



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

4 | DE PROCES-VERBAALAKTE BINNEN DE RECHTSPRAAK

In het vorige hoofdstuk hebben wij vastgesteld dat een notariële akte slechts een titel kan opleveren, indien en voor zover de notaris de verplichtingen van de partijen kan vaststellen. In dit hoofdstuk wordt de eerste onderzoeksvraag behandeld. OV1 luidt als volgt. *“In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?”* Het gaat hierbij om de notaris in zijn rol van waarnemer van een procedure op de grondslag van arbitrage of bindend advies. Om deze vraag te beantwoorden wordt de kennis over het juridische kader van de notariële akte en private rechtspraak van hoofdstukken 2 en 3 toegepast. Het gaat hier om literatuurkennis, bevindingen en resultaten die door analyse tot stand zijn gekomen. Verder wijzen wij op de eerste aanname die wij hebben geformuleerd in § 1.9.4. Voordat wij echter kunnen overgaan tot het behandelen van het gebruik van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak, behandelen wij in deze paragraaf eerst de partij-akte. De structuur van het hoofdstuk is als volgt. In § 4.1 gaan wij in op de partij-akte en private rechtspraak. In de daaropvolgende paragrafen behandelen wij de proces-verbaalakte en private rechtspraak. In § 4.2 behandelen wij de vraag of de proces-verbaalakte op grond van de in hoofdstuk 3 geformuleerde maatstaf in aanmerking komt als instrument voor de vastlegging van een gerechtelijke procedure. In § 4.3 onderzoeken wij wie als opdrachtgever van de notaris ex artikel 2 Wna kan kwalificeren ter zake van de proces-verbaalakte bij private rechtspraak. In § 4.4 worden de beperkingen van § 3.1.3 toegepast op de proces-verbaalakte bij het private gerecht e-Court. In § 4.5 behandelen wij de toepassing van de notariële akte in relatie tot de rechtspraak. In § 4.6 wordt de eerste onderzoeksvraag beantwoord.

4.1 DE PARTIJ-AKTE EN PRIVATE RECHTSPRAAK

In § 4.1.1 behandelen wij de constructie waarbij de overeenkomst tot private rechtspraak (de overeenkomst tot bindend advies of de overeenkomst tot arbitrage) in een partij-akte wordt neergelegd. In § 4.1.2 bespreken wij de vastlegging van een reeds door een privaats gerecht gegeven bindend advies of arbitraal vonnis in een partij-akte.

4.1.1 De overeenkomst tot private rechte rechtspraak in de partij-akte

Hierna bespreken wij het gebruik van de partij-akte als instrument voor de afdwingbaarheid van de uitspraak van een privaats gerecht. Wij behandelen de vastlegging van de overeenkomst tot bindend advies (de vaststellingsovereenkomst met daarin de benoeming van een derde) en de arbitrageovereenkomst (artikel 1020 j^o 1024 Rv) in een partij-akte, omdat deze constructie in de literatuur voorkomt.³⁸¹ Deze techniek ziet in de praktijk op twee situaties. De eerste situatie is dat er nog geen geschil is gerezen, maar de partijen willen in het kader van hun rechtsbetrekking alvast een keuze maken voor een privaats gerecht, en het gerecht voorziet niet in de rol van de notaris in een procesreglement. De tweede situatie is dat er een geschil is gerezen, en de partijen hebben

381 Voor het arbitraal vonnis ontbreekt de discussie, naar wij aannemen vanwege de relatieve eenvoud van het verlot tot tenuitvoerlegging ex artikel 1062 Rv.

reeds een keuze gemaakt voor een privaats gerecht, maar in het toepasselijke procesreglement van het gerecht is niet voorzien in de waarnemende rol van de notaris. Voor de behandeling van het vraagstuk maakt het overigens geen verschil of het geschil al dan niet is gerezen. Het gaat om een duiding van de praktische toepasbaarheid.

Als eerste heeft Eggens in 1927 geopperd om de vaststellingsovereenkomst notarieel vast te leggen in een partij-akte om het (latere) bindend advies executeerbaar te doen zijn.³⁸² Mocht een conflict ontstaan, dan kan het voorgelegd worden aan een privaats gerecht. De door de derde gegeven beslissing wordt later als geïncorporeerd beschouwd in de oorspronkelijke notariële akte van de vaststellingsovereenkomst. Het is de grosse van de partij-akte op grond waarvan de executie kan plaatsvinden.

In dit geval kwalificeren beide procespartijen als comparanten bij de akte en leggen zij bij de notaris de verklaring af, dat zij op voorhand – wij nemen als voorbeeld de situatie waarin er nog geen conflict is – de vaststellingsovereenkomst notarieel willen vastleggen met het doel, dat het eventueel later gegeven bindend advies als geïncorporeerd kan worden beschouwd. De notaris identificeert de partijen en toetst of zij voldoende zijn “*belehrd*”, alvorens tot het passeren van de akte en het afgeven van de grosse aan de in het gelijk gestelde partij over te gaan.³⁸³ Dit betekent dat de notaris zal vaststellen dat betrokkenen de rechtsgevolgen kunnen overzien, en dat geen van beide partijen misbruik maakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht (zie hoofdstuk 6).

Op deze wijze leggen de partijen zelf de rechtsverhouding in de akte neer. Daarbij hebben zij aangegeven met het oog op eventueel toekomstige conflicten langs welke weg op voor de schuldenaar bindende wijze de grootte van het verschuldigd bedrag kan worden vastgesteld, te weten via het bindend advies van een privaats gerecht.³⁸⁴

Wij menen dat deze benadering destijds voor de hand lag vanuit (i) het primaat van de partij-akte en (ii) de toepassing van de notariële akte als substituut voor de rechtspraak. Daarnaast speelt het tijdsgewricht waarin Eggens deze uitspraak deed een rol. Het rechtsgebied “consumentenrecht” bestond nog niet. Het massale gebruik van een nevenovereenkomst via een beding in algemene voorwaarden was nog niet in zwang geraakt. Voorts was het concept van geïnstitutionaliseerd bindend advies als vorm van geschilbeslechting voor consumenten nog niet aanwezig. Bij een incidentele vaststellingsovereenkomst en een *ad hoc* benoemde bindend adviseur zonder een geldend procesreglement, was de door Eggens geopperde weg van een notarieel vastgelegde vaststellingsovereenkomst (in een partij-akte) in die maatschappelijke context de enige logische benadering.

382 Eggens 1927, p. 544.

383 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

384 HR 26 juni 1992, NJ 1993, 449.

Eggens heeft zoals wij hiervoor al opmerkten, eenvoudigweg niet stil kunnen staan bij massale, geïnstitutionaliseerde private rechtspraak voor consumentengeschillen. Ook bestond artikel 6:236 sub n BW nog niet. Het is niet uitgesloten, dat – zou Eggens zich een voorstelling hebben kunnen maken van de schaal van de hedendaagse incassomarkt – hij het niet bij deze ene oplossingsrichting had gelaten.

*“Bij Eggens bevindt het recht zich in de maatschappij, maar het recht moet daaruit nog gevormd worden: het rechtsdenken is een vormgeven aan wat nog niet gevormd is. Hij was bij uitstek een vertolker van de mening dat de intellectuele werkzaamheid van het zoeken naar het recht in de sociale werkelijkheid tot het (rechts)begrip dient te brengen wat aldus nog niet eerder als rechtswerkelijkheid begrepen werd.”*³⁸⁵

Mutatis mutandis gelden de bovenstaande overwegingen voor de vastlegging van een overeenkomst tot arbitrage in een partij-akte.

Wettelijk gezien is in een dergelijk geval een partij-akte geboden. Het gaat immers om een akte die (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnende persoon over het scheppen van een nieuw rechtsgevolg door een rechtshandeling: de rol van de notaris. De betrokkenen wensen ter plekke een keuze voor bindend advies overeen te komen, hetgeen de notaris volgens de regels van de contractsvrijheid en de partij-akte faciliteert. Deze benadering wordt gevonden in het artikel van Kraan over e-Court.³⁸⁶ Eerder had de Staatssecretaris van V&J in zijn brief van 23 juni 2011 (zie Appendix A) deze benadering gevolgd. In de benadering wordt vooropgesteld dat de keuze voor geschilbeslechting door een privaat gerecht kwalificeert als een nieuwe, onverplichte rechtshandeling. Voor die situatie is een partij-akte vereist. De betrokkenen zullen in die benadering de akte mee (moeten) ondertekenen, om bewijs tegen zichzelf te scheppen van hun wil om hun geschil te onderwerpen aan private rechtspraak, met de bepaling dat zij de wil hebben om de verbintenissen die door de bindend adviseur bij uitspraak aan hen worden opgelegd ook door hen worden nagekomen.

Voor procespartijen die een geschil zouden kunnen krijgen over hoge hoofdsommen is de toepassing van de partij-akte in de praktijk denkbaar. Wij betwijfelen echter of de partij-akte voor hen een aantrekkelijke methode voor afdwingbaarheid van de uitspraak zou vormen. Immers, een arbitrage, gevolgd door een exequaturprocedure komt ons minder omslachtig en tijdrovend voor.

Voor consumentengeschillen kleeft aan deze juridische constructie het praktische nadeel dat elke consumentenkoop door partijen bij de notaris vastgelegd zou moeten worden, zoals de aanschaf van een boek en van een mobiele telefoon. De kosten en moeite die met een dergelijk bezoek aan de notaris gepaard gaan, zullen hoog zijn, en in geen verhouding staan tot het belang dat met de

385 Van Zaltbommel 1993, p. 109 – 110; K. Meijer, 2008, p. 60.

386 Kraan 2012. Kraan wordt in deze benadering gevolgd door Ernste 2012a, p. 93 en Lekkerkerker 2012.

hoofdovereenkomst is gemoeid. Ook zal de verkoper het niet wenselijk achten (onder andere) uit concurrentieoverwegingen om een gang naar de notaris voor te schrijven aan zijn klanten. Dit bemoeilijkt en vertraagt een eenvoudige consumentenkoop en kan ertoe leiden dat de consument het product of de dienst liever elders aanschafft of van de koop afziet. Bovendien worden de verplichtingen uit consumentenkoop in het overgrote deel van de gevallen nagekomen (nakoming van de verbintenissen uit de overeenkomst door de beide partijen is de hoofdregel); juridische procedures naar aanleiding van geschillen vormen – gelukkig – nog steeds een uitzondering op de hoofdregel. In de praktijk is deze route om de redenen voornoemd onbegaanbaar, zeker voor overeenkomsten met een financieel belang tot € 250. De wet vereist daarenboven geen notariële vastlegging van een keuze voor bindend advies. Deze keuze mogen partijen maken buiten de notaris om.

4.1.2 De vastlegging van de uitspraak in de partij-akte

Hierna bespreken wij een tweede toepassing van de partij-akte binnen de rechtspraak, namelijk de door Ernste geopperde methode (c.q. het door haar benoemde rechtsgevolg van het gebruik van een volmacht) om de uitspraak van een privaats gerecht afdwingbaar te maken door vastlegging van een bindend advies in een partij-akte.³⁸⁷ Deze techniek ziet in de praktijk op de situatie waarin partijen bij onderhandse akte (rechtstreeks of via algemene voorwaarden) hun geschil hebben laten beslechten door een privaats gerecht, maar zonder dat in het procesreglement is voorzien in de rol van de notaris, en waarbij de procedure heeft geleid tot een einduitspraak.

Echter, deze route heeft bij rechtspraak als nadeel dat de in het ongelijk gestelde gedaagde niet bereid zal zijn om medewerking te verlenen aan een partij-akte, omdat deze de basis vormt van een executietraject, in de wetenschap dat de in het gelijk gestelde procespartij zich mag verhalen op al zijn vermogensbestanddelen voor zover dat nodig is voor betaling van de vordering en bijkomende kosten. Het is onwaarschijnlijk dat een consument de subjectieve wil zou hebben om een dergelijk executietraject te helpen faciliteren. De schuldenaar kan het executietraject bemoeilijken en vertragen door de gevraagde verklaring juist niet af te leggen.

Zijn individuele belang om niet mee te werken aan de akte is evident. De notaris dient dit te honoreren, omdat hij anders niet mag overgaan tot het passeren van de partij-akte. Voor de rechtspraak lijkt deze constructie een doodlopende weg. Immers, binnen de context van de rechtspraak is het honoreren van dit belang strijdig met het beginsel van de rechtsstaat, en het maatschappelijk belang bij het vertrouwen dat overeenkomsten worden nagekomen, desnoods door de nakoming af te dwingen.

In dit geval waarin de vastlegging van de uitspraak achteraf geschiedt, biedt een volmacht geen soelaas. Immers, ook in geval van een volmacht kwalificeren beide procespartijen als comparanten bij de akte, en worden zij geacht bij de notaris verklaringen af te leggen, dat zij de verbintenissen

387 Ernste 2010, p. 230 e.v.

uit het bindend advies wensen vast te leggen in de akte. De notaris identificeert de partijen en toetst of zij voldoende zijn “*belehrd*”, d.w.z. hij stelt vast of de procespartijen de rechtsgevolgen hiervan kunnen overzien en of geen van beide partijen misbruik maakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht, alvorens over te gaan tot het passeren van de akte en het afgeven van de grosse aan de in het gelijk gestelde partij.³⁸⁸

Knigge heeft benadrukt dat om de rechtsvrede te kunnen waarborgen partijen voldoende mogelijkheid dienen te hebben om hun daadwerkelijke geschil aan de rechter voor te leggen. Procesovereenkomsten mogen de toegang tot de rechter daarom niet te zeer belemmeren.³⁸⁹ Het is de vraag of een overeenkomst waarbij is bepaald dat de afdwingbaarheid slechts wordt bereikt door een partij-akte voor de vastlegging van een bindend advies niet als te belemmerend geldt, omdat de crediteur niet de mogelijkheid heeft zijn recht af te dwingen, maar afhankelijk wordt van de medewerking van zijn debiteur. Het risico is aanwezig dat de medewerking niet zal worden verleend. Wij betwijfelen daarom of een dergelijke afspraak in het algemeen rechtsgeldig zal zijn. Deze is in elk geval risicovol en daarmee praktisch gezien weinig zinvol.

Om de hiervoor genoemde redenen zal een dergelijke comparitie na afloop van een proces zelden worden gehouden. Indien deze wel wordt gehouden, zal de vastlegging in de akte zelden kans van slagen hebben. In de praktijk is deze route van de partij-akte naar ons oordeel derhalve onbegaanbaar.

De bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat een arbitraal vonnis, gevolgd door een exequaturprocedure, minder omslachtig en risicovol zal zijn.

4.1.3 Sectieconclusies over de partij-akte binnen private rechtspraak

Wij hebben in § 4.1.1 vastgesteld dat een partij-akte een instrument kan zijn voor de vastlegging van de overeenkomst tot private rechtspraak, waarbij de partijen voorafgaand aan het ontstaan van een geschil hun keuze voor een privaats gerecht neerleggen. Voor geschillen over lage hoofdsommen lijkt deze methode te kostbaar en omslachtig. Voor geschillen over hoge hoofdsommen kan deze methode bruikbaar zijn. Wij betwijfelen of deze methode een voordeel oplevert ten opzichte van een arbitrage, gevolgd door een exequaturprocedure.

4.2 HET GEBRUIK VAN DE PROCES-VERBAALAKTE

In deze paragraaf onderzoeken wij het gebruik van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak. Daartoe bezien wij in § 4.2.1 of de proces-verbaalakte op grond van de in hoofdstuk 3 geformuleerde maatstaf in aanmerking komt voor vastlegging van een gerechtelijke procedure op grondslag van bindend advies of arbitrage. Vervolgens besteden wij in § 4.2.2 aandacht aan de

388 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

389 M.W. Knigge 2012; M.W. Knigge 2013, p. 339

vraag in hoeverre de debiteur zelf de verbintenissen in de akte op zich dient te nemen. Wij gaan in § 4.2.3 in op de waarneming van de gedaagde die verstek laat gaan. Ten slotte behandelen wij in § 4.2.4 de waarnemingen tijdens de procedure.

4.2.1 De maatstaf van § 3.1.9 toegepast op private rechtspraak

Wij hebben in § 3.1.9 vastgesteld dat een proces-verbaalakte geen instrument mag zijn om aan de comparitie van partijen te ontsnappen. Indien een akte (uitsluitend) wordt opgemaakt tot bewijs van de verklaring van een verschijnend persoon, moet een partij-akte worden verleden. Het gaat daarbij vooral om de uit zijn verklaring blijkende partijwil om nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aan te gaan en bewijs daarvan tegen zichzelf te scheppen door het ondertekenen van de akte. Bij processen-verbaal daarentegen gaat het om de waarneming door de notaris en het verslag hiervan. Dit waarnemen impliceert dat sprake is van “gebeurtenissen” of “evenementen” die kunnen worden waargenomen.

De wijze waarop bij onderhandse akte de keuze wordt gemaakt voor private rechtspraak hebben wij beschreven in § 2.2.6.

In § 2.3.2 hebben wij het procesrecht geïntegreerd in onze benadering. Daarbij hebben wij vastgesteld dat door de ommekomst van de termijn ex artikel 6:236 sub n BW de bevoegdheid van het scheidsgerecht vaststaat, wanneer de gedaagde die termijn ongebruikt heeft gelaten. In onze benadering stellen wij dat ook de notaris gebonden is aan de rechtsgevolgen die ex artikel 6:236 sub n BW intreden als gevolg van het uitblijven van een partijverklaring. De rechtshandeling waarin de keuze voor het private gerecht is gemaakt, wordt daarmee een reeds voltooide rechtshandeling uit het verleden. De obligatoire fase waarbij de overeengekomen keuze alsnog door de gedaagde eenzijdig kon worden herroepen, is geëindigd.

Indien en voor zover in het toepasselijke procesreglement is voorzien in de rol van de notaris, kan een belanghebbende mitsdien aan de notaris een onvoorwaardelijke opdracht verstrekken om de procedure waar te nemen en vast te leggen.³⁹⁰ Of, indien een belanghebbende eerder de opdracht wil verstrekken, dan kan dit onder de opschortende voorwaarde van het verstrijken van de termijn ex artikel 6:236 sub n BW.

De notaris dient vervolgens de bevoegdheid van het gerecht als bloot rechtsfeit te accepteren, op dezelfde wijze waarop de kantonrechter, het private gerecht en de procespartijen zelf dat hebben te doen. Immers, door het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW is de bevoegdheid van het private gerecht om het geschil te beslechten een rechtsfeit, dat in het verleden is “gelegen”. De bevoegdheid van het private gerecht is daarmee door het verstrijken van de tijd “in het heden” een bloot rechtsfeit.

³⁹⁰ Indien de opdracht op een eerder moment wordt verstrekt, dient dit de geschieden onder de ontbindende voorwaarde van de verklaring van de gedaagde ex artikel 6:236 sub n BW.

De tegenstelling overeenkomstenrecht *sec* versus het overeenkomstenrecht met beschouwing van het procesrecht is op dit punt essentieel. Immers, de reeds definitieve en onomkeerbare keuze voor het private gerecht behoeft niet opnieuw door de procespartijen uit vrije wil te worden bevestigd en vastgelegd in een partij-akte. De wet heeft de rechtsonzekerheid op dit punt weggenomen, en dit maakt een herhaling van de overeenkomst in een partij-akte overbodig en onwenselijk.

Ons standpunt is duidelijk. Bij deze benadering is geen sprake van een onheus gebruik van de proces-verbaalakte, maar geldt dat het rechtsgevolg in relatie tot het procesrecht dient te worden gerespecteerd. De bevoegdheid van het private gerecht is het door de wet bepaalde rechtsgevolg van een aaneenschakeling van rechtens relevante gebeurtenissen, die uiteindelijk terug te voeren zijn op de tussen partijen destijds gesloten overeenkomst.

Wanneer de notaris dit heeft vastgesteld, kan hij de opdracht (onvoorwaardelijk) aanvaarden en de procedure uit eigen waarneming volgen. Het zijn vervolgens niet de partijen die vrijwillig verplichtingen op zich nemen, maar het is de bindend adviseur respectievelijk het scheidsgerecht dat de verbintenissen oplegt aan partijen. Dát is de uitkomst en tevens de kern van de procedure, waar het de procespartijen om te doen is. De procedure wordt derhalve gehouden met het doel (1) om de verbintenissen te laten vaststellen en opleggen, en (2) de uitkomst niet alleen bindend maar ook afdwingbaar te laten zijn.

Dit gezegd hebbende, is er voor de notaris nog steeds een belangrijke taak weggelegd, namelijk het waarnemen van de gerechtelijke procedure als zodanig, met inbegrip van de uitspraak, en zijn waarnemingen vastleggen in een proces-verbaalakte, en daarvan een grosse uitgeven. Voor de notaris die met een dergelijke opdracht wordt geconfronteerd, geldt dat hij zich in uiteenlopende vraagstukken dient te verdiepen.

De notaris zal bij het aanvaarden van zijn taak dienen te verifiëren of hij de opdracht mag aanvaarden aan de hand van de volgende zes vragen.

- (i) Hebben de procespartijen in het verleden een rechtsgeldige keuze gemaakt voor het private gerecht in de overeenkomst of de toepasselijke algemene voorwaarden binnen de grenzen van artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet?
- (ii) Is de gedaagde rechtsgeldig opgeroepen (zie § 2.2.6-2.2.7)?
- (iii) Is de gedaagde daarbij gewezen op zijn recht ex artikel 6:236 sub n BW om het geschil alsnog te laten behandelen door de publieke rechter (zie § 2.3.2-2.3.3)?
- (iv) Wordt in het nevenbeding verwezen naar een procesreglement (zie § 2.2.6-2.2.7)?
- (v) Voorziet dit reglement in de betrokkenheid van de notaris om (a) het proces waar te nemen en zijn waarnemingen vast te leggen in een akte, en (b) om een grosse ervan af te geven, opdat het vastgelegde kan dienen als executoriale titel in de zin van artikel 430 Rv?
- (vi) Wordt de gedaagde bij de oproeping gewezen op de waarnemende rol van de notaris, en op het feit dat via zijn tussenkomst de executoriale titel wordt verkregen?

Met de verificatie van deze zes vragen handelt de notaris niet anders, dan wanneer hem het verzoek bereikt om als waarnemer op een veiling op te treden. Ook dan zal hij moeten vaststellen of de bezoekers aan de veiling van tevoren zijn geïnformeerd over zijn rol via de veilingvoorwaarden (zie § 3.1.3).

Hiermee is de discussie niet ten einde en daarom gaan wij hieronder nader in de op argumenten van Kraan.

Bij de door Kraan gehanteerde criteria voor de keuze tussen de partij-akte en de proces-verbaalakte (zie § 3.1.9), merkt Kraan het volgende op.

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

“Bij een proces-verbaal-akte relateert de notaris naast gewoonlijk een partij-verklaring nog feiten of verklaringen – hij vermeldt feiten en verklaringen met dwingende bewijskracht – die vallen buiten hetgeen de notaris zelfstandig dient vast te stellen om de akte als partijakte tot stand te brengen.

“Bij de partij-akte moet de notaris constateren: dat iemand voor hem verschenen is, dat die persoon ondertekend heeft enz. In de proces-verbaalakte komen (nog) andere constatering van de notaris voor.

“Komen in een proces-verbaalakte verklaringen voor die de notaris met dwingende bewijskracht constateert op verzoek van een partij die dienaangaande dan ook een (partij-)verklaring in de akte aflegt dan kunnen die door anderen afgelegde verklaringen ondertekend worden maar de ondertekening kan ook achterwege blijven. Principiële betekenis voor de aard van de akte heeft het al dan niet achterwege blijven van die ondertekening niet. Door ondertekening wordt de verklaring partij-verklaring, zonder ondertekening niet.”

Het hoofddoel van een juridische procedure is om een einde te maken aan een geschil en de procespartij die het aangaat, te voorzien van een executoriale titel. De notaris die de procedure waarneemt, vermeldt derhalve (rechts)feiten en verklaringen over het procesverloop met dwingende bewijskracht. Voor het waarnemen en vastleggen ervan is de notariële proces-verbaalakte de aangewezen akte. Het hoofddoel van een juridische procedure wijkt derhalve af van een partij-akte. Het gaat niet om het optekenen van verklaringen van procespartijen. De gedaagde verschijnt *niet* – gesteld al dat de gedaagde verschijnt – met het doel om vrijwillig verbintenissen op zich te nemen en daarvan bewijs te scheppen tegen zichzelf.

Wij lichten de gang van de zaken tijdens de procedure nader toe. Ter inleiding van het proces legt de eisende partij verklaringen af in de vorm van zijn eis. Daarna zal aan de gedaagde gelegen-

heid worden gegeven zijn standpunt te bepleiten bij verweer. Vervolgens kunnen partijen over en weer nog reageren, voordat het bindend advies wordt gegeven. Aangezien het van tevoren niet vaststaat (i) wie verschijnen, (ii) welke verklaringen zullen worden afgelegd, (iii) welke uitspraak uiteindelijk wordt gegeven ter beëindiging van het geschil en daarmee: welke verbintenissen zullen ontstaan en (iv) welke andere rechtsfeiten zich voordoen, kan de akte niet van tevoren worden geconcipeerd. Bovendien leggen de procespartijen door het voeren van verweer, of door eis, repliek of dupliek, geen verklaringen af in de zin dat zij nieuwe, onverplichte rechtshandelingen aangaan en bewijs daarvan tegen zichzelf wensen te scheppen. Uitsluitend door de beslissing van het gerecht – dit is de verklaring van de bindend adviseur als derde in de zin van artikel 7:900 BW – wordt de nieuwe rechtstoestand tussen de procespartijen bepaald, en ontstaan er (mogelijk) verbintenissen voor de procespartijen teneinde de feitelijke toestand in overeenstemming te brengen met de vaststelling.

Onze conclusie is daarmee als volgt: de waarneming van een procedure, en de vastlegging ervan in een proces-verbaalakte, is geen instrument om aan de comparitie van de procespartijen te ontsnappen.

In § 1.9.4 formuleerden wij vier aannames. De eerste aanname was dat bij een gerechtelijke procedure elk aanwezig subject of object en elke gebeurtenis in principe door een natuurlijk persoon kunnen worden gezien c.q. visueel worden waargenomen. Dat een gerechtelijke procedure zich leent voor waarneming blijkt bij de traditionele (publieke) rechtspraak uit het feit dat er is voorzien in een “publieke tribune” waarop belangstellenden kunnen plaatsnemen, om hetgeen zich afspeelt in de zittingzaal te volgen. Indien een procedure kan worden waargenomen door bezoekers op een publieke tribune, valt niet in te zien waarom een juridische procedure zich als zodanig niet zou lenen voor waarneming en vastlegging door de notaris. Op grond hiervan zijn wij van mening dat elke gerechtelijke procedure, dus ook een bindend-adviesprocedure of een arbitrale procedure, een gebeurtenis is die zich leent voor waarneming. Wij zien niet in hoe een gerechtelijke procedure geen gebeurtenis zou kunnen zijn, nu deze zoveel lijkt op een traditionele procedure bij de overheidsrechter, en op een aandeelhoudersvergadering of een veiling. Ook zien wij niet in hoe een gerechtelijke procedure een gebeurtenis zou kunnen zijn zonder civielrechtelijke relevantie.

Samengevat stellen wij in feite vast dat het algemeen bekend mag worden verondersteld, dat een procedure kan worden waargenomen.

Op basis van hogergenoemde argumenten mogen wij concluderen, dat (a) de juridische procedure zich in beginsel leent voor waarneming op dezelfde manier als een veiling of een aandeelhoudersvergadering, en (b) dat de proces-verbaalakte in aanmerking komt en als geëigende vorm kwalificeert volgens de criteria van Kraan, als akte voor vastlegging van de waarnemingen door de notaris. Hiermee is het antwoord op de eerste onderzoeksvraag partieel gegeven. Het is nog niet volledig (zie hieronder).

4.2.2 Een procespartij krijgt verbintenissen opgelegd

Hoewel Kraan zich in 2012 bij de leer van Lubbers, Hidma, De Bruijn en Huijgen inzake de materiële bewijskracht van de notariële proces-verbaalakte heeft aangesloten³⁹¹ (zie § 3.3.4-3.3.5), betoogde hij in datzelfde jaar dat er voor de notaris geen rol was weggelegd als waarnemer van een juridische procedure om zodoende tot een afdwingbare uitspraak te komen.³⁹² Kraan ziet de vastlegging in een proces-verbaalakte geoorloofd indien het gaat om door de notaris waargenomen en opgetekende handelingen en verklaringen van een betrokkene (met een obligatoir karakter). Hij meent dat de vastlegging niet mogelijk is op grond van de enkele verklaring van de bindend adviseur, dus zonder dat de notaris zelf actieve handelingen of verklaringen van een procespartij heeft kunnen waarnemen.

Wij plaatsen hierbij wel de kanttekening dat Kraan mede tot de partij-akte concludeerde door het gebruik van het woord ‘opdracht’ (van de procespartijen) in de destijds gehanteerde akte van e-Court die aanleiding was voor zijn schrijven (voor de problematiek van de opdracht, zie § 4.2, 4.6 en 6.1.1). Hierdoor werd Kraan als het ware naar die conclusie geleid. Niettemin herhalen wij een gedeelte uit het betoog van Kraan in zijn bijdrage “e-Court vanuit notarieel perspectief.”³⁹³

“Hoe dit laatste zij, wanneer een vaststelling op verzoek van e-Court wordt vastgelegd in een notariële akte blijkt uit deze akte niet, noch door ondertekening, noch door vaststelling door de notaris, dat een partij zich tot het verrichten van een bepaalde prestatie verbonden heeft.

“Dit wordt niet anders door de bepaling in het reglement dat de partijen bij de vaststellingsovereenkomst aan e-Court opdracht verlenen om de beslissing in hun geschil in een authentieke akte te doen vastleggen. Het woord ‘opdracht’ betekent niet dat tussen e-Court en partijen een rechtsverhouding bestaat op grond waarvan e-Court als vertegenwoordiger van partijen verbintenissen in een notariële akte op zich kan nemen, maar alleen dat e-Court bevoegd is om de door haar genomen beslissing in een notariële akte op te nemen. De opdracht heeft, zo kan verdedigd worden, wel de strekking dat ten laste van een partij een executoriale titel ontstaat, maar omdat de opdracht beperkt is tot het neerleggen van de beslissing in een notariële akte wordt dit doel niet bereikt. e-Court zal, naar ik aanneem, in de akte verklaren dat zij handelt in opdracht van partijen bij de vaststellingsovereenkomst, maar dit houdt mijns inziens slechts in dat partijen instemmen met het neerleggen van de beslissing in een notariële akte, niet dat partijen de hieruit voortvloeiende verbintenissen bij de akte op zich hebben genomen.”

Anders dan Kraan betoogt, is de gebondenheid aan de beslissing van de bindend adviseur en de wettelijke verplichting om mee te werken aan de totstandkoming van de vaststelling, niet afhankelijk van nadere rechtshandelingen (zoals een verklaring van de veroordeelde procespartij dat zij de verbintenissen die uit het bindend advies voortvloeien vrijwillig op zich zal nemen), maar zij vloeit rechtstreeks voort uit artikel 7:901 lid 2 BW. Artikel 7:901 BW luidt:

391 De Bruijn/Kraan 2012.

392 Kraan 2012.

393 Kraan 2012.

- “1. De totstandkoming van de vaststelling is gebonden aan de vereisten waaraan moet worden voldaan om de met de beslissing beoogde rechtstoestand, uitgaande van die waarvan zij mogelijk afwijkt, tot stand te brengen.
- “2. Ieder van de partijen is jegens de andere verplicht te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen.
- “3. Voor zover aan deze vereisten kan worden voldaan door een verklaring van partijen of een hunner, wordt deze verklaring in de vaststellingsovereenkomst besloten geacht, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit.”

Artikel 7:901 lid 2 bepaalt dat de veroordeelde partij verplicht is tot betaling, als dit blijkt uit de beslissing vereist is om aan de totstandkoming van de vaststelling te voldoen. Een nadere schuldenaarserkenning is derhalve niet vereist (zie § 2.2.6). Dit is immers het typerende aan het karakter van het bindend advies als vorm van rechtspraak: partijen zijn aan de beslissing gebonden, ongeacht de vraag of zij de verbintenissen wel op zich willen nemen (dus: ongeacht de vraag of zij het eens zijn met de uitkomst van het geschil).

Voor de notaris zijn de betrokkenen ‘objecten van waarneming’ en geen comparanten. Indien zij voor aanvang van de procedure voldoende zijn geïnformeerd over de rol van de notaris, dan weten zij dat hij klaar zit om hun verklaringen te relateren en – wij voegen dit volledigheidshalve toe – overige rechtsfeiten te relateren (zie § 3.1.3, derde en zesde beperking). Wij herhalen het citaat van Hidma: *“Echter, indien aan die beperkende voorwaarde is voldaan, dan participeren de partijen met de wetenschap dat de notaris gereed zit om hun verklaringen te relateren. Dan moeten zij op hun woorden passen, want, eens geuit, kunnen zij die niet terugnemen.”*³⁹⁴

Bovendien doet de mening van Kraan geen recht aan de materiële bewijskracht van de akte (zie § 3.3.5 t/m 3.3.9). Immers, de akte vormt niet alleen een bewijs van het feit dat de bindend adviseur heeft verklaard dat de ene procespartij iets is verschuldigd jegens de ander. De akte levert ook dwingend bewijs jegens een ieder van het feit (i) dat er een procedure is gehouden tussen de procespartijen, (ii) dat de uitspraak een einde heeft gemaakt aan het rechtsgeschil, en (iii) dat door de uitspraak de ene procespartij jegens de andere verbintenissen opgelegd heeft gekregen.³⁹⁵ Het is de kern van rechtspraak: de impasse van het uitblijven van de vrijwillige nakoming wordt hiermee doorbroken.

Uiteraard staat het de procespartijen vrij om de proces-verbaalakke mede te ondertekenen en bewijs te scheppen tegen zichzelf. Doen zij dit niet, dan nog steeds worden het bestaan en de omvang van de – opgelegde, geconcretiseerde – verbintenissen ter beëindiging van het geschil, dwingend bewezen jegens een ieder door de materiële bewijskracht van de akte.

³⁹⁴ Sprenger van Eyk/Libourel 1928, p. 77; Hidma 1987, p. 165.

³⁹⁵ Uiteraard is dit laatste geen gegeven, maar afhankelijk van de beoordeling van de geschilbeslechter of arbiter.

De mening van Kraan steunt in feite op drie dieperliggende oorzaken die voortvloeien uit de integratie van het burgerlijk procesrecht, te weten: (a) het passeren van de akte geschiedt als instrument van rechtspraak nadat de obligatoire fase is geëindigd, (b) de functie van het procesreglement dient in de analyse te worden betrokken, en (c) de bestaande jurisprudentie dient te worden geïnterpreteerd binnen het domein van dwang (blote rechtsfeiten).

Ad (a). Het uitgangspunt van Kraan is het overeenkomstenrecht, waarbij partijen uit vrije wil verbintenissen kunnen scheppen (contractsvrijheid). Daarbij is hij van mening, dat de notaris bij de vraag of hij de akte kan passeren, niet zal kunnen afgaan op hetgeen het private gerecht hem meedeelt, maar slechts op hetgeen partijen hem zelf meedelen.³⁹⁶ De notaris dient bij de vastlegging echter *juist* af te gaan op hetgeen het private gerecht verklaart, indien hij zekerheid wenst te verkrijgen over de vraag op welke partij welke verbintenis rust. Dit is kenmerkend voor de rol van de onafhankelijke rechtsprekende derde.

Ad (b). In het betoog van Kraan wordt de functie van het procesreglement voorts onvoldoende belicht. Bij het aanvaarden van de opdracht tot waarneming en vastlegging in een procesverbaalakte dient de notaris te controleren of partijen *bekend* waren met het feit dat de notaris ter plekke waarneemt en na afloop vastlegt. Immers, deze situatie dient vooraf aan hen bekend te zijn gemaakt (zie § 3.1.3). Dit is dezelfde controle als bij een veiling. De notaris kan dit controleren aan de hand van de oproeping per deurwaardersexploot. Wanneer een gedaagde de termijn van 3:236 BW ongebruikt laat verstrijken, terwijl hij in kennis was gesteld van het procesreglement met inbegrip van de rol van de notaris, dan is hiermee de voorwaarde vervuld, en kan het proces worden gevoerd in aanwezigheid van de waarnemende notaris. Van de notaris kan dan niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt (zie § 2.2.3).

Ad (c). Het betoog van Kraan is in hoge mate afhankelijk van de context van de door hem zelf aangehaalde jurisprudentie (zie § 3.3.5-3.3.6). De interpretatie van de aangehaalde jurisprudentie dient onzes inziens gesteld te worden in het domein van overheidsdwang. Door de aard van een juridische procedure kunnen wij niet anders concluderen dan dat de vastlegging van het verloop van de procedure en de daarin gewezen besluit strekt tot het bewijs van het bestaan van een verbintenis van de ene procespartij jegens de ander c.q. de vordering. Dit betekent dat de grosse (juist) wel kan dienen als executoriale titel ter incassering van de vordering. Uit de akte blijkt immers van de verplichtingen voor de procespartijen. Nogmaals, dit is nu juist het doel van rechtspraak.

De context van het procesrecht leidt ons tot de volgende beschouwingen ten aanzien van de inhoud van de verklaringen van de procespartijen. Het voorleggen van de eis of het voeren van verweer, repliek of dupliek betekent dat een procespartij zijn zienswijze op het geschil naar voren brengt, en zijn standpunt bepleit. Hij hoopt hierdoor de (private) rechter ervan te overtuigen om

396 Kraan 2012.

deze zienswijze te volgen. Deze verklaringen scheppen geen verbintenissen voor de procespartijen als zodanig. De procespartijen hebben immers hun eigen oordeel verruild voor dat van de bindend adviseur. Hooguit kan worden vastgesteld dat een procespartij die tijdens de procedure het bestaan van een verbintenis *erkent*, geconfronteerd zal worden met een bindend advies of een arbitraal vonnis waarin het resultaat van de erkenning in de uitkomst van het geschil wordt gereflecteerd. Het verschil is daarin gelegen dat de (private) rechter onafhankelijk en onpartijdig de stellingen en het bewijs afweegt, en vervolgens (zelf) uitspraak doet ongeacht wat partijen van die uitspraak zullen vinden. Wij zullen de verklaringen verder behandelen in hoofdstuk 5.

4.2.3 Het waarnemen van de gedaagde die verstek laat gaan

De procespartijen zijn op grond van het procesreglement – als participanten in de procedure – object van waarneming door de notaris, gelijk bij een veiling op grond van de veilingvoorwaarden. De gedaagde is echter niet verplicht om te verschijnen voor het private gerecht en verweer te voeren; hij mag verstek laten gaan. Bij een juridische procedure neemt de afwezige gedaagde toch deel aan het proces. Ondanks het uitblijven van zijn verklaringen zal het rechtsfeit van verstek aan hem gerelateerd dienen te worden. Dit is een andere situatie dan bij een vergadering of bij een veiling, waar de notaris alle aanwezigen daadwerkelijk kan zien en horen. Is een persoon niet naar de vergadering of veiling gekomen, dan is hij afwezig en zal de notaris hem daar ook niet – kunnen – waarnemen. De afwezige participeert niet.

Wij werpen de vraag op hoe de notaris kan vaststellen of de niet verschenen gedaagde verstek laat gaan (en participeert in de procedure door verstek) of dat hij geen deel uitmaakt van de procedure. Hiervoor dient de notaris te allen tijde vast te stellen of de gedaagde is opgeroepen voor de procedure, en of hij daarbij is gewezen op zijn recht om behandeling van het geschil door de kantonrechter te vragen ex artikel 6:236 sub n BW. Ook zal hij moeten vaststellen dat de gedaagde van dit recht geen gebruik heeft gemaakt (zie § 2.3.2-2.3.3). Daar het ambtsedig opgemaakt exploit van de gerechtsdeurwaarder jegens een ieder dwingend bewijs oplevert van de oproeping – en ook van de identiteit van de gedaagde – kan de notaris – met een grote mate van zekerheid vaststellen dat (1) het private gerecht bevoegd is, en (2) de gedaagde verstek heeft laten gaan.

In zekere zin dient de notaris zich bij een procedure te verdiepen in de weg die de betrokkene heeft afgelegd in de periode voorafgaande aan de procedure, om te concluderen dat de afwezige gedaagde procespartij die de termijn van artikel 6:236 sub n BW heeft laten verlopen, toch geacht wordt te participeren. Voor de notaris is dit het tegendeel bij een aandeelhoudersvergadering of een veiling, waar hij in het geheel niet hoeft na te gaan welke weg de betrokkenen hebben afgelegd om aanwezig te zijn. Hij neemt ter plekke waar wie aanwezig zijn; de bij de vergadering of veiling afwezige personen participeren eenvoudigweg niet.

4.2.4 Overige waarnemingen tijdens een gerechtelijke procedure

Wanneer de notaris de opdracht tot waarnemen heeft aanvaard, zal hij zich op de afgesproken dag en tijd daadwerkelijk naar de juiste locatie dienen te begeven om de opdracht uit te voeren. Gesteld dat de afgesproken locatie voor een aandeelhoudersvergadering een vergaderzaal in een hotel is, dan zal de notaris zich naar de juiste zaal begeven. Voor een online procedure zal de notaris unieke inloggegevens ontvangen, waardoor hij toegang krijgt tot de juiste locatie.

Verder kan de notaris door zijn waarneming vaststellen of een gedaagde is verschenen of verstek heeft laten gaan (zie § 4.2.3), en of tijdens het proces een zitting is gehouden. Ook kan hij waarnemen welke standpunten en bewijsstukken de verschenen partijen tijdens het proces naar voren hebben gebracht.

Ten slotte neemt de notaris waar welke beslissing is gegeven ter beëindiging van het geschil. Met de beslissing wordt de nieuwe rechtstoestand van procespartijen tewegg gebracht, en een eventuele vordering van de ene partij op de andere bepaald. De einduitspraak betekent het einde van het rechtsgeschil. Wanneer de notaris waarneemt dat een partij gehouden is tot een verbintenis – ongeacht of het nu gaat om een partij die door een eigen verklaring een verbintenis op zich neemt tijdens een veiling, of een partij die door de uitspraak van een gerecht een verbintenis opgelegd krijgt tijdens een procedure – geldt vervolgens dat de waarneming van de notaris op zichzelf voldoende is om te concluderen tot de executabiliteit van de door die waarneming vastgestelde verplichtingen (zie § 3.3.5 – 3.3.10 en 3.4). Dit is een rechtsfeit dat door de notaris kan worden waargenomen en in de akte mag worden vastgelegd vanuit zijn algemene bevoegdheid, na een daartoe strekkende opdracht die de notaris, na het nodige onderzoek, heeft aanvaard.

4.3 DE MOGELIJKE OPDRACHTGEVERS VAN DE NOTARIS

In deze paragraaf onderzoeken wij wie als opdrachtgever van de notaris ex artikel 2 Wna kan kwalificeren ter zake van de vastlegging van het bindend advies in de proces-verbaalakte. Daarbij behandelen wij de voor- en nadelen van mogelijke vertegenwoordigingsconstructies. In § 4.3.1 geven wij een algemene inleiding op de vertegenwoordiging. In § 4.3.2 behandelen wij de vertegenwoordiging van beide procespartijen. In § 4.3.3 gaan wij in op de situatie waarin het private gerecht namens één procespartij handelt, te weten degene die met de uitspraak de executie ter hand wil nemen. Wij behandelen daarbij de volmacht, de opdracht en de lastgeving. In § 4.3.4 onderzoeken wij het private gerecht als autonome opdrachtgever van de notaris. In § 4.3.5 concluderen wij welke constructie(s) wij het meest geschikt achten als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris.

4.3.1 Algemene inleiding aangaande vertegenwoordiging

In hoofdstuk 3 hebben wij vastgesteld dat de notaris een algemene bevoegdheid heeft om akten te passeren, mits een opdrachtgever dit van hem verlangt. Bij een opdracht tot waarneming en

vastlegging in een proces-verbaalakte zal het om praktische redenen vaak de organisator van de juridische procedure (het instituut) of de door de organisator benoemde bindend adviseur of arbiter (via het procesreglement) zijn die een dergelijke opdracht verstrekken. De procespartijen hebben, evenals de bezoekers van een veiling of een aandeelhoudersvergadering, slechts de status van 'objecten van waarneming'. Wij behandelen hieronder de vraag of bij het verlenen van de opdracht aan de notaris sprake is of kan zijn van vertegenwoordiging.

Wij denken daarbij aan drie vormen van onmiddellijke vertegenwoordiging, te weten (1) de volmacht, (2) de opdracht, en (3) de last. Bij dit laatste behandelen wij ook een vorm van middellijke vertegenwoordiging, te weten de privatieve last. Indien sprake is van enige vorm van *onmiddellijke* vertegenwoordiging van de procespartijen, dan worden in beginsel de procespartijen rechtstreeks opdrachtgever van de notaris. In onze behandeling gaan wij uit van de situatie waarbij het private gerecht (de bindend adviseur of de arbiter) de opdracht verstrekt aan de notaris om de procedure waar te nemen. Hier dient telkens te worden bedacht dat ook de organisator (zoals het NAI, TAMARA, SGC of e-Court) deze opdracht kan verstrekken.

Juridisch zijn er twee opvattingen mogelijk over de vertegenwoordiging van het private gerecht bij het verstrekken van de opdracht aan de notaris.

De eerste opvatting is dat het gerecht beide partijen vertegenwoordigt. Voor deze opvatting noemen wij twee argumenten. (1) Beide partijen verlangen een uitspraak ter beëindiging van het geschil, overeenkomstig het procesreglement. De daartoe strekkende opdracht of last betreft een gezamenlijke (ondeelbare) opdracht; de procespartijen kunnen deze alleen gezamenlijk beëindigen (vergelijk bij arbitrage artikel 1031 Rv). De procespartijen hebben mitsdien elk van beiden recht op een afdwingbare einduitspraak. (2) Van tevoren is niet duidelijk welke partij in het gelijk gesteld zal worden en daarom dient de vertegenwoordiging te zien op beide procespartijen. Achteraf kan worden vastgesteld welke partij belang heeft bij de executoriale titel.

De moeilijkheid bij de vertegenwoordiging van *beide* procespartijen is dat de notaris zijn opdracht dient te verifiëren. De notaris kan dit doen aan de hand van het oproepingexploot van de gerechtsdeurwaarder, waaruit de subjectieve wil van de eisende partij kenbaar wordt (hij heeft immers de procedure geëntameerd), terwijl door het enkele tijdsverloop de wil van de gedaagde is geobjectiveerd (ex artikel 6:236 sub n BW).

Indien de notaris meent dat hij in een persoonlijk contact met de opdrachtgevers de wil nader moet bevragen, geldt de moeilijkheid dat er altijd één partij is, te weten de in het ongelijk gestelde procespartij, die na *afloop* van de procedure niet snel vrijwillig zal verschijnen (zie ook onze opmerkingen dienaangaande in § 4.6.2 voor de vastlegging van het bindend advies in een partij-akte). Een in het ongelijk gestelde gedaagde zal stellen dat (i) hij tegen zijn wil in rechte betrokken is of (ii) ten onrechte veroordeeld is tot betaling van de hoofdsom, de rente en de bijkomende

kosten en daarom niet als opdrachtgever van de notaris verlangt dat hij zijn waarnemingen, met inbegrip van het bindend advies, vastlegt in de akte.

De tweede opvatting is dat de opdracht tot private rechtspraak een door beide procespartijen verleende (ondeelbare) opdracht is, maar dat de opdracht van het private gerecht aan de notaris om de executoriale kracht aan de uitspraak te verbinden, uitsluitend geschiedt namens de procespartij die hierbij belang heeft. Voor deze opvatting noemen wij twee argumenten. (1) Deze benadering is gelijk aan die bij de publieke rechter (artikel 231 lid 1 Rv). (2) Deze benadering is gelijk aan die bij arbitrage (artikel 1062 lid 1 Rv). Alleen de in het gelijk gestelde procespartij heeft de subjectieve wil (lees: het belang) bij de verkrijging van een executoriale titel voor het uitoefenen van zijn verhaalsrecht. Ook voor hem geldt dat hij een comparitie, of een andere wijze van (her)bevestiging van zijn wens tot het verkrijgen van een executoriale titel, veelal wil vermijden uit een oogpunt van tijd en kosten.

Naar ons oordeel is de tweede opvatting de meest voor de hand liggende benadering. Van de uitspraak ontvangt alleen de partij die belang heeft bij de executie een afschrift in executoriale vorm. Tegelijkertijd voegt de 'figuur van opdracht namens de procespartijen' niets toe. In ons onderzoek naar de grondslag van de opdracht aan de notaris door het private gerecht zullen wij daarom de onmiddellijke vertegenwoordiging namens de beide procespartijen beperkt behandelen.

4.3.2 Het private gerecht als opdrachtgever namens beide procespartijen

Indien gekozen wordt voor een vorm van vertegenwoordiging van beide procespartijen, dan neemt de privatieve last de hiervoor omschreven nadelen van een eventuele controle door de notaris weg. De privatieve last is een vorm van middellijke vertegenwoordiging, waardoor het private gerecht in eigen naam de opdracht verstrekt aan de notaris. Om het probleem van verificatie door de notaris van het bestaan van de last weg te nemen, kan gebruik gemaakt worden van de privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Hiervoor dienen de statuten en het procesreglement van het private gerecht te worden aangepast. Onder de werking van artikel 7:423 lid 2 BW kunnen procespartijen de privatieve last niet opzeggen gedurende de periode van een jaar, nadat de last is verleend. Wij nemen hierbij aan dat het moment waarop de last zal worden verleend het moment is waarop de bevoegdheid van het gerecht onomkeerbaar vaststaat (het verstrijken van de termijn van artikel 6:236 sub n BW). Dan kan de notaris op grond van het procesreglement en de statuten de proces-verbaalakte passeren op verzoek van het gerecht, die daarbij handelt in eigen naam en met uitsluiting van de lastgevers. Een voordeel van deze variant vanuit het perspectief van het private gerecht is het proceseconomische voordeel van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze. Tegelijkertijd worden de beide procespartijen vertegenwoordigd, waardoor hun wens tot verkrijging van de executoriale titel tot uitdrukking komt. Een voordeel vanuit het perspectief van de notaris is dat hij telkens met dezelfde, door hem geïdentificeerde, opdrachtgever te maken heeft en niet telkens met verschillende – hem niet bekende – lastgevers wordt geconfronteerd. Als nadeel noemen wij het gebrek aan transparantie van deze wijze van vertegenwoordiging. Om dit

nadeel te ondervangen kan het private gerecht verzoeken dat de gedaagde in het oproepingsexploot hier expliciet op zal worden gewezen.

4.3.3 Het private gerecht als opdrachtgever namens één partij

Aan artikel 2 Wna is voldaan wanneer slechts één partij verzoekt de akte op te maken (zie § 3.1.2).³⁹⁷ Bij vertegenwoordiging door het gerecht van de in het gelijk gestelde partij zal de notaris aan deze om een bevestiging vragen van zijn hoedanigheid van deze procespartij. Dit is in zoverre omslachtig dat met deze controle telkens tijd gemoeid is, waarbij de notaris in contact dient te treden met de procespartij die in het gelijk gesteld is.

Dit nadeel kan wederom worden ondervangen via de privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Als nadeel van de last namens één van de procespartijen, geldt de onzekerheid over de vraag wie de opdrachtgever van de notaris zal zijn. Voorts herhalen wij het nadeel van het gebrek aan transparantie. De voordelen van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze en het feit dat de notaris met dezelfde opdrachtgever te maken heeft, gelden eveneens. Het voordeel van deze benadering is bovendien dat deze aansluit bij de praktijk van de publieke rechter en arbitrage.

4.3.4 Het private gerecht als autonome opdrachtgever

Wij onderzoeken hieronder de figuur waarbij het private gerecht zelf als opdrachtgever kwalificeert, dus zonder dat sprake is van enige vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen. Deze figuur is mogelijk indien en voor zover het private gerecht een eigen redelijk civielrechtelijk belang heeft bij de waarneming en vastlegging van de procedure door de notaris.

Om te beginnen noemen wij hierna twee belangen van het private gerecht bij de waarneming en vastlegging van het proces door de notaris. Ten eerste heeft het private gerecht er belang bij dat de notaris waarneemt en zijn waarnemingen vastlegt, omdat het een afdwingbare einduitspraak aan partijen wenst te geven. Ten tweede heeft het private gerecht belang bij de waarneming en vastlegging door een onafhankelijke notaris, omdat het hiermee naar de procespartijen en, indien van toepassing, de raad van toezicht verantwoording kan afleggen over de wijze waarop het private gerecht zich van haar taken heeft gekweten. Beide belangen zijn rechtens relevant, omdat het private gerecht verantwoordelijk – en mogelijk aansprakelijk – zal kunnen zijn, indien de dienstverlening in de praktijk afwijkt van de in het procesreglement voorgestane wijze. Wij mogen dan ook concluderen dat het private gerecht een eigen redelijk civielrechtelijk belang heeft bij de waarneming en de vastlegging van de procedure door de notaris. Vanuit dit eigen redelijke civielrechtelijke belang kan het private gerecht optreden als opdrachtgever als bedoeld in artikel 2 Wna.

Wij menen dat het eerste belang van het private gerecht (het bieden van een afdwingbare einduitspraak) ook geldt voor de organisator van de procedure, te weten het instituut dat het private

397 Bleeker 1938, p. 301-303; Hidma 1987, p. 165; Pitlo/Hidma en Rutgers 2004, p. 103; Melis/Waaijer 2012, p. 162.

gerecht benoemt, indien en voor zover het instituut een afdwingbare einduitspraak aan partijen in het vooruitzicht stelt. Het tweede belang achten wij *mutatis mutandis* eveneens aanwezig, daar het instituut het benoemde private gerecht in staat wil stellen om naar de procespartijen en, indien van toepassing, de raad van toezicht verantwoording af te leggen over de wijze waarop het private gerecht zich van haar taken heeft gekweten.

Wij noemen drie voordelen van deze variant, te weten het private gerecht of het instituut als autonome opdrachtgever, waarbij geen sprake is van enige vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen. Het eerste voordeel is dat de notaris het bestaan van een grondslag van vertegenwoordiging niet hoeft te controleren. Het tweede voordeel is het proceseconomische voordeel van een centraal georganiseerde, vaste werkwijze. Het derde voordeel is dat de notaris telkens met dezelfde, door hem geïdentificeerde, opdrachtgever te maken heeft en niet telkens met verschillende – hem niet persoonlijk bekende – (achterliggende) opdrachtgevers wordt geconfronteerd.

De notaris kan niettemin wel degelijk vaststellen in hoeverre het private gerecht verplichtingen heeft opgelegd aan de procespartijen. Deze verplichtingen blijken hem immers uit de uitspraak.

4.3.5 Conclusies over de grondslag voor de opdracht aan de notaris

In conclusie achten wij twee figuren geschikt als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris.

De eerste figuur is de tussentijds (gedurende een jaar) niet opzegbare privatieve last ex artikel 7:423 lid 2 BW. Dit is een vorm van middellijke vertegenwoordiging. De last moet in het procesreglement zijn opgenomen. Ook de statuten van het private gerecht moeten bepalingen over deze vorm van lastgeving bevatten. De figuur van de privatieve last is mogelijk als vertegenwoordigingsgrondslag van (a) beide procespartijen gezamenlijk, of (b) uitsluitend de procespartij die tot executie wil overgaan.

De tweede figuur die wij geschikt achten als basis voor de opdracht van het private gerecht aan de notaris betreft het private gerecht als autonome opdrachtgever. In dit geval is geen sprake van welke vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen dan ook. Onder privaat gerecht verstaan wij in deze paragraaf zowel de benoemde bindend adviseur of arbiter als het instituut dat de procedure organiseert.

Wij zouden een voorkeur willen uitspreken voor de toepassing van de tweede figuur, waarbij het instituut de opdracht autonoom verstrekt aan de notaris, omdat deze wijze nauw aansluit bij de gang van zaken van een veiling of een aandeelhoudersvergadering. Ten eerste zal ook bij een veiling of aandeelhoudersvergadering de organisator van het evenement de opdracht verstrekken (de bank of het bestuur van de vennootschap). Ten tweede is ook bij een veiling of aandeel-

houdersvergadering daarbij geen sprake van een mede-opdrachtgeverschap van de bezoekers respectievelijk de aandeelhouders. Zij hebben uitsluitend te gelden als objecten van waarneming.

4.4 DE ZEVEN BEPERKINGEN VAN § 3.1.3 GETOETST

De in § 3.1.3 genoemde zeven beperkingen aan de algemene wettelijke bevoegdheid van de notaris om proces-verbaalakten te passeren, zullen wij hierna behandelen in het kader van een gerechtelijke procedure. In iedere subparagraaf behandelen wij een beperking. Wij zullen daarbij telkens aandacht besteden aan de identieke of vergelijkbare afwegingen van het private gerecht, dat een eigen onafhankelijke rol vervult. In § 4.4.1 gaat het om de vraag of de wet de bevoegdheid rond vastlegging en afdwingbaarheid van het bindend advies exclusief toekent aan een andere ambtenaar dan de notaris. In § 4.4.2 onderzoeken wij of de waarnemingen rond de procedure een rechtsfeit-gehalte hebben. In § 4.4.3 wordt behandeld of de notaris de procedure met een grote mate van zekerheid kan waarnemen. In § 4.4.4 onderzoeken wij het redelijke civielrechtelijke belang bij het passeren van de akte. In § 4.4.5 wordt onderzocht of er geen specifieke deskundigheid van de notaris wordt verlangd, die buiten zijn professionele bereik ligt. In § 4.4.6 staat de vraag centraal of de notaris niet verbaliserend optreedt. In § 4.4.7 onderzoeken wij op grond van welke criteria de notaris kan vaststellen dat de status van zijn ambt niet te zeer in het gedrang komt. In § 4.4.8 trekken wij conclusies over de beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris.

4.4.1 De exclusieve bevoegdheid van een andere ambtenaar

De eerste beperking die in de weg kan staan aan de algemene bevoegdheid van de notaris om een proces-verbaalakte te passeren bij een privaats gerecht, is dat de notaris daartoe niet bevoegd is, indien het verbinden van de executoriale kracht aan een bindend advies of een arbitraal vonnis is voorbehouden aan een andere ambtenaar.

De gerechtsdeurwaarder en advocaat hebben geen wettelijke bevoegdheden in relatie tot de waarneming van een procedure op grondslag van een bindend adviesprocedure of een arbitrale procedure. Zij hebben evenmin wettelijke bevoegdheden in relatie tot de afdwingbaarheid van het bindend advies of het arbitrale vonnis. Wij concluderen daarom dat de wet aan deze ambten geen bevoegdheden verbindt, laat staan dat er sprake zou zijn van bevoegdheden die aan hen zouden zijn voorbehouden.

Wij onderzoeken hieronder ten eerste of de publieke rechter een exclusieve bevoegdheid heeft om het bindend advies afdwingbaar te maken, en ten tweede of de publieke rechter een exclusieve bevoegdheid heeft om het arbitrale vonnis afdwingbaar te maken.

Ad (1). Voor het bindend advies heeft de wetgever voorzien in een executoriale titel via een procedure ex artikel 3:296 BW j° 7:900 BW. Er zijn twee mogelijke interpretaties: (i) partijen kunnen terugvallen op de algemene regels voor publieke rechtspraak ter verkrijging van een executoriale titel voor het afdwingen van het bindend advies, zoals bij elke niet nagekomen overeenkomst, en

(ii) partijen zijn door de wetgever verplicht de weg van artikel 3:296 BW j° 7:900 BW te bewandelen en zijn niet bevoegd om andere titels ex artikel 430 Rv te verkrijgen.

Er is op grond van de wettelijke regeling geen aanwijzing om te veronderstellen, dat de crediteur *verplicht* zou zijn om de afdwingbaarheid van het bindend advies via de publieke rechter te verkrijgen. Binnen het wettelijk stelsel kunnen partijen nakoming verlangen en via de publieke rechtspraak een executoriale titel verkrijgen, maar andere soorten titels zijn op grond van de regeling niet uitgesloten. Wij concluderen daarom dat de procespartijen gebruik kunnen maken van andere executoriale titels, mits deze passen binnen het gesloten stelsel van artikel 430 Rv.

Ad (2). Artikel 1062 lid 1 Rv voorziet in een relatief eenvoudige wijze om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te bereiken door een verzoekschrift tot verlof tot tenuitvoerlegging, het zogenaamde “exequatur”.³⁹⁸ Het artikel luidt als volgt.

“De tenuitvoerlegging in Nederland van een arbitraal vonnis kan eerst plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de plaats van arbitrage is gelegen daartoe op verzoek van een der partijen verlof heeft verleend.”

Op grond van de Memorie van Toelichting blijkt dat partijen bij arbitrage in grote mate vrij zijn in de wijze waarop zij hun geschil willen laten beslechten.³⁹⁹ Niettemin heeft artikel 1062 lid 1 Rv een dwingend karakter.⁴⁰⁰ Echter, wij werpen de vraag op of het dwingende karakter van artikel 1062 Rv is gelegen in de zin van (i) “een dwingende wijze waarop” de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis kan worden bereikt (te weten via een exequatur van de voorzieningenrechter) of (ii) dat de executie niet ter hand genomen mag worden op basis van het – bindende doch niet afdwingbare – arbitrale vonnis. In het laatste geval kan de afdwingbaarheid worden bereikt door andere instrumenten binnen het gesloten stelsel van executoriale titels van artikel 430 Rv en heeft artikel 1062 Rv binnen dat kader vooral een faciliterend karakter via de rechtspraak zelf. Die vraag wordt hierna beantwoord.

In de eerste zin van de ontwerp Memorie van Toelichting bij de herziening van arbitrage is het volgende vermeld.⁴⁰¹

“Diezelfde wettelijke regeling biedt de mogelijkheid om voor een arbitraal vonnis een verlof tot tenuitvoerlegging bij de overheidsrechter te vragen. Wordt het verlof verleend, dan levert dit een executoriale titel op, net als een rechterlijk vonnis.”

398 Jongbloed en Ernes 2011, p. 571; G.J. Meijer 2011, p. 915 e.v.; Snijders, Gerretsen en Rueb 2012, p. 317.

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

400 Kamerstukken II 2012/13, 33 611, nr. 3 (MvT), p. 48.

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

In een latere passage staat het volgende vermeld.⁴⁰²

“Artikel 1062 regelt de toekenning van het verlof tot tenuitvoerlegging. Het voorgestelde eerste lid maakt het niet alleen mogelijk dat voor een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis een verlof tot tenuitvoerlegging kan worden gekregen (zie het huidige artikel 1062, eerste lid); ook een executeerbaar tussenvonnis, waarbij kan worden gedacht aan een kostenveroordeling van een van de partijen, komt daarvoor in aanmerking. Zo’n vonnis kan dan op grond van artikel 1062 worden tenuitvoergelegd.

“Overeenkomstig het advies van de adviescommissie burgerlijk procesrecht en de reacties van de Rvdr en de Nvvr is in het eerste lid gehandhaafd dat een verzoek tot tenuitvoerlegging moet worden gedaan aan de voorzieningenrechter van de rechtbank.

“In verband met het voorstel om de verplichte deponering af te schaffen (zie het voorgestelde artikel 1058, eerste lid) is gekozen voor de voorzieningenrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de plaats van arbitrage is gelegen, zodat de plaats van nederlegging van het origineel van het vonnis niet meer bepalend is voor de verlofprocedure.”

Deze passages wijzen uit dat de wetgever heeft beoogd slechts een mogelijkheid te scheppen om het bindende arbitrale vonnis eenvoudig afdwingbaar te maken, terwijl de uitdrukkelijke verwijzing naar de voorzieningenrechter wordt verklaard door de praktijk. De wettelijke bepaling van artikel 1062 Rv valt derhalve aan te merken als een *mogelijkheid*. Dit sluit op zichzelf het bestaan en de toepassing van andere wettelijke instrumenten om de afdwingbaarheid te bereiken niet uit. Het vorenstaande brengt mee, dat de wetgever naar ons oordeel de tweede opvatting huldigt. Deze opvatting is, dat het dwingende karakter betekent dat de executie niet ter hand genomen mag worden op basis van het bindende arbitrale vonnis alleen, maar dat het eerst afdwingbaar gemaakt moet worden. De wet voorziet in een eenvoudig instrument daartoe, te weten een verzoekschrift op grond waarvan de voorzieningenrechter verlof tot ten uitvoerlegging van het arbitrale vonnis kan verlenen. De toelichting maakt verder duidelijk dat de wetgever op voorhand meent dat het exequatur voor partijen de meest aantrekkelijke weg is naar de afdwingbaarheid, uit het oogpunt van geringe kosten en tijdsbeslag die met het verzoek gepaard gaan. Dit is onzes inziens de verklaring waarom hij niet bij alternatieven heeft stilgestaan.

Wij bespreken volledigheidshalve het arrest van Hof Amsterdam, dat in 1994 oordeelde dat artikel 1062 Rv (oud) niet slechts een mogelijkheid biedt tot afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis, maar dat het de wijze waarop de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis kan worden bereikt, *dwingend bepaalt*.⁴⁰³ Dit oordeel werd gegeven in hoger beroep van een kort geding bij de President van de Rechtbank, waarbij voorlopige tenuitvoerlegging werd gevorderd van een bindend arbitraal vonnis, niet voorzien van een exequatur.. Naar ons oordeel dient dit arrest als volgt te worden begrepen. Ten eerste zal voor het hof voorop hebben gestaan om een grote toeloop op de kort gedingprocedure, als alternatief voor de exequaturprocedure, te ontmoedigen. Immers, de

402 *Kamerstukken II 2012/13, 33 611 (MvT), nr. 3, p. 48.*

403 *Hof Amsterdam 13 januari 1994, NJ 1996, 8.*

organisatie van een kort geding legt uit een oogpunt van tijd en kosten een veel groter beslag op de rechterlijke organisatie dan een exequaturprocedure. Ten tweede lijkt het ons onwaarschijnlijk dat het hof heeft stilgestaan bij de mogelijkheid van een notariële proces-verbaalakte om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te verkrijgen. Immers, die rechtsvraag werd niet voorgelegd. Bovendien werd de mogelijkheid van een notariële proces-verbaalakte om de afdwingbaarheid van het arbitrale vonnis te verkrijgen waarschijnlijk niet onderkend (zie § 4.5.1).

Hoe dat ook zij, blijkens de toelichting op het huidige artikel 1062 Rv is het gebruik van andere instrumenten toegestaan om een arbitraal vonnis afdwingbaar te maken. Uiteraard blijft gelden dat deze passen binnen het gesloten wettelijke stelsel van artikel 430 Rv.

In zijn beschouwingen over de toepassing van de proces-verbaalakte binnen private rechtspraak heeft H.W. Wiersma in oktober 2013 opgemerkt dat de rol van de notaris hierdoor wel heel erg op die van de publieke rechter lijkt (in een bodemprocedure in eerste aanleg).⁴⁰⁴ Dat lijkt in zekere zin inderdaad zo, maar een diepere analyse laat zien dat dit anders ligt. Immers, de notaris zit niet op de stoel van de rechter in de zin dat hij een inhoudelijke beslissing ter beëindiging van het rechtsgeschil neemt. Die stoel was namelijk reeds ingenomen door de bindend adviseur of de arbiter. De notaris neemt uitsluitend de procedure waar, legt de beslissing vast, en toetst hetgeen hij heeft waargenomen alvorens hij tot afgifte van de grosse besluit. Zijn rol is derhalve strikt formeel van aard. In die zin lijkt de rol onzes inziens nog het meest op de rol van de voorzieningenrechter bij arbitrage of van de kantonrechter bij de marginale toets ex artikel 7:900 BW, zij het dat de controlerende taken van de notaris uitgebreider zijn. Verder heeft de notaris nu juist de wettelijke macht om executoriale titels in het rechtsverkeer te brengen. Wij menen voorts dat de werkzaamheden van de notaris in het algemeen soms kunnen lijken op de werkzaamheden van andere ambtenaren, omdat op de notaris nu eenmaal een algemene bevoegdheid rust. Het feit dat het in ons onderzoek gaat om eenzelfde soort controlerende taak die bij arbitrage door de voorzieningenrechter zou worden uitgevoerd, respectievelijk bij bindend advies door de kantonrechter, is een logisch gevolg van de algemene bevoegdheid.

Wij concluderen op basis van de vorenstaande beschouwingen, dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt door de exclusieve bevoegdheid van een andere ambtenaar. Deze conclusie heeft een algemene gelding en behoeft niet van geval tot geval te worden onderzocht, tenzij nieuwe jurisprudentie of wetgeving daartoe aanleiding geven. Dit leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.2 Waarnemingen met een rechtsfeit-gehalte

De tweede beperking aan de bevoegdheid van de notaris is dat de waarnemingen een rechtsfeit-gehalte moeten hebben. Het gaat bij private rechtspraak om het toetsen van de aanspraken van de ene procespartij tegenover de andere. De opdracht aan het private gerecht is een rechtshande-

404 Wiersma 2013.

ling. Daarbij wordt de vaststelling over wat rechtens tussen de partijen geldt, door het private gerecht vastgesteld. De beslissing van het private gerecht leidt tot de nieuwe rechtstoestand tussen partijen. De beslissing is derhalve eveneens een rechtsfeit. Daarmee is voldaan aan het vereiste dat de waarnemingen van de notaris een rechtsfeit-gehalte moeten hebben. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

Deze conclusie heeft een algemene gelding, omdat een gerechtelijke procedure naar zijn aard gericht is op het doen intreden van rechtsgevolgen. Deze rechtsvraag behoeft derhalve evenmin van geval tot geval te worden onderzocht.

4.4.3 Een grote mate van zekerheid over de waarnemingen

De derde beperking aan de bevoegdheid van de notaris is dat hij met een grote mate van zekerheid zijn waarneming dient te kunnen vaststellen. Indien hij twijfelt over wat hij zojuist heeft waargenomen, dan mag hij zijn waarnemingen niet vastleggen in een akte. Dat zou strijdig zijn met de op de notaris rustende verplichting om de rechtszekerheid te dienen. De notaris is niet bevoegd om een akte in het rechtsverkeer te brengen, waarbij hij twijfelt aan de juistheid van de inhoud ervan. Het onderzoek naar het zicht van de notaris op hetgeen zich afspeelt tijdens de procedure is een feitelijk onderzoek.

Ook de geschilbeslechter die uitspraak moet doen, zal zijn taak niet kunnen vervullen indien hij twijfelt over zijn waarnemingen gedurende het proces. In dit kader noemen wij het advies van de KNB aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie van februari 2011 met als titel “Commentaar van de KNB op de rol van de notaris bij e-Court” (zie Appendix B). Gelet op de inhoud van dat advies zal een notaris een eigen toegang dienen te verkrijgen tot het dossier in de online applicatie om de procedure te kunnen waarnemen. Daarbij dient hij volledig inzicht te hebben in het procesverloop en de uitwisseling van argumenten en stukken. De notaris zit bij wijze van spreken op de digitale publieke tribune. Hij zit dan op de eerste rang, en hij kan evenals de geschilbeslechter de verrichtingen van beide partijen observeren. De notaris kan ook achteraf het logboek van het procesdossier raadplegen. Hierin is het moment van indiening van de stukken en overige handelingen van de procespartijen vastgelegd. De notaris heeft toegang tot de uitspraak. Het dossier is daarmee volledig transparant en zo ingericht, dat de notaris het verloop met een grote mate van zekerheid kan waarnemen. Voor de invloed van ICT-tools op de waarneming verwijzen wij naar hoofdstuk 7.

Wij zijn op grond van het vorenstaande van oordeel, dat de notaris, evenals de geschilbeslechter of arbiter, met een grote mate van zekerheid zijn waarneming kan vaststellen. Dit leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.4 Het redelijke civielrechtelijke belang bij vastlegging van de waarnemingen

De vierde beperking aan de algemene bevoegdheid van de notaris om een proces-verbaalakte binnen de context van de juridische procedure te passeren is gelegen in het feit dat voor de vastlegging

van de waarnemingen van de procedure en het bindend advies of het arbitrale vonnis (minimaal) één redelijk civielrechtelijk belang moet bestaan. Wij hebben hiervoor in § 3.1.3 vastgesteld dat er bij een belang sprake dient te zijn van een voordeel voor iemand, en dat dit voordeel moet liggen op het gebied van het burgerlijk recht (een civielrechtelijk belang). De aanname die hierbij geldt, is dat een procedure bij een privaas gerecht per definitie civielrechtelijk van aard is. De belangen van de betrokkenen kwalificeren in de context van private rechtspraak altijd als civielrechtelijke belangen.

In § 4.2 hebben wij de civielrechtelijke belangen van de procespartijen en het private gerecht onderzocht. Wij noemen hierna drie belangen van de beide procespartijen gezamenlijk. (1) Zij hebben belang bij de waarneming en procesbewaking rond (a) het ordentelijke procesverloop, (b) een proces dat in overeenstemming is met het procesreglement en (c) de vastlegging van het procesverloop. (2) Hun tweede gezamenlijke belang is gelegen in de verkrijging van een bindende en afdwingbare einduitspraak in het geschil, tegen zo laag mogelijke kosten voor het gerecht van hun keuze. De contractsvrijheid past binnen de grenzen die worden gesteld in het wettelijke kader van de rechtspraak. (3) Het civielrechtelijke belang van beide procespartijen is ook gelegen in de aanvullende rol van de notaris bij de marginale toetsing (zie § 2.6). Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Wij noemen daarenboven een civielrechtelijk belang van de in het gelijk gestelde procespartij. Het civielrechtelijke belang van de eisende partij (aangenomen dat hij in het gelijk is gesteld) is gelegen in de uitoefening van zijn verhaalsrecht, binnen het gesloten stelsel van artikel 430 Rv. *Mutatis mutandis* geldt dit ook voor de in het gelijk gestelde gedaagde, die (als gevolg van een tegenvordering of door toewijzing van de door hem gemaakte proceskosten bij afwijzing van de vordering van de eiser) belang heeft bij de afdwingbaarheid van zijn vordering op de eiser. Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Wij herhalen twee civielrechtelijke belangen van het private gerecht, genoemd in § 4.3. Het eerste civielrechtelijke belang van het private gerecht is het verkrijgen van bewijs dat de procedure volgens het procesreglement is verlopen. Hiermee is door een onafhankelijke waarnemer vastgesteld dat het private gerecht zich zorgvuldig van zijn taak heeft gekweten. Het tweede belang van het private gerecht is gelegen in de omstandigheid te voldoen aan haar verbintenissen tegenover de procespartijen, te weten het beslechten van het geschil door het geven van een afdwingbare einduitspraak. Wij beoordelen deze civielrechtelijke belangen als redelijk.

Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat er redelijke civielrechtelijke belangen bestaan bij de vastlegging van de waarnemingen door de notaris van een procedure bij een privaas gerecht. Dit onderzoeksresultaat heeft een algemene gelding en behoeft derhalve niet van geval tot geval te worden onderzocht. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

4.4.5 Geen specifieke deskundigheid vereist

De vijfde beperking is gelegen in het feit dat van de notaris geen specifieke deskundigheid mag worden verlangd, die niet behoort tot het domein van de notaris. Wij hebben in § 3.1.3 vastgesteld dat dit bij de rechtspraak in een waarnemende rol ook niet wordt verlangd. De rol van de notaris als waarnemer bij een gerechtelijke procedure wijkt materieel niet af van de rol van de notaris als waarnemer bij een veiling of een aandeelhoudersvergadering. In deze rol wordt derhalve van hem geen specifieke deskundigheid verlangd, die niet tot zijn domein behoort. Van hem wordt een waarnemende rol verlangd met betrekking tot rechtsfeiten.

Hierna onderzoeken wij of bij de vastlegging van zijn waarnemingen specifieke deskundigheid wordt verlangd, die niet al tot zijn domein behoort. Het gaat daarbij in het bijzonder om de door hem uit te voeren marginale toets.

De eerste toets is de vraag of de gevoerde procedure volgens het procesreglement is verlopen. Deze toets kan de notaris uitvoeren door een vergelijking van het procesverloop met het procesreglement.

De tweede toets, dat de beslissing niet kennelijk in strijd is met de openbare orde (artikel 1062 Rv en artikel 3:40 BW), kan de notaris op dezelfde wijze als de voorzieningenrechter uitvoeren door na te gaan of de gronden van artikel 1065 Rv (vernietiging) en 1068 Rv (herroeping) zich niet voordoen (zie § 2.6.2).⁴⁰⁵

De derde toets van de notaris ziet op de vraag of de gebondenheid aan de beslissing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 BW). De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is altijd al een punt van aandacht (en toetsing) in de notariële praktijk door artikel 6:2 lid 2 BW. In het geval van een bindend advies kan hij de toets op dezelfde wijze als de kantonrechter uitvoeren (zie § 2.6.1). Voor de rol van procesbewaker is voor de notaris evenmin specifieke deskundigheid vereist; hij kan namelijk de kennis gebruiken, die hij toepast in zijn reguliere praktijkuitoefening.

Het leidt ons tot de conclusie dat er geen specifieke deskundigheid wordt vereist van de notaris, en dat hij de kennis kan gebruiken die hij toepast in zijn reguliere praktijkuitoefening. Dit onderzoeksresultaat heeft een algemene gelding en behoeft derhalve niet van geval tot geval te worden onderzocht. Het leidt ons tot de conclusie dat de bevoegdheid van de notaris niet wordt beperkt op dit punt.

405 Rb Almelo 1 december 2011, *LJN* BU6895; Rb Almelo 7 oktober 2011, *LJN* BT7606 en BT7088; Rb Zutphen 7 oktober 2011, *LJN* BR7213; Rb Almelo 5 oktober 2011, *LJN* BT7623.

4.4.6 Het verbod op verbaliserend optreden door de notaris

De zesde beperking is gelegen in het feit dat de notaris niet verbaliserend mag optreden, zoals een politie ambtenaar dat wel doet.⁴⁰⁶ Immers, niemand mag geconfronteerd worden met een executoriale titel (door afgifte van de grosse van een notariële akte), die volstrekt buiten hem om tot stand is gekomen.⁴⁰⁷ Wij hebben in § 3.1.3 vastgesteld dat de bezoekers aan een veiling bekend worden geacht met de waarnemende rol van de notaris, doordat deze rol is verankerd in de veilingvoorwaarden. Deze voorwaarden moeten dan wel tevoren bekend zijn gemaakt.

Indien de rol van de notaris in het procesreglement is verankerd, op dezelfde wijze als zijn rol is verankerd in veilingvoorwaarden, kan niet gezegd worden dat de methode van waarneming van de procedure tot stand is gekomen buiten medeweten van de procespartijen, of dat zij hiervan geen weet hadden.⁴⁰⁸ Van de notaris die het proces waarneemt, kan dan ook niet gezegd worden dat hij verbaliserend optreedt.

Wij mogen op grond van het vorenstaande concluderen dat de notaris niet verbaliserend optreedt. Er is derhalve geen sprake van een beperking aan de bevoegdheid van de notaris op dit punt. In hoofdstuk 5 zullen wij nader ingaan op deze beperking, in het kader van de partijwil.

4.4.7 De status van het notarisambt

De zevende beperking aan de bevoegdheid van de notaris is gelegen in het feit dat de status van het ambt niet al te zeer in het gedrang mag komen. De notaris die wil vaststellen of er beperkingen zijn aangaande zijn bevoegdheid op organisatieniveau, zal zich moeten verdiepen in de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het private gerecht. Indien hij meent dat het private gerecht erop is gericht om deskundig, onafhankelijk en op onpartijdige wijze alsmede met de vereiste zorgvuldigheid invulling te geven aan de rol van privaat gerecht, dan zal hij voor zichzelf vaststellen dat hij de opdracht mag aanvaarden. Voor zo'n oordeel zijn de maatregelen die het private gerecht heeft getroffen op het gebied van onafhankelijkheid, onpartijdigheid, en deskundigheid relevant (zie § 2.5).

Met het onderzoek van de notaris op organisatieniveau kan worden gezegd dat de notaris de integriteit van het rechtsbestel in zijn totaliteit tot op zekere hoogte beschermt, naast het feit dat de rechtszekerheid wordt gediend. Het onderzoek op organisatieniveau komt hierna opnieuw aan de orde in de context van de zorgplicht van de notaris (zie hoofdstuk 6).

In relatie tot de eis op dossierniveau zal de notaris als waarnemer en notulist zich de regie moeten voorbehouden, die benodigd is om zijn taak zinvol uit te voeren. Hij oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen

406 Hidma 1987, p. 165.

407 Eggens 1926, p. 13-16 resp. 25-28; Hidma 1987, p. 165.

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

op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid (artikel 17 lid 1 Wna, zie ook § 3.1.3 en 6.1.4). Het gaat er voorts om dat het procesdossier overzichtelijk is, en dat wat er tijdens de procedure gebeurt, geregistreerd wordt. Deze beperking is daarmee op dit onderdeel verwant aan de beperking dat de notaris met een grote mate van zekerheid moet kunnen waarnemen (zie § 4.4.3).

Voor de private rechters en de leden van de raad van toezicht, geldt eveneens dat zij hun naam niet willen verbinden aan een instituut dat de status van hun ambt in het gedrang laat komen. Voor diegenen die geen ambt uitoefenen, vertaalt zich dat in mogelijke reputatierisico's. Het vorenstaande leidt ons tot het volgende inzicht. Alleen een privaat gerecht, dat is opgericht door deskundige en betrouwbare juridische professionals en dat maatregelen heeft genomen ter bevordering van de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de geschilbeslechting en waarvan de procedure voldoet aan de eisen van een behoorlijk proces, heeft een bestaansrecht binnen het rechtsbestel om op grotere schaal een structurele rol te vervullen op de langere termijn. Het is aan de notaris om dit te toetsen, maar hij staat daarin niet alleen. Dat zal elke juridische professional die zich aan het private gerecht verbindt, moeten doen.

Er zal naar onze mening onder die omstandigheden geen sprake zijn van een beperking aan de bevoegdheid van de notaris op dit punt.

4.4.8 Conclusies over de beperkingen

In deze paragraaf hebben wij de zeven beperkingen van § 3.1.3 behandeld. Daarbij is gebleken dat voor veel beperkingen conclusies kunnen worden getrokken met een algemene gelding. Voorts is gebleken dat de beperkingen voor de notaris (nagenoeg) dezelfde punten van controle betreffen als de punten, die een privaat gerecht zelf moet controleren. Daarbij kunnen de beperkingen aan de bevoegdheid van de notaris op dezelfde wijze prohibitief zijn voor een geschilbeslechter om een opdracht te aanvaarden.

Men zou kunnen stellen dat daardoor dubbel werk wordt verricht. Echter, men kan ook spreken van het “vier ogen principe.” De geschilbeslechter beantwoordt de toetsingsvragen (deels impliciet) in het kader van het formuleren van het bindend advies of het arbitrale vonnis. De notaris beantwoordt deze vragen in het kader van de vastlegging van zijn waarnemingen, met inbegrip van het bindend advies of arbitrale vonnis, in de proces-verbaalakte.

De toetsing wordt door zowel de notaris als de arbiter uitgevoerd op dossierniveau, waarbij zij worden ondersteund door de ICT-infrastructuur. Voorts kunnen zij leunen op door de software afgedwongen en gestandaardiseerde werkprocessen. Hierdoor kunnen menselijke fouten worden vermeden. Voorbeelden daarvan zijn het voorkómen van spelfouten in de namen van betrokkenen, en de controle van de gevorderde buitengerechtelijke kosten tegen de toegestane wettelijke

tarieven. In zekere zin is met de lancering van het initiatief e-Court op bescheiden schaal in de praktijk een begin gemaakt met het verschijnsel van de “rechtsprekende computer”.⁴⁰⁹

4.5 DE TOEPASSING VAN DE NOTARIËLE AKTE IN RELATIE TOT DE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf gaan wij in op de toepassing van de notariële akte in de praktijk ten opzichte van de rechtspraak. In § 4.5.1 behandelen wij het traditionele gebruik van de akte, te weten als substituut voor de rechtspraak. In § 4.5.2 gaan wij in op het gebruik van de akte binnen de private rechtspraak. Wij bespreken in § 4.5.3 kort de mogelijkheid van een notariële akte als akte van depot, bedoeld in artikel 1058 Rv.

4.5.1 De notariële akte als substituut voor rechtspraak

Het notariaat is historisch gezien vertrouwd met de toepassing van de notariële akte die tot doel heeft om de rechtspraak – bij voorbaat – uit te sluiten. Bij het traditionele gebruik van de notariële partij-akte wordt van de debiteur verlangd dat hij afstand doet van zijn recht op een civiel proces met hoor en wederhoor ten overstaan van een (onpartijdige) rechter. Hij dient juist zijn crediteur toe te staan zichzelf een executoriale titel te verschaffen via de grosse van de notariële akte.

Waaier licht dat als volgt toe:⁴¹⁰

“Zonder dat de rechter zich over de aanspraken van de crediteur heeft uitgelaten, is deze in staat tot executie over te gaan. De kostbare en tijdrovende gang naar het gerecht kan achterwege blijven. Het rechtsverkeer wordt aldus aanmerkelijk vereenvoudigd. Maar de schaduwzijde wordt gevormd door de positie van de debiteur. Met de grosse heeft de crediteur een machtig wapen in handen, zonder dat de rechter daaraan te pas gekomen is.

“Er is dus geen rechter geweest die in een met waarborgen voor alle partijen omgeven procedure, de standpunten van debiteur en crediteur heeft beoordeeld.

“Daarbij moet worden bedacht dat de notaris de akte opmaakt als er nog geen sprake is van opeisbaarheid van de vordering van de crediteur. Als het moment van de opeisbaarheid aanbreekt, kunnen zich allerlei omstandigheden hebben voorgedaan die de debiteur alsnog onder de ogen van de rechter zou willen brengen. Niettemin kan de executie plaatsvinden, maar wordt de debiteur niet tekort gedaan? Een ontkennend antwoord kan onder andere worden gemotiveerd met de stelling dat het toch de debiteur zelf is geweest die de notariële akte in vrijheid heeft getekend, waarbij de notaris partijen zal hebben gewezen op de rechtsgevolgen.”

In dezelfde zin oordeelt Kraan, die vermeldt:⁴¹¹

409 Naar Van den Herik 1991; Nakad-Weststrate e.a. 2015c.

410 Melis/Waaier 2012, p. 198 e.v.; Bleeker 1938.

411 De Bruijn/Kraan 2012, p. 31.

“Wie in onze maatschappij niet verkrijgt wat hem, naar zijn mening, toekomt, vindt een rechterlijke organisatie die toetst of zijn aanspraken juist zijn en de staat is hem, zo die aanspraken gegrond worden bevonden, behulpzaam bij het realiseren daarvan. Dit realiseren, de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, is pas mogelijk na een procedure waarin de schuldenaar de gelegenheid heeft gekregen zich tegen de aanspraak te verdedigen. Wat rechtvaardigt nu de realisering van de aanspraak van een schuldeiser buiten een procedure om, dus buiten de organisatie die speciaal met dat doel in het leven is geroepen? Daar komt de tenuitvoerlegging van de grosse van een notariële akte immers op neer.

“De maatschappelijke rechtvaardiging voor deze tenuitvoerlegging is te vinden in de behoefte aan een methode om de schuldeiser die met een hoge mate van waarschijnlijkheid recht heeft op een bepaalde prestatie, de moeizame en vaak kostbare weg naar de rechter te besparen. Er zijn – in theorie – twee wegen om aan deze maatschappelijke behoefte tegemoet te komen. Ten eerste kan men aan partijen bij een overeenkomst de bevoegdheid geven om af te spreken dat de uit de overeenkomst voortvloeiende aanspraak kan worden afgedwongen buiten de rechter om. Partijen beslissen dan geheel zelf of zij al dan niet gebruik willen maken van deze mogelijkheid. Een tweede mogelijkheid is dat de overheid een persoon benoemt die aan een partij op diens verzoek het recht geeft zonder gerechtelijke uitspraak het hem toekomende af te dwingen, welk recht verleend wordt hetzij bij het aangaan van de overeenkomst, hetzij op het moment dat de partij aan gebruikmaking van deze mogelijkheid behoefte heeft. Deze tweede mogelijkheid veronderstelt een zekere toetsing van de aanspraak van de crediteur door de persoon die het recht tot verhaal verleent.

“Bij de gelijkstelling van de grosse van een notariële akte met het vonnis heeft de overheid, zoals zal blijken, min of meer beide paden bewandeld.”

Wij benadrukken dat uit de voorgaande passages naar voren komt, dat betrokkenen met de partij-akte de toegang tot de rechter (artikel 3:296 BW) als het ware “wegcontracteren.” De gang naar de rechter wordt voor de crediteur overbodig gemaakt, en de toegang tot c.q. de tussenkomst van de rechter wordt aan de debiteur ontegd. Daarbij verkrijgt de crediteur de bevoegdheid tot partij-executie zonder nadere voorafgaande rechterlijke tussenkomst.⁴¹² Hierdoor legt de debiteur in deze zin zijn lot in handen van de crediteur.

Kraan zet voorts uiteen dat geruime tijd een poging tot rechtvaardiging van de gelijkstelling van grossen van akten en vonnissen is gedaan door het toebedelen aan de notaris van een deel van de rechterlijke functie. Dit is volgens hem niet meer dan fictie geweest. Volgens Kraan berustte het fundament van de executoriale kracht van de notariële akte op de partijwil, omdat partijen uit praktische overwegingen aan de rechterlijke macht voorbij wilden gaan, waarbij de wetgever zich neerlegde.⁴¹³

412 Behoudens de mogelijkheid van een executiegeschil.

413 De Bruijn/Kraan 2012, p. 33-35.

4.5.2 De notariële akte als onderdeel van private rechtspraak

De traditionele toepassing van de partij-akte, te weten om bij voorbaat te ontsnappen aan een gerechtelijk proces, is een andere dan de toepassing van de proces-verbaalakte in het kader van een privaats gerecht. De akte dient immers als instrument voor afdwingbaarheid in het kader van een rechtsgang betreffende een concreet tussen die partijen reeds gerezen geschil. De schuldenaar heeft in dat gerechtelijke traject gelegenheid gekregen om zich tegen de aanspraak van de schuldeiser te verdedigen. Er is derhalve sprake geweest van een rechterlijke tussenkomst.

De conclusie is dan ook dat het bij een privaats gerecht om een geheel andere toepassing gaat dan de traditionele toepassing (van een substituut voor rechtspraak). Anders dan in het traditionele gebruik van de notariële akte legt de schuldenaar bij private rechtspraak zijn lot niet bij voorbaat (soms al vele jaren voor het ontstaan van een conflict) in handen van de schuldeiser via een daartoe te verrichten rechtshandeling bij de notaris. De ene partij verleent aan de andere niet de bevoegdheid tot partij-executie zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Integendeel, partijen bevinden zich in een gerechtelijke procedure. Zo heeft de schuldenaar in het proces bij een privaats gerecht ruimschoots gelegenheid om zich tegen de aanspraak van de schuldeiser te verdedigen. Vervolgens is door het private gerecht als onafhankelijke derde, uitspraak gedaan ter beëindiging van het conflict.

4.5.3 De notariële akte als akte van depot ex artikel 1058 Rv

Hoewel dit onderwerp strikt genomen buiten ons onderzoeksgebied valt, zullen wij kort de toepassing van de notariële akte als akte van depot van het arbitrale vonnis behandelen. Sinds 1 januari 2015 is het deponeren van het arbitrale vonnis bij de griffie niet langer verplicht (zie artikel 1058 Rv). Partijen kunnen contractueel bedingen dat het depot achterwege blijft (dit staat dan vermeld in hun overeenkomst tot arbitrage of in het reglement dat van toepassing is op hun arbitrage).

Indien partijen het depot van het arbitrale vonnis volledig achterwege mogen laten, dan moet aangenomen worden dat zij er ook voor kunnen kiezen om het te laten deponeren bij de notaris. Hiermee wordt de rechtszekerheid gediend. Met de deponering van de uitspraken in een proces-verbaalakte bij de notaris, wordt aan het doel en de strekking van artikel 1058 Rv beantwoord. Deponering van stukken bij de notaris is niets nieuws. Hiervoor is vereist dat de stukken aan de akte worden gehecht.⁴¹⁴ Ook voor een notariële depotakte geldt dat een enkele opdrachtgever dit van de notaris kan verlangen (zie § 3.1.1-3.1.2). Aan de hand van de maatstaf van § 3.1.9 voor het bepalen van het type akte – partij-akte of proces-verbaalakte – menen wij dat de depotakte een proces-verbaalakte zal kunnen zijn. Het gaat er immers niet om dat een partij een verbintenis wil scheppen tegen zichzelf; hij wenst simpelweg een stuk in bewaring te geven.

414 Melis/Waaijer 2012, p. 112.

Het procesreglement zal dan wel een bepaling moeten bevatten, dat de deponering niet zal plaats hebben bij de griffie, maar bij de notaris. Voorts is het raadzaam – hoewel dit reeds voortvloeit uit de alternatieve deponering – een bepaling op te nemen dat overal waar de wet een termijn afhankelijk maakt van deponering van het arbitrale vonnis bij de griffie, deze afhankelijk wordt gemaakt van de deponering bij de notaris.

Het achterwege laten van het depot doet niets af aan de rechtskracht van het vonnis. Ook zonder dat het originele vonnis is gedeponerd, kan de voorzieningenrechter een exequatur verlenen. Het exequatur wordt dan verleend in een beschikking (artikel 1062 lid 2 Rv).⁴¹⁵ Wij willen hieraan toevoegen dat onzes inziens vanuit het oogpunt van rechtszekerheid het wenselijker is om vonnissen te deponeren bij de notaris, dan de deponering volledig achterwege te laten. In aanmerking genomen dat de verplichting tot het deponeren van het arbitrale vonnis bij de griffie is afgeschaft, zien wij geen redelijk argument tegen de mogelijkheid om onder artikel 1058 Rv arbitrale vonnissen te deponeren bij de notaris in plaats van bij de griffie.

4.6 HET ANTWOORD OP DE EERSTE ONDERZOEKSVRAAG

In dit hoofdstuk hebben wij de eerste onderzoeksvraag behandeld. Deze luidt als volgt. *In hoeverre kan de notaris bij private rechtspraak de verplichtingen van de procespartijen vaststellen?*

Om de vraag te kunnen beantwoorden zijn wij eerst ingegaan op het gebruik van de partij-akte bij private rechtspraak. Vervolgens hebben wij eerst vastgesteld dat bij een gerechtelijke procedure wordt voldaan aan de criteria voor een proces-verbaalakte, aan de hand van de maatstaf die Kraan heeft gegeven voor de keuze tussen een partij-akte en een proces-verbaalakte. Daarbij hebben wij behandeld dat de partijen bij private rechtspraak de verbintenissen opgelegd krijgen in de uitspraak.

Vervolgens hebben wij de vraag behandeld wie als opdrachtgever van de notaris kan gelden en het blijkt dat zowel de beide procespartijen gezamenlijk, één van de procespartijen, als een privaatrecht of het instituut in kwestie, zelfstandig de opdrachtgever van de notaris kunnen zijn. Aan de keuze voor de procespartijen als gezamenlijke opdrachtgevers zijn nadelen verbonden, die contractueel kunnen, en moeten, worden ondervangen. Aan de keuze voor een privaatrecht als opdrachtgever is het voordeel verbonden dat de notaris met een vaste opdrachtgever te maken heeft. De keuze voor een privaatrecht als autonome opdrachtgever (zonder vorm van vertegenwoordiging van de procespartijen) is de meest eenvoudige, en daarmee wordt voldaan aan artikel 2 Wna.

Daarna hebben wij onderzocht of de zeven beperkingen genoemd in hoofdstuk 3 in de weg kunnen staan aan de bevoegdheid van de notaris om het waargenomen proces bij een privaatrecht

415 Von Hombracht 2009, p. 217.

vast te leggen in een proces-verbaalakte. Wij hebben vastgesteld dat dit niet het geval is. Ten slotte hebben wij het onderscheid behandeld tussen het gebruik van de notariële akte als substituut van de rechtspraak en het gebruik van de akte binnen private rechtspraak, en zijn wij kort ingegaan op het gebruik van de notariële akte als akte van depot voor arbitrale vonnissen in plaats van het depot ex artikel 1058 Rv.

Het antwoord op de eerste vraag luidt, dat de notaris die in opdracht van zijn opdrachtgever een gerechtelijke procedure waarneemt, door middel van de uitspraak kan vaststellen welke verbintenissen door de arbiter resp. de bindend adviseur zijn opgelegd aan de procespartijen. De notaris is bevoegd is om zijn waarnemingen vast te leggen in een proces-verbaalakte, zodra hij heeft vastgesteld dat er overigens geen beperkingen kleven aan zijn bevoegdheid. De medewerking van de procespartijen bij de akte is niet vereist, omdat de proces-verbaalakte authenticiteit heeft door de enkele ondertekening door de notaris. Als voorwaarde geldt wel dat de procespartijen via het procesreglement wisten, althans konden weten, dat de notaris die rol zou bekleden.