e) *Process Mining in the Large: Preprocessing, Discovery, and Diagnostics*
 12. Kees van der Sluijs (TU/e) *Model Driven Design and Data Integration in Semantic Web Information Systems*
 13. Suleman Shahid (UvT) *Fun and Face: Exploring non-verbal expressions of emotion during playful interactions*
 14. Evgeny Knutov (TU/e) *Generic Adaptation Framework for Unifying Adaptive Web-based Systems*
 15. Natalie van der Wal (VU) *Social Agents. Agent-Based Modelling of Integrated Internal and Social Dynamics of Cognitive and Affective Processes.*
 16. Fiemke Both (VU) *Helping people by understanding them - Ambient Agents supporting task execution and depression treatment*
 17. Amal Elgammal (UvT) *Towards a Comprehensive Framework for Business Process Compliance*
 18. Eltjo Poort (VU) *Improving Solution Architecting Practices*
 19. Helen Schonenberg (TU/e) *What's Next? Operational Support for Business Process Execution*
 20. Ali Bahramisharif (RUN) *Covert Visual Spatial Attention, a Robust Paradigm for Brain-Computer Interfacing*
 21. Roberto Cornacchia (TUD) *Querying Sparse Matrices for Information Retrieval*
 22. Thijs Vis (UvT) *Intelligence, politie en veiligheidsdienst: verenigbare grootheden?*
 23. Christian Muehl (UT) *Toward Affective Brain-Computer Interfaces: Exploring the Neurophysiology of Affect during Human Media Interaction*
 24. Laurens van der Werff (UT) *Evaluation of Noisy Transcripts for Spoken Document Retrieval*
 25. Silja Eckartz (UT) *Managing the Business Case Development in Inter-Organizational IT Projects: A Methodology and its Application*
 26. Emile de Maat (UvA) *Making Sense of Legal Text*
 27. Hayrettin Gürkök (UT) *Mind the Sheep! User Experience Evaluation & Brain-Computer Interface Games*
 28. Nancy Pascall (UvT) *Engendering Technology Empowering Women*
 29. Almer Tigelaar (UT) *Peer-to-Peer Information Retrieval*
 30. Alina Pommeranz (TUD) *Designing Human-Centered Systems for Reflective Decision Making*
 31. Emily Bagarukayo (RUN) *A Learning by Construction Approach for Higher Order Cognitive Skills Improvement, Building Capacity and Infrastructure*
 32. Wietske Visser (TUD) *Qualitative multi-criteria preference representation and reasoning*
 33. Rory Sie (OU) *Coalitions in Cooperation Networks (COCOON)*
 34. Pavol Jancura (RUN) *Evolutionary analysis in PPI networks and applications*
 35. Evert Haasdijk (VU) *Never Too Old To Learn - Online Evolution of Controllers in Swarm-and Modular Robotics*
 36. Denis Ssebugwawo (RUN) *Analysis and Evaluation of Collaborative Modeling Processes*
 37. Agnes Nakakawa (RUN) *A Collaboration Process for Enterprise Architecture Creation*
 38. Agus Gunawan (UvT) *Information Access for SMEs in Indonesia*
- 2013**
1. Viorel Milea (EUR) *News Analytics for Financial Decision Support*
 2. Erietta Liarou (CWI) *MonetDB/DataCell: Leveraging the Column-store Database Technology for Efficient and Scalable Stream Processing*

3. Szymon Klarman (VU) *Reasoning with Contexts in Description Logics*
 4. Chetan Yadati (TUD) *Coordinating autonomous planning and scheduling*
 5. Dulce Pumareja (UT) *Groupware Requirements Evolutions Patterns*
 6. Romulo Goncalves (CWI) *The Data Cyclotron: Juggling Data and Queries for a Data Warehouse Audience*
 7. Giel van Lankveld (UT) *Quantifying Individual Player Differences*
 8. Robbert-Jan Merk (VU) *Making enemies: cognitive modeling for opponent agents in fighter pilot simulators*
 9. Fabio Gori (RUN) *Metagenomic Data Analysis: Computational Methods and Applications*
 10. Jeewanie Jayasinghe Arachchige (UvT) *A Unified Modeling Framework for Service Design*
 11. Evangelos Pournaras (TUD) *Multi-level Reconfigurable Self-organization in Overlay Services*
 12. Marian Razavian (VU) *Knowledge-driven Migration to Services*
 13. Mohammed Zafiri (UT) *Service Tailoring: User-centric creation of integrated IT-based homecare services to support independent living of elderly*
 14. Jafar Tanha (UVA) *Ensemble Approaches to Semi-Supervised Learning*
 15. Daniel Hennes (UM) *Multiagent Learning - Dynamic Games and Applications*
 16. Eric Kok (UU) *Exploring the practical benefits of argumentation in multiagent deliberation*
 17. Koen Kok (VU) *The PowerMatcher: Smart Coordination for the Smart Electricity Grid*
 18. Jeroen Janssens (UvT) *Outlier Selection and One-Class Classification*
 19. Renze Steenhuisen (TUD) *Coordinated Multi-Agent Planning and Scheduling*
 20. Katja Hofman (UVA) *Fast and Reliable Online Learning to Rank for Information Retrieval*
 21. Sander Wubben (UvT) *Text-to-Text Generation by Monolingual Machine Translation*
 22. Tom Claassen (RUN) *Causal Discovery and Logic*
 23. Patricio de Alencar Silva (UvT) *Value Activity Monitoring*
 24. Haitham Bou Ammar (UM) *Automated Transfer in Reinforcement Learning*
 25. Agnieszka Anna Latoszek-Berendsen (UM) *Intention-based Decision Support. A new way of representing and implementing clinical guidelines in a Decision Support System*
 26. Alireza Zarghami (UT) *Architectural Support for Dynamic Homecare Service Provisioning*
 27. Mohammad Huq (UT) *Inference-based Framework Managing Data Provenance*
 28. Frans van der Sluis (UT) *When Complexity becomes Interesting: An Inquiry into the Information eXperience*
 29. Iwan de Kok (UT) *Listening Heads*
 30. Joyce Nakatumba (TUE) *Resource-Aware Business Process Management: Analysis and Support*
 31. Dinh Khoa Nguyen (UvT) *Blueprint Model and Language for Engineering Cloud Applications*
 32. Kamakshi Rajagopal (OUN) *Networking For Learning: The role of Networking in a Lifelong Learner's Professional Development*
 33. Qi Gao (TUD) *User Modeling and Personalization in the Microblogging Sphere*
 34. Kien Tjin-Kam-Jet (UT) *Distributed Deep Web Search*
 35. Abdallah El Ali (UvA) *Minimal Mobile Human Computer*
 36. Than Lam Hoang (TUE) *Pattern Mining in Data Streams*
 37. Dirk Börner (OUN) *Ambient Learning Displays*
 38. Eelco den Heijer (VU) *Autonomous Evolutionary Art*
 39. Joop de Jong (TUD) *A Method for Enterprise Ontology based Design of Enterprise Information Systems*
 40. Pim Nijssen (UM) *Monte-Carlo Tree Search for Multi-Player Games*
 41. Jochem Liem (UVA) *Supporting the Conceptual Modelling of Dynamic Systems: A Knowledge Engineering Perspective on Qualitative Reasoning*
 42. Léon Planken (TUD) *Algorithms for Simple Temporal Reasoning*
 43. Marc Bron (UVA) *Exploration and Contextualization through Interaction and Concepts*
- 2014**
1. Nicola Barile (UU) *Studies in Learning Monotone Models from Data*
 2. Fiona Tuliayano (RUN) *Combining System Dynamics with a Domain Modeling Method*
 3. Sergio Raul Duarte Torres (UT) *Information Retrieval for Children: Search Behavior and Solutions*
 4. Hanna Jochmann-Mannak (UT) *Websites for children: search strategies and interface design - Three studies on children's search performance and evaluation*
 5. Jurriaan van Reijssen (UU) *Knowledge Perspectives on Advancing Dynamic Capability*
 6. Damian Tamburri (VU) *Supporting Networked Software Development*
 7. Arya Adriansyah (TUE) *Aligning Observed and Modeled Behavior*
 8. Samur Araujo (TUD) *Data Integration over Distributed and Heterogeneous Data Endpoints*
 9. Philip Jackson (UvT) *Toward Human-Level Artificial Intelligence: Representation and Computation of Meaning in Natural Language*
 10. Ivan Salvador Razo Zapata (VU) *Service Value Networks*
 11. Janneke van der Zwaan (TUD) *An Empathic Virtual Buddy for Social Support*

12. Willem van Willigen (VU) *Look Ma, No Hands: Aspects of Autonomous Vehicle Control*
 13. Arlette van Wissen (VU) *Agent-Based Support for Behavior Change: Models and Applications in Health and Safety Domains*
 14. Yangyang Shi (TUD) *Language Models With Meta-information*
 15. Natalya Mogles (VU) *Agent-Based Analysis and Support of Human Functioning in Complex Socio-Technical Systems: Applications in Safety and Healthcare*
 16. Krystyna Milian (VU) *Supporting Trial Recruitment and Design by Automatically Interpreting Eligibility Criteria*
 17. Kathrin Dentler (VU) *Computing Healthcare Quality Indicators Automatically: Secondary Use of Patient Data and Semantic Interoperability*
 18. Mattijs Ghijsen (VU) *Methods and Models for the Design and Study of Dynamic Agent Organizations*
 19. Vincius Ramos (TUE) *Adaptive Hypermedia Courses: Qualitative and Quantitative Evaluation and Tool Support*
 20. Mena Habib (UT) *Named Entity Extraction and Disambiguation for Informal Text: The Missing Link*
 21. Cassidy Clark (TUD) *Negotiation and Monitoring in Open Environments*
 22. Marieke Peeters (UT) *Personalized Educational Games - Developing Agent-Supported Scenario-based Training*
 23. Eleftherios Sidirourgos (UvA/CWI) *Space Efficient Indexes for the Big Data Era*
 24. Davide Ceolin (VU) *Trusting Semi-structured Web Data*
 25. Martijn Lappenschaar (RUN) *New Network Models for the Analysis of Disease Interaction*
 26. Tim Baarslag (TUD) *What to Bid and When to Stop*
 27. Rui Jorge Almeida (EUR) *Conditional Density Models Integrating Fuzzy and Probabilistic Representations of Uncertainty*
 28. Anna Chmielowiec (VU) *Decentralized k-Clique Matching*
 29. Jaap Kabbedijk (UU) *Variability in Multi-Tenant Enterprise Software*
 30. Peter de Kock (UvT) *Anticipating Criminal Behaviour*
 31. Leo van Moergestel (UU) *Agent Technology in Agile Multiparallel Manufacturing and Product Support*
 32. Naser Ayat (UVA) *On Entity Resolution in Probabilistic Data*
 33. Tesfa Tegegne Asfaw (RUN) *Service Discovery in eHealth*
 34. Christina Manteli (VU) *The Effect of Governance in Global Software Development: Analyzing Transactive Memory Systems*
 35. Joost van Oijen (UU) *Cognitive Agents in Virtual Worlds: A Middleware Design Approach*
 36. Joos Buijs (TUE) *Flexible Evolutionary Algorithms for Mining Structured Process Models*
 37. Maral Dadvar (UT) *Experts and Machines United Against Cyberbullying*
 38. Danny Plass-Oude Bos (UT) *Making Brain-computer Interfaces Better: Improving Usability Through Post-processing*
 39. Jasmina Marić (UvT) *Web Communities, Immigration and Social Capital*
 40. Walter Omona (RUN) *A Framework for Knowledge Management Using ICT in Higher Education*
 41. Frederic Hogenboom (EUR) *Automated Detection of Financial Events in News Text*
 42. Carsten Eijckhof (CWI/TUD) *Contextual Multidimensional Relevance Models*
 43. Kevin Vlaanderen (UU) *Supporting Process Improvement using Method Increments*
 44. Paulien Meesters (UvT) *Intelligent Blauw. Met als ondertitel: Intelligence-gestuurde politiezorg in gebiedsgebonden eenheden*
 45. Birgit Schmitz (OUN) *Mobile Games for Learning: A Pattern-Based Approach*
 46. Ke Tao (TUD) *Social Web Data Analytics: Relevance, Redundancy, Diversity*
 47. Shangsong Liang (UVA) *Fusion and Diversification in Information Retrieval*
- 2015**
1. Niels Netten (UvA) *Machine Learning for Relevance of Information in Crisis Response*
 2. Faiza Bukhsh (UvT) *Smart auditing: Innovative Compliance Checking in Customs Controls*
 3. Twan van Laarhoven (RUN) *Machine learning for network data*
 4. Howard Spoelstra (OUN) *Collaborations in Open Learning Environments*
 5. Christoph Bösch (UT) *Cryptographically Enforced Search Pattern Hiding*
 6. Farideh Heidari (TUD) *Business Process Quality Computation – Computing Non-Functional Requirements to Improve Business Processes*
 7. Maria-Hendrike Peetz (UvA) *Time-Aware Online Reputation Analysis*
 8. Jie Jiang (TUD) *Organizational Compliance: An agent-based model for designing and evaluating organizational interactions*
 9. Randy Klaassen (UT) *HCI Perspectives on Behavior Change Support Systems*
 10. Henry Hermans (OUN) *OpenU: design of an integrated system to support lifelong learning*
 11. Yongming Luo (TUE) *Designing algorithms for big graph datasets: A study of computing bisimulation and joins*
 12. Julie M. Birkholz (VU) *Modi Operandi of Social Network Dynamics: The Effect of Context on Scientific Collaboration Networks*

13. Giuseppe Procaccianti (VU) *Energy-Efficient Software*
 14. Bart van Straalen (UT) *A cognitive approach to modeling bad news conversations*
 15. Klaas Andries de Graaf (VU) *Ontology-based Software Architecture Documentation*
 16. Changyun Wei (UT) *Cognitive Coordination for cooperative Multi-Robot Teamwork*
 17. André van Cleeff (UT) *Physical and Digital Security Mechanisms: Properties, Combinations and Trade-offs*
 18. Holger Pirk (CWI) *Waste Not, Want Not! – Managing Relational Data in Asymmetric Memories*
 19. Bernardo Tabuenca (OUN) *Ubiquitous Technology for Lifelong Learners*
 20. Lois Vanhée (UU) *Using Culture and Values to Support Flexible Coordination*
 21. Sibren Fetter (OUN) *Using Peer-Support to Expand and Stabilize Online Learning*
 22. Zheming Zhu (UT) *Co-occurrence Rate Networks*
 23. Luit Gazendam (VU) *Cataloguer Support in Cultural Heritage*
 24. Richard Berendsen (UVA) *Finding People, Papers, and Posts: Vertical Search Algorithms and Evaluation*
 25. Steven Woudenberg (UU) *Bayesian Tools for Early Disease Detection*
 26. Alexander Hogenboom (EUR) *Sentiment Analysis of Text Guided by Semantics and Structure*
 27. Sándor Héman (CWI) *Updating compressed column stores*
 28. Janet Bagorogoza (UvT) *Knowledge Management and High Performance; The Uganda Financial Institutions Model for HPO*
 29. Hendrik Baier (UM) *Monte-Carlo Tree Search Enhancements for One-Player and Two-Player Domains*
 30. Kiavash Bahreini (OU) *Real-time Multimodal Emotion Recognition in E-Learning*
 31. Yakup Koç (TUD) *On the robustness of Power Grids*
 32. Jerome Gard (UL) *Corporate Venture Management in SMEs*
 33. Frederik Schadd (UM) *Ontology Mapping with Auxiliary Resources*
 34. Victor de Graaff (UT) *Gesocial Recommender Systems*
 35. Jungxao Xu (TUD) *Affective Body Language of Humanoid Robots: Perception and Effects in Human Robot Interaction*
 4. Laurens Rietveld (VU) *Publishing and Consuming Linked Data*
 5. Evgeny Sherkhonov (UVA) *Expanded Acyclic Queries: Containment and an Application in Explaining Missing Answers*
 6. Michel Wilson (TUD) *Robust scheduling in an uncertain environment*
 7. Jeroen de Man (VU) *Measuring and modeling negative emotions for virtual training*
 8. Matje van de Camp (TiU) *A Link to the Past: Constructing Historical Social Networks from Unstructured Data*
 9. Archana Nottamkandath (VU) *Trusting Crowdsourced Information on Cultural Artefacts*
 10. George Karafotias (VUA) *Parameter Control for Evolutionary Algorithms*
 11. Anne Schuth (UVA) *Search Engines that Learn from Their Users*
 12. Max Knobbout (UU) *Logics for Modelling and Verifying Normative Multi-Agent Systems*
 13. Nana Baah Gyan (VU) *The Web, Speech Technologies and Rural Development in West Africa - An ICT4D Approach*
 14. Ravi Khadka (UU) *Revisiting Legacy Software System Modernization*
 15. Steffen Michels (RUN) *Hybrid Probabilistic Logics - Theoretical Aspects, Algorithms and Experiments*
 16. Guangliang Li (UVA) *Socially Intelligent Autonomous Agents that Learn from Human Reward*
 17. Berend Weel (VU) *Towards Embodied Evolution of Robot Organisms*
 18. Albert Meroño Peñuela (VU) *Refining Statistical Data on the Web*
 19. Julia Efremova (Tu/e) *Mining Social Structures from Genealogical Data*
 20. Daan Odijk (UVA) *Context & Semantics in News & Web Search*
 21. Alejandro Moreno Celleri (UT) *From Traditional to Interactive Playspaces: Automatic Analysis of Player Behavior in the Interactive Tag Playground*
 22. Grace Lewis (VU) *Software Architecture Strategies for Cyber-Foraging Systems*
 23. Fei Cai (UVA) *Query Auto Completion in Information Retrieval*
 24. Brend Wanders (UT) *Repurposing and Probabilistic Integration of Data; An Iterative and data model independent approach*
 25. Julia Kiseleva (TU/e) *Using Contextual Information to Understand Searching and Browsing Behavior*
 26. Dilhan Thilakarathne (VU) *In or Out of Control: Exploring Computational Models to Study the Role of Human Awareness and Control in Behavioural Choices, with Applications in Aviation and Energy Management Domains*
 27. Wen Li (TUD) *Understanding Geo-spatial Information on Social Media*
- 2016**
1. Syed Saiden Abbas (RUN) *Recognition of Shapes by Humans and Machines*
 2. Michiel Christiaan Meulendijk (UU) *Optimizing medication reviews through decision support: prescribing a better pill to swallow*
 3. Maya Sappelli (RUN) *Knowledge Work in Context: User Centered Knowledge Worker Support*

28. Mingxin Zhang (TUD) *Large-scale Agent-based Social Simulation - A study on epidemic prediction and control*
 29. Nicolas Höning (TUD) *Peak reduction in decentralised electricity systems -Markets and prices for flexible planning*
 30. Ruud Mattheij (UvT) *The Eyes Have It*
 31. Mohammad Khelghati (UT) *Deep web content monitoring*
 32. Eelco Vriezekolk (UT) *Assessing Telecommunication Service Availability Risks for Crisis Organisations*
 33. Peter Bloem (UVA) *Single Sample Statistics, exercises in learning from just one example*
 34. Dennis Schunselaar (TUE) *Configurable Process Trees: Elicitation, Analysis, and Enactment*
 35. Zhaochun Ren (UVA) *Monitoring Social Media: Summarization, Classification and Recommendation*
 36. Daphne Karreman (UT) *Beyond R2D2: The design of nonverbal interaction behavior optimized for robot-specific morphologies*
 37. Giovanni Sileno (UvA) *Aligning Law and Action - a conceptual and computational inquiry*
 38. Andrea Minuto (UT) *MATERIALS THAT MATTER - Smart Materials meet Art & Interaction Design*
 39. Merijn Bruijnes (UT) *Believable Suspect Agents; Response and Interpersonal Style Selection for an Artificial Suspect*
 40. Christian Detweiler (TUD) *Accounting for Values in Design*
 41. Thomas King (TUD) *Governing Governance: A Formal Framework for Analysing Institutional Design and Enactment Governance*
 42. Spyros Martzoukos (UVA) *Combinatorial and Compositional Aspects of Bilingual Aligned Corpora*
 43. Saskia Koldijk (RUN) *Context-Aware Support for Stress Self-Management: From Theory to Practice*
 44. Thibault Sellam (UVA) *Automatic Assistants for Database Exploration*
 45. Bram van de Laar (UT) *Experiencing Brain-Computer Interface Control*
 46. Jorge Gallego Perez (UT) *Robots to Make you Happy*
 47. Christina Weber (UL) *Real-time foresight - Preparedness for dynamic innovation networks*
 48. Tanja Buttler (TUD) *Collecting Lessons Learned*
 49. Gleb Polevoy (TUD) *Participation and Interaction in Projects. A Game-Theoretic Analysis*
 50. Yan Wang (UVT) *The Bridge of Dreams: Towards a Method for Operational Performance Alignment in IT-enabled Service Supply Chains*
 51. Mrunal Gawade (CWI) *MULTI-CORE PARALLELISM IN A COLUMN-STORE*
 52. Mahdiah Shadi (UVA) *Collaboration Behavior*
 53. Damir Vandic (EUR) *Intelligent Information Systems for Web Product Search*
 54. Roel Bertens (UU) *Insight in Information: from Abstract to Anomaly*
 55. Rob Konijn (VU) *Detecting Interesting Differences: Data Mining in Health Insurance Data using Outlier Detection and Subgroup Discovery*
 56. Dong Nguyen (UT) *Text as Social and Cultural Data: A Computational Perspective on Variation in Text*
 57. Robby van Delden (UT) *(Steering) Interactive Play Behavior*
 58. Florian Kunneman (RUN) *Modelling patterns of time and emotion in Twitter #anticipointment*
 59. Sander Leemans (TUE) *Robust Process Mining with Guarantees*
 60. Gijs Huisman (UT) *Social Touch Technology - Extending the reach of social touch through haptic technology*
 61. Shoshannah Tekofsky (UvT) *You Are Who You Play You Are: Modelling Player Traits from Video Game Behavior*
 62. Peter Berck, Radboud University (RUN) *Memory-Based Text Correction*
 63. Aleksandr Chuklin (UVA) *Understanding and Modeling Users of Modern Search Engines*
 64. Daniel Dimov (UL) *Crowdsourced Online Dispute Resolution*
 65. Ridho Reinanda (UVA) *Entity Associations for Search*
 66. Jeroen Vuurens (TUD) *Proximity of Terms, Texts and Semantic Vectors in Information Retrieval*
 67. Mohammadbashir Sedighi (TUD) *Fostering Engagement in Knowledge Sharing: The Role of Perceived Benefits, Costs and Visibility*
 68. Jeroen Linssen (UT) *Meta Matters in Interactive Storytelling and Serious Gaming (A Play on Worlds)*
 69. Sara Magliacane (VU) *Logics for causal inference under uncertainty*
 70. David Graus (UVA) *Entities of Interest--- Discovery in Digital Traces*
 71. Chang Wang (TUD) *Use of Affordances for Efficient Robot Learning*
 72. Veruska Zamborlini (VU) *Knowledge Representation for Clinical Guidelines, with applications to Multimorbidity Analysis and Literature Search*
 73. Merel Jung (UT) *Socially intelligent robots that understand and respond to human touch*
 74. Michiel Joosse (UT) *Investigating Positioning and Gaze Behaviors of Social Robots: People's Preferences, Perceptions and Behaviors*
 75. John Klein (VU) *Architecture Practices for Complex Contexts*
 76. Adel Alhuraibi (UVT) *From IT-Business Strategic Alignment to Performance: A Moderated Mediation*
- 2017**
1. Jan-Jaap Oerlemans (UL) *Investigating Cybercrime*
 2. Sjoerd Timmer (UU) *Designing and Understanding Forensic Bayesian Networks using Argumentation*
 3. Daniël Harold Telgen (UU) *Grid Manufacturing: A Cyber-Physical Approach with Autonomous Products and Reconfigurable Manufacturing Machines*

Model of Social Innovation, and Enterprise Governance of IT

30. Wilma Latuny (UVT) *The Power of Facial Expressions*
31. Ben Ruijl (UL) *Advances in computational methods for QFT calculations*
32. Thaer Samar (RUN) *Access to and Retrievalability of Content in Web Archives*
33. Brigit van Loggem (OU) *Towards a Design Rationale for Software Documentation: A Model of Computer-Mediated Activity*
34. Maren Scheffel (OUN) *The Evaluation Framework for Learning Analytics*
35. Martine de Vos (VU) *Interpreting natural science spreadsheets*
36. Yuanhao Guo (UL) *Shape Analysis for Phenotype Characterisation from High-throughput Imaging*
37. Alejandro Montes Garcia (TUE) *WiBAF: A Within Browser Adaptation Framework that Enables Control over Privacy*
38. Alex Kayal (TUD) *Normative Social Applications*
39. Sara Ahmadi (RUN) *Exploiting properties of the human auditory system and compressive sensing methods to increase noise robustness in ASR*
40. Altaf Hussain Abro (VUA) *Steer your Mind: Computational Exploration of Human Control in Relation to Emotions, Desires and Social Support For applications in human-aware support systems"*
41. Adnan Manzoor (VUA) *Minding a Healthy Lifestyle: An Exploration of Mental Processes and a Smart Environment to Provide Support for a Healthy Lifestyle*
42. Elena Sokolova (RUN) *Causal discovery from mixed and missing data with applications on ADHD datasets*
43. Maaïke de Boer (RUN) *Semantic Mapping in Video Retrieval*
44. Garm Lucassen (UU) *Understanding User Stories - Computational Linguistics in Agile Requirements Engineering*
45. Bas Testerink (UU) *Decentralized Runtime Norm Enforcement*
46. Jan Schneider (OU) *Sensor-based Learning Support*
47. Yie Yang (TUD) *Crowd Knowledge Creation Acceleration*
48. Angel Suarez (OU) *Collaborative inquiry-based learning*
4. Jordan Janeiro (TUD) *Flexible Coordination Support for Diagnosis Teams in Data-Centric Engineering Tasks*
5. Hugo Huurdeman (UVA) *Supporting the Complex Dynamics of the Information Seeking Process*
6. Dan Ionita (UT) *Model-Driven Information Security Risk Assessment of Socio-Technical Systems*
7. Jieting Luo (UU) *A formal account of opportunism in multi-agent systems*
8. Rick Smetsers (RUN) *Advances in Model Learning for Software Systems*
9. Xu Xie (TUD) *Data Assimilation in Discrete Event Simulations*
10. Julienka Mollee (VUA) *Moving forward: supporting physical activity behavior change through intelligent technology*
11. Mahdi Sargolzaei (UVA) *Enabling Framework for Service-oriented Collaborative Networks*
12. Xixi Lu (TUE) *Using behavioral context in process mining*
13. Seyed Amin Tabatabaei (VUA) *Computing a Sustainable Future: Exploring the added value of computational models for increasing the use of renewable energy in the residential sector*
14. Bart Joosten (UVT) *Detecting Social Signals with Spatiotemporal Gabor Filters*
15. Naser Davarzani (UM) *Biomarker discovery in heart failure*
16. Jaebok Kim (UT) *Automatic recognition of engagement and emotion in a group of children*
17. Jianpeng Zhang (TUE) *On Graph Sample Clustering*

2018

1. Han van der Aa (VUA) *Comparing and Aligning Process Representations*
2. Felix Mannhardt (TUE) *Multi-perspective Process Mining*
3. Steven Bosems (UT) *Causal Models For Well-Being: Knowledge Modeling, Model-Driven Development of Context-Aware Applications, and Behavior Prediction*

