



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

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

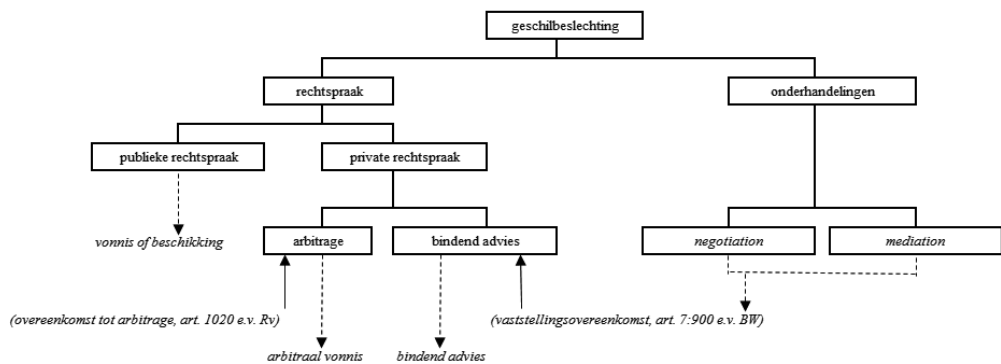
14 Stolker 2003; zie voor andere bijdragen aan het debat Barendrecht e.a. 2004, Franken 2004, De Geest 2004, Van Gestel en Vranken 2007, Kortmann 2007, Smith e.a. 2008, Gommer 2011. Zie voor de exacte wetenschappen Popper 1959.

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 verlof tot tenuitvoerlegging bij de overheidsrechter te vragen. Wordt het verlof 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.measuringaccessjustice.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.lynxk>.

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.

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 bureaucratie. 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](http://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 privaats 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.